سلسلة نصوص تراثية للباحثين

(١١٤٧)

قوله: ولنا

من علوم ابن قدامه

في كتابه المغني

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٥هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

WWW.NSOOOS.COM

"ولا أكرهه إلا من جهة الطب؛ لما روي عن عائشة – رضي الله عنها – قالت: «دخل علي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقد سخنت له الماء في الشمس، فقال: لا تفعلي يا حميراء، فإنه يورث البرص» واختاره أبو الحسن التميمي. **ولنا** أنه سخن بطاهر، أشبه ما في البرك والأنهار، وما سخن بالنار وما لم يقصد تشميسه، فإن الضرر لا يختلف بالقصد وعدمه، والحديث غير ثابت، يرويه، خالد بن إسماعيل، وهو متروك الحديث، وعمرو بن محمد الأعسم، وهو منكر الحديث. قاله الدارقطني، قال: ولا يصح عن الزهري.

وحكي عن أهل الطب أنهم لا يعرفون لذلك تأثيرا في الضرر.

[فصل الماء المسخن بالنجاسة]

(١١) فصل: فأما الماء المسخن بالنجاسة، فهو على ثلاثة أقسام: أحدها، أن يتحقق وصول شيء من أجزاء النجاسة إلى الماء، فينجسه إذا كان يسيرا. والثاني، أن لا يتحقق وصول شيء من أجزاء النجاسة إلى الماء والحائل غير حصين، فالماء على أصل الطهارة، ويكره استعماله. وقال الشافعي: لا يكره؛ «لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – دخل حماما بالجحفة» .

ولنا، أنه ماء تردد بين الطهارة والنجاسة مع وجود سببها، فأقل أحواله الكراهة، والحديث لا يثبت عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وإنما يروى عن ابن عباس، ولم يثبت أن الوقود كان نجسا، ولا أن الحائل كان غير حصين، والحديث قضية في عين لا يثبت به نفي الكراهة إلا في مثلها، ولا يثبت به نفي الكراهة على الإطلاق.

القسم الثالث، إذا كان الحائل حصينا، فقال القاضي: يكره، واختار الشريف أبو جعفر، وابن." (١)

"وقال أبو يوسف: هو نجس. وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يبولن أحدكم في الماء الدائم، ولا يغتسل فيه من جنابة.» رواه أبو داود

فاقتضى أن الغسل فيه، كالبول فيه؛ ولأنه يسمى طهارة والطهارة لا تكون إلا عن نجاسة، إذ تطهير الطاهر لا يعقل. **ولنا**: على طهارته، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان إذا توضأ كادوا يقتتلون على وضوئه.» رواه البخاري؛ «ولأنه – صلى الله عليه وسلم – صب على جابر من وضوئه إذ كان مريضا»

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٥

ولو كان نجسا لم يجز فعل ذلك؛ ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه ونساءه كانوا يتوضئون في الأقداح والأتوار ويغتسلون في الجفان، ومثل هذا لا يسلم من رشاش يقع في الماء من المستعمل، ولهذا قال إبراهيم النخعي ولا بد من ذلك. فلو كان المستعمل نجسا لنجس الماء الذي يقع فيه.

وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه قدمت إليه امرأة من نسائه قصعة ليتوضأ منها، فقالت امرأة: إني غمست يدي فيها، وأنا جنب. فقال: الماء لا يجنب» ، ورواه الإمام أبو عبد الله في " المسند ": " الماء لا ينجس ".

وعندهم الحدث يرتفع من غير نية؛ ولأنه ماء طاهر لاقى محلا طاهرا، فكان طاهرا، كالذي غسل به الثوب الطاهر، والدليل على أن المحدث طاهر ما روى أبو هريرة - رضي الله عنه -، قال: «لقيني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأنا جنب، فانخنست منه فاغتسلت ثم جئت، فقال: أين كنت يا أبا هريرة؟ قلت: يا رسول الله: كنت جنبا، فكرهت أن أجالسك، فذهبت فاغتسلت ثم جئت. فقال: سبحان الله، المسلم لا ينجس» متفق عليه؛

ولأنه لو غمس يده في الماء لم ينجسه، ولو مس شيئا رطبا لم ينجسه، ولو حمله مصل لم تبطل صلاته.

وقولهم: إنه نهى عن الغسل من الجنابة في الماء الدائم، كنهيه عن البول فيه.

قلنا: النهي يدل على أنه يؤثر في الماء، وهو المنع من التوضؤ به، والاقتران يقتضي التسوية في أصل الحكم، لا في تفصيله، وإنما سمي الوضوء والغسل طهارة لكونه ينقي الذنوب والآثام، كما ورد في الأخبار، بدليل ما ذكرناه.

إذا ثبت هذا فالدليل على خروجه عن الطهورية قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يغتسل أحدكم في الماء الدائم وهو جنب» رواه مسلم، منع من الغسل فيه كمنعه من البول فيه، فلولا أنه يفيده منعا لم ينه عنه؛ ولأنه أزيل به مانع من الصلاة، فلم يجز استعماله في طهارة أخرى، كالمستعمل في إزالة النجاسة.

[فصل الطهارة بالماء المستعمل]

(١٥) فصل: وجميع الأحداث سواء فيما ذكرنا؛ الحدث الأصغر، والجنابة، والحيض، والنفاس، وكذلك المنفصل من غسل الميت إذا قلنا بطهارته، واختلفت الرواية في المنفصل عن غسل الذمية من الحيض؛

فروي أنه مطهر؛ لأنه لم يزل مانعا من الصلاة، أشبه ماء تبرد به.
وروي أنه غير مطهر؛ لأنها أزالت." (١)

"وقد دلت هذه المسألة بصريحها على أن ما بلغ القلتين فلم يتغير بما وقع فيه لا ينجس، وبمفهومها على أن ما تغير بالنجاسة نجس وإن كثر، وأن ما دون القلتين ينجس بمجرد ملاقاة النجاسة، وإن لم يتغير.
فأما نجاسة ما تغير بالنجاسة فلا خلاف فيه، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الماء القليل والكثير، إذا وقعت فيه نجاسة فغيرت للماء طعما أو لونا أو رائحة، أنه نجس ما دام كذلك. وقد روى أبو أمامة الباهلي، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «الماء طهور لا ينجسه شيء إلا ما غلب على ريحه وطعمه ولونه» . رواه ابن ماجه.
وقال حرب بن إسماعيل: سئل أحمد عن الماء إذا تغير طعمه أو ريحه، قال: لا يتوضأ به ولا يشرب، وليس فيه حديث، ولكن الله تعالى حرم الميتة، فإذا صارت الميتة في الماء فتغير طعمه أو ريحه، فذلك طعم الميتة وريحها، فلا يحل له، وذلك أمر ظاهر.
وقال الخلال: إنما قال أحمد: ليس فيه حديث؛ لأن هذا الحديث يرويه سليمان بن عمر، ورشدين بن سعد، وكلاهما ضعيف، وابن ماجه رواه من طريق رشدين. وأما ما دون القلتين إذا لاقته النجاسة فلم يتغير بها، فالمشهور في المذهب أنه ينجس، وروي عن ابن عمر، وسعيد بن جبير، ومجاهد، وبه قال الشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد.
وروي عن أحمد رواية أخرى، أن الماء لا ينجس إلا بالتغير قليله وكثيره، وروي مثل ذلك عن حذيفة، وأبي هريرة، وابن عباس، قالوا: الماء لا ينجس. وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، والحسن، وعكرمة، وعطاء، وجابر بن زيد، وابن أبي ليلى، ومالك والأوزاعي، والثوري، ويحيى القطان، وعبد الرحمن بن مهدي، وابن المنذر، وهو قول للشافعي؛ لحديث أبي أمامة الذي أوردناه.
وروى أبو سعيد، قال: «قيل يا رسول الله، أنتوضأ من بئر بضاعة؟ – وهي بئر يلقى فيها الحيض، ولحوم الكلاب، والنتن – فقال: إن الماء طهور لا ينجسه شيء.» رواه أبو داود، والنسائي، والترمذي، وقال: حديث حسن. قال الخلال: قال أحمد: حديث بئر بضاعة صحيح. وروي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة، تردها السباع والكلاب والحمر، وعن الطهارة بها، فقال: لها ما حملت في بطونها، ولنا ما غبر طهور» ولم يفرق بين القليل والكثير؛ ولأنه لم يظهر عليه إحدى صفات

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٧

النجاسة، فلم ينجس بها كالزائد عن القلتين. ووجه الرواية الأولى، ما روى ابن عمر – رضي الله عنه –، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – سئل عن الماء وما ينوبه من الدواب والسباع، فقال إذا كان الماء قلتين لم يحمل الخبث» . رواه أبو داود، والنسائي، والترمذي، وابن." [١]

"نجس، فكان جميعه نجسا، كما لو تقاربت أقطاره؛ ولأن المتغير مائع نجس، فينجس ما يلاقيه، ثم تنجس بذلك ما يلاقيه إلى آخره.

فإن اضطرب فزال التغير زال التنجيس؛ لزوال علته. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا بلغ الماء قلتين لم ينجسه شيء.» وقوله – صلى الله عليه وسلم –: «الماء طهور لا ينجسه شيء» .

وغير المتغير قد بلغ القلتين ولم يتغير، فيدخل في عموم الأحاديث؛ ولأنه ماء كثير لم يتغير بالنجاسة، فكان طاهرا، كما لو لم يتغير منه شيء؛ ولأن العلة في نجاسة الماء الكثير التغير فقط، فيختص التنجيس بمحل العلة، كما لو تغير بعضه بطاهر، فلا يصح القياس على ما إذا كان غير المتغير ناقصا عن القلتين؛ لأنه قليل ينجس بمجرد الملاقاة للنجاسة، بخلاف الكثير.

وأما تباعد الأقطار وتقاربها فلا عبرة بها، إنما العبرة بكون غير المتغير قليلا أو كثيرا، فلا يمتنع الحكم بطهارة الماء الملاصق للنجاسة، بدليل ما لو كان فيه كلب أو ميتة، فإن الملاصق له طاهر، وإن منعت طهارته فالملاصق للملاصق طاهر، وعلى قياس قولهم ينبغي أن يتنجس البحر إذا تغير جانبه والماء الجاري وكل ما تغير بعضه ولا قائل به، وقد قال أحمد في المصانع التي بطريق مكة: لا ينجس تلك شيء.

[فصل لا فرق بين يسير النجاسة وكثيرها]

(٢٥) فصل: ولا فرق بين يسير النجاسة وكثيرها، وسواء كان اليسير مما يدركه الطرف أو لا يدركه من جميع النجاسات، إلا أن ما يعفى عن يسيره في الثوب، كالدم ونحوه، حكم الماء المتنجس به حكمه في العفو عن يسيره، وكل نجاسة ينجس بها الماء يصير حكمه حكمها؛ لأن نجاسة الماء ناشئة عن نجاسة الواقع، وفرع عليها، والفرع يثبت له حكم أصله.

وقيل عن الشافعي: إن ما لا يدركه الطرف من النجاسة معفو عنه؛ للمشقة اللاحقة به. ونص في موضع على أن الذباب إذا وقع على خلاء رقيق، أو بول، ثم وقع على الثوب، غسل موضعه، ونجاسة الذباب مما لا يدركها الطرف؛ ولأن دليل التنجيس لا يفرق بين يسير النجاسة وكثيرها، ولا بين ما يدركه الطرف وما

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٢٠

لا يدركه، فالتفريق تحكم بغير دليل، وما ذكروه من المشقة غير صحيح؛ لأننا إنما نحكم بنجاسة ما علمنا وصول النجاسة إليه، ومع العلم لا يفترقان في المشقة، ثم إن المشقة حكمة لا يجوز تعليق الحكم بها بمجردها.

وجعل ما لا يدركه الطرف ضابطا لها غير صحيح، فإن ذلك إنما يعرف بتوقيف، أو اعتبار الشرع له في موضع، ولم يوجد واحد منهما.

[فصل الغديران إذا اتصل أحدهما بالآخر بساقية بينهما]

(٢٦) فصل: والغديران إذا اتصل أحدهما بالآخر بساقية بينهما، فيها ماء قليل أو كثير، فهما ماء واحد، حكمهما حكم الغدير الواحد، إن بلغا جميعا قلتين لم يتنجس واحد منهما إلا بالتغير، وإن لم يبلغاها تنجس كل واحد." (١)

"فأرة سقطت في سمن، فقال: ألقوها وما حولها، وكلوا سمنكم» رواه البخاري. وعن أبي هريرة – رضي الله عنه –، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – سئل عن الفأرة تموت في السمن، فقال: إن كان جامدا فألقوها وما حولها وإن كان مائعا فلا تقربوه» أخرجه الإمام أحمد، في " مسنده "، وإسناده على شرط " الصحيحين ".

وحد الجامد الذي لا تسري النجاسة إلى جميعه، هو المتماسك الذي فيه قوة تمنع انتقال أجزاء النجاسة عن الموضع الذي وقعت عليه النجاسة إلى ما سواه. قال المروذي: قيل لأبي عبد الله في الدوشاب. يعني: يقع فيه نجاسة؟ قال: إذا كان كثيرا أخذوا ما حوله، مثل السمن. وقال ابن عقيل حد الجامد ما إذا فتح وعاؤه لم تسل أجزاؤه.

وظاهر ما رويناه عن أحمد خلاف هذا؛ فإن الدوشاب لا يكاد يبلغ هذا، وسمن الحجاز لا يكاد يبلغه، والمقصود بالجمود أن لا تسري أجزاء النجاسة، وهذا حاصل بما ذكرناه، فيقتصر عليه.

[فصل تنجس العجين ونحوه]

(٣٥) فصل: وإن تنجس العجين ونحوه فلا سبيل إلى تطهيره؛ لأنه لا يمكن غسله، وكذلك إن نقع السمسم أو شيء من الحبوب في الماء النجس، حتى انتفخ وابتل، لم يطهر. قيل لأحمد في سمسم نقع في تيغار،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٤

فوقعت فيه فأرة، فماتت؟ قال: لا ينتفع بشيء منه. قيل: أفيغسل مرارا حتى يذهب ذلك الماء؟ قال: أليس قد ابتل من ذلك الماء؛ لا ينقى منه وإن غسل.

إذا ثبت هذا فإن أحمد قال في العجين والسمسم: يطعم النواضح، ولا يطعم لما يؤكل لحمه. يعني لما يؤكل لحمه قريبا. وقال مجاهد، وعطاء، والثوري، وأبو عبيد: يطعم الدجاج. وقال مالك، والشافعي: يطعم البهائم.

وقال ابن المنذر: لا يطعم شيئا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال لا هو حرام» متفق عليه، وهذا في معناه. **ولنا**: ما روى أحمد، بإسناده، عن ابن عمر - رضي الله عنهما -، «أن قوما اختبزوا من آبار الذين ظلموا." [1]

"حيوان البحر، منه العلق، والديدان، والسرطان، ونحوها، لا يتنجس بالموت، ولا يتنجس الماء إذا مات فيه، في قول عامة الفقهاء؛ قال ابن المنذر: لا أعلم في ذلك خلافا، إلا ما كان من أحد قولي الشافعي، قال فيها قولان: أحدهما:

ينجس قليل الماء. قال بعض أصحابه: وهو القياس

والثاني: لا ينجس وهو الأصلح للناس فأما الحيوان في نفسه فهو عنده نجس، قولا واحدا؛ لأنه حيوان لا يؤكل لا لحرمته، فينجس بالموت، كالبغل والحمار، **ولنا**: قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا وقع الذباب في إناء أحدكم فليمقله، فإن في أحد جناحيه داء، وفي الآخر شفاء.» رواه البخاري، وأبو داود، وفي لفظ: «إذا وقع الذباب في شراب أحدكم فليغمسه كله، ثم ليطرحه؛ فإن في أحد جناحيه سما، وفي الآخر شفاء» .

قال ابن المنذر: ثبت أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال ذلك. قال الشافعي: مقله ليس بقتله.

قلنا: اللفظ عام في كل شراب بارد، أو حار، أو دهن، مما يموت بغمسه فيه، فلو كان ينجس الماء كان أمرا بإفساده، وقد روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قال لسلمان: يا سلمان، أيما طعام أو شراب ماتت فيه دابة ليست لها نفس سائلة، فهو الحلال: أكله، وشربه، ووضوءه» . وهذا صريح. أخرجه الترمذي، والدارقطني، قال الترمذي: يرويه بقية، وهو مدلس، فإذا روى عن الثقات جود

ولأنه لا نفس له سائلة، لم يتولد من النجاسة، فأشبه دود الخل إذا مات فيه، فإنهم سلموا ذلك ونحوه، أنه لا ينجس المائع الذي تولد منه، إلا أن يؤخذ ثم يطرح فيه، أو يشق الاحتراز منه، أشبه ما ذكرناه، وإذا ثبت

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٩

أنه لا ينجس، لزم أن لا يكون نجسا؛ لأنه لو كان نجسا لنجس كسائر النجاسات.

(٤٤) فصل: فإن غير الماء فحكمه حكم الطاهرات؛ إن كان مما لا يمكن التحرز منه، كالجراد يتساقط في الماء ونحوه، فهو كورق الشجر المتناثر في الماء، يعفى عنه، وإن كان مما يمكن التحرز منه، كالذي يلقى في الماء قصدا، فهو كالورق الذي يلقى في الماء، ولو تغير الماء بحيوان مذكى، من غير أن يصيب نجاسة، فقد نقل إسحاق بن منصور، قال: سئل أحمد عن شاة مذبوحة، وقعت في ماء فتغير ريح الماء؟ قال: لا بأس، إنما ذلك إذا كان من نجاسة.

وقال عبد الله بن أحمد: قال أبي: وأما السمك إذا غير الماء، فأرجو أن لا يكون به بأس.

[فصل ضرب حيوانا مأكولا فوقع في ماء ثم وجده ميتا]

(٤٥) فصل: ذكر ابن عقيل فيمن ضرب حيوانا مأكولا، فوقع في ماء، ثم وجده ميتا، ولم يعلم هل مات." (١)

"بالجراحة، أو بالماء، فالماء على أصله في الطهارة، والحيوان على أصله في الحظر، إلا أن تكون الجراحة موجبة، فيكون الحيوان أيضا مباحا؛ لأن الظاهر موته بالجراح والماء طاهر، إلا أن يقع فيه دم.

(٤٦) فصل: الحيوان ضربان: ما ليست له نفس سائلة، وهو نوعان: ما يتولد من الطاهرات، فهو طاهر حيا وميتا، وهو الذي ذكرناه. الثاني، ما يتولد من النجاسات، كدود الحش وصراصره، فهو نجس حيا وميتا؛ لأنه متولد من النجاسة فكان نجسا، كولد الكلب والخنزير.

قال أحمد في رواية المروذي: صراصر الكنيف والبالوعة، إذا وقع في الإناء أو الحب، صب وصراصر البئر ليست بقذرة، ولا تأكل العذرة. الضرب الثاني ما له نفس سائلة، وهو ثلاثة أنواع: أحدها ما تباح ميتته، وهو السمك وسائر حيوان البحر الذي لا يعيش إلا في الماء، فهو طاهر حيا وميتا، لولا ذلك لم يبح أكله، وإن غير الماء لم يمنع؛ لأنه لا يمكن التحرز منه.

النوع الثاني ما لا تباح ميتته غير الآدمي؛ كحيوان البر المأكول، وغيره، كحيوان البحر الذي يعيش في البر، كالضفدع، والتمساح، وشبههما، فكل ذلك ينجس بالموت، وينجس الماء القليل إذا مات فيه، والكثير إذا غيره. وبهذا قال ابن المبارك، والشافعي، وأبو يوسف.

وقال مالك، وأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، في الضفدع: إذا ماتت في الماء لا تفسده؛ لأنها تعيش في

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣/١

الماء أشبهت السمك. ولنا أنها تنجس غير الماء، فتنجس الماء، كحيوان البر؛ ولأنه حيوان له نفس سائلة، لا تباح ميتته فأشبه طير الماء، ويفارق السمك؛ فإنه مباح، ولا ينجس غير الماء.

النوع الثالث، الآدمي الصحيح في المذهب أنه طاهر حيا وميتا؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المؤمن لا ينجس» متفق عليه. وعن أحمد: أنه سئل عن بئر وقع فيها إنسان، فمات؟ قال: ينزح حتى يغلبهم. وهو مذهب أبي حنيفة، قال: ينجس ويطهر بالغسل؛ لأنه حيوان له نفس سائلة، فنجس بالموت، كسائر الحيوانات.

وللشافعي قولان. كالروايتين والصحيح ما ذكرنا أولا؛ للخبر؛ ولأنه آدمي، فلم." (١)

"غيره. وقال عبدة بن أبي لبابة، والثوري، وابن الماجشون، وابن مسلمة: يتوضأ ويتيمم. قال مالك: ويغسل الإناء الذي ولغ فيه الكلب تعبدا.

واحتج بعضهم على طهارته بأن الله تعالى قال ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] ولم يأمر بغسل ما أصابه فمه، وروى ابن ماجه بإسناده، عن أبي سعيد الخدري، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة، تردها السباع والكلاب والحمر، وعن الطهارة بها؟ فقال: لها ما حملت في بطونها، ولنا ما غبر طهور» ؛ ولأنه حيوان فكان طاهرا كالمأكول.

ولنا ما روى أبو هريرة، - رضي الله عنه -، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعا» متفق عليه، ولمسلم: «فليرقه، ثم ليغسله سبع مرات» ، ولو كان سؤره طاهرا لم تجز إراقته، ولا وجب غسله. فإن قيل: إنما وجب غسله تعبدا، كما تغسل أعضاء الوضوء وتغسل اليد من نوم الليل.

قلنا: الأصل وجوب الغسل من النجاسة؛ بدليل سائر الغسل، ثم لو كان تعبدا لما أمر بإراقة الماء، ولما اختص الغسل بموضع الولوغ؛ لعموم اللفظ في الإناء كله.

وأما غسل اليد من النوم فإنما أمر به للاحتفاظ؛ لاحتمال أن تكون يده قد أصابتها نجاسة، فيتنجس الماء، ثم تنجس أعضاؤه به، وغسل أعضاء الوضوء شرع للوضاءة والنظافة ليكون العبد في حال قيامه بين يدي الله سبحانه وتعالى على أحسن حال وأكملها، ثم إن سلمنا ذلك، فإنما عهدنا التعبد في غسل اليدين.

أما الآنية والثياب فإنما يجب غسلها من النجاسات، وقد روي في لفظ: «طهور إناء أحدكم إذا ولغ الكلب

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤/١

فيه أن يغسله سبعا» أخرجه أبو داود، ولا يكون الطهور إلا في محل الطهارة. وقولهم: إن الله تعالى أمر بأكل ما أمسكه الكلب قبل غسله،

قلنا: الله تعالى أمر بأكله، والنبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بغسله، فيعمل بأمرهما، وإن سلمنا أنه لا يجب غسله فلأنه يشق، فعفي عنه، وحديثهم قضية في عين، يحتمل أن الماء المسئول عنه كان كثيرا، ولذلك قال في موضع آخر، حين سئل عن الماء، وما ينوبه من السباع: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث» ؛ ولأن الماء لا ينجس إلا بالتغير على رواية لنا، وشربها من الماء لا يغيره، فلم ينجسه ذلك

النوع الثاني ما اختلف فيه، وهو سائر سباع البهائم، إلا السنور وما دونها في الخلقة، وكذلك جوارح الطير، والحمار الأهلي والبغل؛ فعن أحمد أن سؤرها نجس، إذا لم يجد غيره تيمم، وتركه.

وروي عن ابن عمر: أنه كره سؤر الحمار. وهو قول الحسن، وابن سيرين، والشعبي، والأوزاعي، وحماد، وإسحاق وعن أحمد – رحمه الله –: أنه قال في البغل والحمار: إذا لم يجد غير سؤرهما تيمم معه. وهو قول أبي حنيفة، والثوري.." (١)

"[فصل أكلت الهرة نجاسة ثم شربت من ماء يسير]

(٥١) فصل: إذا أكلت الهرة نجاسة ثم شربت من ماء يسير بعد أن غابت، فالماء طاهر؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نفى عنها النجاسة، وتوضأ بفضلها، مع علمه بأكلها النجاسات. وإن شربت قبل أن تغيب، فقال القاضي، وابن عقيل: ينجس؛ لأنه وردت عليه نجاسة متيقنة، أشبه ما لو أصابه بول.

وقال أبو الحسن الآمدي: ظاهر مذهب أصحابنا أنه طاهر، وإن لم تغب؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – عفى عنها مطلقا، وعلل بعدم إمكان الاحتراز عنها؛ ولأننا حكمنا بطهارة سؤرها مع الغيبة في مكان لا يحتمل ورودها على ماء كثير يطهر فاها، ولو احتمل ذلك فهو شك لا يزيل يقين النجاسة، فوجب إحالة الطهارة على العفو عنها، وهو شامل لما قبل الغيبة.

[فصل وقعت الفأرة أو الهرة ونحوهما في مائع أو ماء يسير ثم خرجت حية]

(٥٢) فصل: وإن وقعت الفأرة أو الهرة ونحوهما، في مائع، أو ماء يسير، ثم خرجت حية، فهو طاهر. نص عليه أحمد، فإنه سئل عن الفأرة تقع في السمن الذائب، فلم تمت؟ قال: لا بأس بأكله. وفي رواية قال: إذا كان حيا فلا شيء، إنما الكلام في الميت.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦/١

وقيل: يحتمل أن ينجس إذا أصاب الماء مخرجها؛ لأن مخرج النجاسة نجس، فينجس به الماء. **ولنا** أن الأصل الطهارة، وإصابة الماء لموضع النجاسة مشكوك فيه، فإن المخرج ينضم إذا وقع الحيوان في الماء، فلا يزول اليقين بالشك.

[فصل حكم جلد الحيوان وشعره وعرقه ودمعه وسؤره في الطهارة والنجاسة]

فصل: كل حيوان حكم جلده وشعره وعرقه ودمعه ولعابه حكم سؤره في الطهارة والنجاسة؛ لأن السؤر إنما يثبت فيه حكم النجاسة في الموضع الذي ينجس لملاقاته لعاب الحيوان وجسمه، فلو كان طاهرا كان سؤره طاهرا، وإذا كان نجسا كان سؤره نجسا.

[مسألة إناء حلت فيه نجاسة من ولوغ كلب أو بول]

(٥٤) مسألة قال: (وكل إناء حلت فيه نجاسة؛ من ولوغ كلب، أو بول، أو غيره، فإنه يغسل سبع مرات إحداهن بالتراب) النجاسة تنقسم قسمين: أحدهما؛ نجاسة الكلب والخنزير والمتولد منهما، فهذا لا يختلف المذهب في أنه يجب غسلها سبعا، إحداهن بالتراب، وهو قول الشافعي.

وعن أحمد: أنه يجب غسلها ثمانيا، إحداهن بالتراب، وروي ذلك عن الحسن؛ لحديث عبد الله بن المغفل، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «قال: إذا ولغ الكلب في الإناء فاغسلوه سبع مرات، وعفروه الثامنة بالتراب.» رواه مسلم. والرواية الأولى أصح، ويحمل هذا الحديث على أنه عد التراب ثامنة؛ لأنه وإن وجد مع إحدى الغسلات فهو جنس آخر، فيجمع بين." (١)

"الخبرين.

وقال أبو حنيفة: لا يجب العدد في شيء من النجاسات، وإنما يغسل حتى يغلب على الظن نقاؤه من النجاسة؛ لأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال في الكلب يلغ في الإناء: «يغسل ثلاثا، أو خمسا، أو سبعا» فلم يعين عددا؛ ولأنها نجاسة، فلم يجب فيها العدد، كما لو كانت على الأرض. **ولنا** ما روى أبو هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا ولغ الكلب في إناء أحدكم فليغسله سبعا» . متفق عليه، ولمسلم، وأبي داود: «أولاهن بالتراب» . وحديث عبد الله بن المغفل، الذي ذكرناه. وحديثهم يرويه عبد الوهاب بن الضحاك، وهو ضعيف. وقد روى غيره من الثقات: (فليغسله سبعا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩/١

وعلى أنه يحتمل الشك من الراوي، فينبغي أن يتوقف فيه، ويعمل بغيره. وأما الأرض فإنه سومح في غسلها للمشقة، بخلاف غيرها.

(٥٥) فصل: فإن جعل مكان التراب غيره؛ من الأشنان، والصابون، والنخالة، ونحو ذلك، أو غسله غسلة ثامنة، فقال أبو بكر: فيه وجهان: أحدهما لا يجزئه؛ لأنه طهارة أمر فيها بالتراب، فلم يقم غيره مقامه، كالتيمم؛ ولأن الأمر به تعبد غير معقول، فلا يجوز القياس فيه.

والثاني: يجزئه؛ لأن هذه الأشياء أبلغ من التراب في الإزالة، فنصه على التراب تنبيه عليها؛ ولأنه جامد أمر به في إزالة النجاسة، فألحق به ما يماثله كالحجر في الاستجمار.

فأما الغسلة الثامنة فالصحيح أنها لا تقوم مقام التراب؛ لأنه إن كان القصد به تقوية الماء في الإزالة فلا يحصل ذلك بالثامنة؛ لأن الجمع بينهما أبلغ في الإزالة، وإن وجب تعبدا امتنع إبداله، والقياس عليه. وقال بعض أصحابنا: إنما يجوز العدول إلى غير التراب عند عدمه، أو إفساد المحل المغسول به، فأما مع وجوده وعدم الضرر فلا وهذا قول ابن حامد.

القسم الثاني: نجاسة غير الكلب والخنزير، ففيها روايتان: إحداهما يجب العدد فيها قياسا على نجاسة الولوغ، وروي عن ابن عمر، أنه قال: «أمرنا بغسل الأنجاس سبعا.» فينصرف إلى أمر النبي – صلى الله عليه وسلم –.

والثانية، لا يجب العدد، بل يجزئ فيها المكاثرة بالماء من غير عدد، بحيث تزول عين النجاسة، وهذا قول الشافعي لما روي عن ابن عمر، قال: «كانت الصلاة خمسين، والغسل من الجنابة سبع مرات، والغسل من البول سبع مرات، فلم يزل النبي – صلى الله عليه وسلم – يسأل حتى جعلت الصلاة خمسا، والغسل." (١)

"أحدهما أن لا يزيد عدد الطاهر على النجس، فلا خلاف في المذهب أنه لا يجوز التحري فيهما. والثاني أن يكثر عدد الطاهرات؛ فذهب أبو علي النجاد، من أصحابنا، إلى جواز التحري فيها. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن الظاهر إصابة الطاهر؛ ولأن جهة الإباحة قد ترجحت، فجاز التحري، كما لو اشتبهت عليه أخته في نساء مصر.، وظاهر كلام أحمد: أنه لا يجوز التحري فيها بحال.

وهو قول أكثر أصحابه. وهو قول المزني، وأبي ثور. وقال الشافعي: يتحرى ويتوضأ بالأغلب عنده في الحالين؛ لأنه شرط للصلاة، فجاز التحري من أجله، كما لو اشتبهت القبلة؛ ولأن الطهارة تؤدى باليقين

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٤٠

تارة، وبالظن أخرى، ولهذا جاز التوضؤ بالماء القليل المتغير، الذي لا يعلم سبب تغيره. وقال ابن الماجشون: يتوضأ من كل واحد منهما وضوءا، ويصلي به.

وبه قال محمد بن مسلمة، إلا أنه قال: يغسل ما أصابه من الأول؛ لأنه أمكنه أداء فرضه بيقين، فلزمه، كما لو اشتبه طاهر بطهور، وكما لو نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها، أو اشتبهت عليه الثياب. **ولنا** أنه اشتبه المباح بالمحظور، فيما لا تبيحه الضرورة، فلم يجز التحري، كما لو استوى العدد عند أبي حنيفة، وكما لو كان أحدهما بولا عند الشافعي، فإنه قد سلمه، واعتذر أصحابه بأنه لا أصل له في الطهارة. قلنا: وهذا الماء قد زال عنه أصل الطهارة، وصار نجسا، فلم يبق للأصل الزائل أثر، على أن البول قد كان ماء، فله أصل في الطهارة، كهذا الماء النجس.

وقولهم: إذا كثر الطاهر ترجحت الإباحة. يبطل بما إذا اشتبهت أخته في مائة أو ميتة بمذكيات، فإنه لا يجوز التحري، وإن كثر المباح، وأما إذا اشتبهت في نساء مصر، فإنه يشق اجتنابهن جميعا، ولذلك يجوز له النكاح من غير تحر. وأما القبلة فيباح تركها للضرورة، كحالة الخوف، ويجوز أيضا في السفر في صلاة النافلة؛ ولأن قبلته ما يتوجه إليه بظنه، ولو بان له يقين الخطأ لم يلزمه الإعادة، بخلاف مسألتنا.

وأما المتغير من غير سبب يعلمه، فيجوز الوضوء به استنادا إلى أصل الطهارة، وإن غلب على ظنه نجاسته، ولا يحتاج إلى تحر. وفي مسألتنا عارض يقين الطهارة يقين النجاسة، فلم يبق له حكم، ولهذا لا يجوز استعماله من غير تحر. ثم يبطل قياسهم بما إذا كان أحدهما بولا والآخر ماء. ويدل على صحة ما قلنا: أنه لو توضأ من أحد الإناءين وصلى، ثم غلب على ظنه في الصلاة الثانية أن الآخر هو الطاهر، فتوضأ به وصلى من غير غسل أثر الأول، فقد علمنا أنه صلى بالنجاسة يقينا، وإن غسل أثر الأول ففيه حرج ونقض لاجتهاده باجتهاده، ونعلم أن إحدى الصلاتين باطلة، لا بعينها فيلزمه إعادتهما، فإن توضأ من الأول فقد توضأ بما يعتقده نجسا.

وما قاله ابن الماجشون فباطل؛ فإنه يفضي إلى تنجيس نفسه يقينا، وبطلان صلاته إجماعا. وما قاله ابن مسلمة ففيه حرج، ويبطل بالقبلة؛ فإنه لا يلزمه أن يصلي إلى أربع جهات.." [1]

"[فصل اشتبهت عليه ثياب طاهرة بنجسة]

(٦٨) فصل: وإن اشتبهت عليه ثياب طاهرة بنجسة، لم يجز التحري، وصلى في كل ثوب بعدد النجس، وزاد صلاة. وهذا قول ابن الماجشون. وقال أبو ثور، والمزني: لا يصلي في شيء منها كالأواني، وقال أبو

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٥

حنيفة، والشافعي: يتحرى فيها، كقولهم في الأواني والقبلة. **ولنا** أنه أمكنه أداء فرضه بيقين من غير حرج فيلزمه، كما لو اشتبه الطهور بالطاهر، وكما لو نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها.

والفرق بين هذا وبين الأواني النجسة من وجهين: أحدهما أن استعمال النجس يتنجس به، ويمنع صحة صلاته في الحال والمآل، وهذا بخلافه. الثاني أن الثوب النجس تباح له الصلاة فيه إذا لم يجد غيره، والماء النجس بخلافه. والفرق بينه وبين القبلة من وجوه: أحدها، أن القبلة يكثر الاشتباه فيها، فيشق اعتبار اليقين، فسقط دفعا للمشقة، وهذا بخلافه.

الثاني أن الاشتباه هاهنا حصل بتفريطه؛ لأنه كان يمكنه تعليم النجس أو غسله، ولا يمكنه ذلك في القبلة. الثالث أن القبلة عليها أدلة من النجوم والشمس والقمر وغيرها، فيصح الاجتهاد في طلبها، ويقوى دليل الإصابة لها، بحيث لا يبقى احتمال الخطأ إلا وهما ضعيفا، بخلاف الثياب.

(٦٩) فصل: فإن لم يعلم عدد النجس، صلى فيما يتيقن به أنه صلى في ثوب طاهر، فإن كثر ذلك وشق، فقال ابن عقيل: يتحرى في أصح الوجهين؛ دفعا للمشقة. والثاني لا يتحرى؛ لأن هذا يندر جدا، فلا يفرد بحكم، ويحسب عليه دليل الغالب.

[فصل ورد ماء فأخبره بنجاسته صبي أو كافر أو فاسق]

(٧٠) فصل: وإن ورد ماء فأخبره بنجاسته صبي أو كافر أو فاسق، لم يلزمه قبول خبره؛ لأنه ليس من أهل الشهادة ولا الرواية، فلا يلزمه قبول خبره، كالطفل والمجنون، وإن كان المخبر بالغا عاقلا مسلما غير معلوم فسقه، وعين سبب النجاسة، لزم قبول خبره، سواء كان رجلا أو امرأة، حرا أو عبدا، معلوم العدالة أو مستور الحال؛ لأنه خبر ديني، فأشبه الخبر بدخول وقت الصلاة، وإن لم يعين سببها، فقال القاضي: لا يلزم قبول خبره؛ لاحتمال اعتقاده نجاسة الماء بسبب لا يعتقده المخبر، كالحنفي يرى نجاسة الماء الكثير، والشافعي يرى نجاسة الماء اليسير بما لا نفس له سائلة، والموسوس الذي يعتقد نجاسته بما لا ينجسه. ويحتمل أن يلزم قبول خبره، إذا انتفت هذه الاحتمالات في حقه.." (١)

"«لا تنتفعوا من الميتة بشيء» . وإسناده حسن؛ ولأنه جزء من الميتة، فكان محرما، لقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ [المائدة: ٣] فلم يطهر بالدبغ كاللحم؛ ولأنه حرم بالموت، فكان نجسا كما قبل الدبغ.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٧

وقولهم: إنه إنما نجس لاتصال الدماء والرطوبات به، غير صحيح؛ لأنه لو كان نجسا لذلك لم ينجس ظاهر الجلد، ولا ما ذكاه المجوسي والوثني، ولا ما قد نصفين، ولا متروك التسمية؛ لعدم علة التنجيس، ولوجب الحكم بنجاسة الصيد الذي لم تنسفح دماؤه ورطوباته. ثم كيف يصح هذا عند الشافعي، وهو يحكم بنجاسة الشعر والصوف والعظم؟ وأبو حنيفة يطهر جلد الكلب وهو نجس في الحياة. (٧٤) فصل: هل يجوز الانتفاع به في اليابسات؟ فيه روايتان: إحداهما: لا يجوز؛ لقوله: - صلى الله عليه وسلم - «لا تنتفعوا من الميتة بشيء» وقوله: - صلى الله عليه وسلم - «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب» والثانية: يجوز الانتفاع به؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ألا أخذوا إهابها فانتفعوا به» .

وفي لفظ: «ألا أخذوا إهابها فدبغوه فانتفعوا به؛» ولأن الصحابة - رضي الله عنهم -، لما فتحوا فارس، انتفعوا بسروجهم وأسلحتهم وذبائحهم ميتة؛ ولأنه انتفاع من غير ضرر، أشبه الاصطياد بالكلب، وركوب البغل والحمار.

[فصل دبغ جلود السباع]

(٧٥) فصل: فأما جلود السباع فقال القاضي: لا يجوز الانتفاع بها قبل الدبغ، ولا بعده. وبذلك قال الأوزاعي، ويزيد بن هارون، وابن المبارك، وإسحاق وأبو ثور. وروي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما -، كراهية الصلاة في جلود الثعالب، وكرهه سعيد بن جبير، والحكم، ومكحول، وإسحاق وكره الانتفاع بجلود السنانير عطاء، وطاوس، ومجاهد، وعبيدة السلماني. ورخص في جلود السباع جابر، وروي عن ابن سيرين، وعروة أنهم رخصوا في الركوب على جلود النمور، ورخص فيها الزهري وأباح الحسن، والشعبي، وأصحاب الرأي، الصلاة في جلود الثعالب: لأن الثعالب تفدى في الإحرام، فكانت مباحة، ولما ثبت من الدليل على طهارة جلود الميتة بالدباغ. **ولنا**: ما روى أبو ريحانة، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن ركوب النمور.» أخرجه أبو داود، وابن ماجه، وعن معاوية، والمقدام بن معد يكرب، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن لبس جلود السباع، والركوب عليها.» رواه أبو داود، وروي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن افتراش جلود السباع.» رواه الترمذي ورواه أبو داود، ولفظه أن النبي «- صلى الله عليه وسلم - نهى عن جلود السباع.» مع ما سبق من نهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن الانتفاع بشيء من الميتة.." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٥٠

"وأما الثعالب فيبنى حكمها على حلها، وفيها روايتان، كذلك يخرج في جلودها؛ فإن قلنا بتحريمها فحكم جلودها حكم جلود بقية السباع، وكذلك السنانير البرية، فأما الأهلية فمحرمة، وهل تطهر جلودها بالدباغ؟ يخرج على روايتين. (٧٦) فصل: إذا قلنا بطهارة الجلود بالدباغ لم يطهر منها جلد ما لم يكن طاهرا في الحياة، نص أحمد على أنه يطهر.

وقال بعض أصحابنا: لا يطهر إلا ما كان مأكول اللحم. وهو مذهب الأوزاعي، وأبي ثور، وإسحاق؛ لأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «دباغ الأديم ذكاته» . فشبه الدبغ بالذكاة؛ والذكاة إنما تعمل في مأكول اللحم؛ ولأنه أحد المطهرين للجلد، فلم يؤثر في غير مأكول كالذبح.

وظاهر كلام أحمد أن كل طاهر في الحياة يطهر بالدبغ؛ لعموم لفظه في ذلك؛ ولأن قوله - عليه الصلاة والسلام -: «أيما إهاب دبغ فقد طهر» يتناول المأكول وغيره وخرج منه ما كان نجسا في الحياة؛ لكون الدبغ إنما يؤثر في دفع نجاسة حادثة بالموت، فيبقى فيما عداه على قضية العموم.

وحديثهم يحتمل أنه أراد بالذكاة التطييب، من قولهم: رائحة ذكية، أي: طيبة وهذا يطيب الجميع، ويدل على هذا: أنه أضاف الذكاة إلى الجلد خاصة، والذي يختص به الجلد هو تطييبه وطهارته، أما الذكاة التي هي الذبح، فلا تضاف إلا إلى الحيوان كله، ويحتمل أنه أراد بالذكاة الطهارة، فسمى الطهارة ذكاة، فيكون اللفظ عاما في كل جلد، فيتناول ما اختلفنا فيه.

[فصل أكل جلد الميتة بعد الدبغ]

(٧٧) فصل: ولا يحل أكله بعد الدبغ، في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن ابن حامد: أنه يحل. وهو وجه لأصحاب الشافعي؛ لقوله: - صلى الله عليه وسلم - «دباغ الأديم ذكاته» ولأنه معنى يفيد الطهارة في الجلد، فأباح الأكل كالذبح، **ولنا** قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم الميتة﴾ [المائدة: ٣] ، والجلد منها، وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - «إنما حرم من الميتة أكلها.» متفق عليه؛ ولأنه جزء من الميتة، فحرم أكله كسائر أجزائها، ولا يلزم من الطهارة إباحة الأكل، بدليل الخبائث مما لا ينجس بالموت، ثم لا يسمع قياسهم في ترك كتاب الله وسنة رسوله - صلى الله عليه وسلم - (٧٨) فصل: ويجوز بيعه، وإجارته، والانتفاع به في كل ما يمكن الانتفاع به فيه، سوى الأكل؛ لأنه صار بمنزلة المذكى في غير الأكل ولا يجوز بيعه قبل دبغه؛ لأنه نجس، متفق على نجاسة عينه، فأشبه الخنزير.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٥١

"[فصل ما يدبغ به جلد الميتة]

(٧٩) فصل: ويفتقر ما يدبغ به إلى أن يكون منشفا للرطوبة، منقيا للخبث، كالشب والقرظ، قال ابن عقيل: ويشترط كونه طاهرا، فإن كان نجسا لم يطهر الجلد؛ لأنها طهارة من نجاسة، فلم تحصل بنجس، كالاستجمار والغسل، وهل يطهر الجلد بمجرد الدبغ قبل غسله بالماء؟ فيه وجهان: أحدهما، لا تحصل؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في جلد الشاة الميتة: «يطهرها الماء والقرظ» . رواه أبو داود؛ ولأن ما يدبغ به نجس بملاقاة الجلد، فإذا اندبغ الجلد بقيت الآلة نجسة فتبقى نجاسة الجلد لملاقاتها له، فلا يزول إلا بالغسل.

والثاني: يطهر؛ لقوله - عليه الصلاة والسلام -: «أيما إهاب دبغ فقد طهر» ؛ ولأنه طهر بانقلابه، فلم يفتقر إلى استعمال الماء، كالخمرة إذا انقلبت خلا.

والأول أولى، والخبر والمعنى يدلان على طهارة عينه، ولا يمنع ذلك من وجوب غسله من نجاسة تلاقيه، كما لو أصابته نجاسة سوى آلة الدبغ، أو أصابته آلة الدبغ بعد فصله عنها.

(٨٠) فصل ولا يفتقر الدبغ إلى فعل؛ لأنها إزالة نجاسة، فأشبهت غسل الأرض، فلو وقع جلد ميتة في مدبغة، بغير فعل، فاندبغ، طهر، كما لو نزل ماء السماء على أرض نجسة طهرها.

[فصل حكم جلد ما لا يؤكل لحمه بعد الذبح]

(٨١) فصل: وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه كان جلده نجسا. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة، ومالك: يطهر؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «دباغ الأديم ذكاته.» أي: كذكاته، فشبه الدبغ بالذكاة، والمشبه به أقوى من المشبه، فإذا طهر الدبغ مع ضعفه فالذكاة أولى؛ ولأن الدبغ يرفع العلة بعد وجودها، والذكاة تمنعها، والمنع أقوى من الرفع. **ولنا** أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن افتراش جلود السباع، وركوب النمور» وهو عام في المذكى وغيره؛ ولأنه ذبح لا يطهر اللحم، فلم يطهر الجلد، كذبح المجوسي. أو ذبح غير مشروع، فأشبه الأصل، والخبر قد أجبنا عنه فيما مضى، ثم نقول: إن الدبغ إنما يؤثر في مأكول اللحم، فكذلك ما شبه به، ولو سلمنا أنه يؤثر في تطهير غيره، فلا يلزم حصول التطهير بالذكاة، لكون الدبغ مزيلا للخبث والرطوبات كلها، مطيبا للجلد على وجه يتهيأ به للبقاء على وجه لا

يتغير، والذكاة لا يحصل بها ذلك، فلا يستغنى بها عن الدبغ.

وقولهم: المشبه أضعف من المشبه به. غير لازم؛ فإن الله تعالى قال في صفة الحور." [١]

"لحمه فهو نجس على كل حال، وأما الحديث، فقال الخطابي: قال الأصمعي: العاج الذبل، ويقال: هو عظم ظهر السلحفاة البحرية. وذهب مالك إلى أن الفيل إن ذكي فعظمه طاهر، وإلا فهو نجس؛ لأن الفيل مأكول عنده، وهو غير صحيح؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع» رواه مسلم والفيل أعظمها نابا

فأما عظام بقية الميتات، فذهب الثوري، وأبو حنيفة، إلى طهارتها؛ لأن الموت لا يحلها فلا تنجس به، كالشعر؛ ولأن علة التنجيس في اللحم والجلد اتصال الدماء والرطوبات به، ولا يوجد ذلك في العظام **ولنا** قول الله تعالى ﴿قال من يحيي العظام وهي رميم﴾ [يس: ٧٨] ﴿قل يحييها الذي أنشأها أول مرة وهو بكل خلق عليم﴾ [يس: ٧٩] وما يحيا فهو يموت؛ ولأن دليل الحياة الإحساس والألم، والألم في العظم أشد من الألم في اللحم والجلد، والضرس يألم، ويلحقه الضرس، ويحس ببرد الماء وحرارته، وما تحله الحيا ة يحله الموت؛ إذ كان الموت مفارقة الحياة، وما يحله الموت ينجس به كاللحم.

قال الحسن لبعض أصحابه، لما سقط ضرسه: أشعرت أن بعضي مات اليوم، وقولهم: إن سبب التنجيس اتصال الدماء والرطوبات، قد أجبنا عنه فيما مضى.

[فصل الآنية من القرن والظفر والحافر]

(٨٤) فصل: والقرن والظفر والحافر كالعظم، إن أخذ من مذكى فهو طاهر؛ وإن أخذ من حي فهو نجس؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ما يقطع من البهيمة وهي حية فهو ميتة» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن غريب، وكذلك ما يتساقط من قرون الوعول في حياتها، ويحتمل أن هذا طاهر؛ لأنه طاهر متصل، مع عدم الحياة فيه، فلم ينجس بفصله من الحيوان، ولا بموت الحيوان كالشعر، والخبر أريد به ما يقطع من البهيمة مما فيه حياة؛ لأنه بفصله يموت، وتفارقه الحياة، بخلاف هذا، فإنه لا يموت بفصله، فهو أشبه بالشعر، وما لا ينجس بالموت لا بأس بعظامه كالسمك؛ لأن موته كتذكية الحيوانات المأكولة.

[فصل لبن الميتة وإنفحتها]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٥٢

(٨٥) فصل: ولبن الميتة وإنفحتها نجس في ظاهر المذهب. وهو قول مالك، والشافعي، وروي أنها طاهرة،." [(١)]

"يحصل هاهنا قبل وصول الماء إلى الإناء، وفي التي قبلها بعد فصله عنه، فهي مثلها في المعنى، وإن افترقا في الصورة.

[فصل اتخاذ آنية الذهب والفضة]

(٨٩) فصل: ويحرم اتخاذ آنية الذهب والفضة. وحكي عن الشافعي أن ذلك لا يحرم؛ لأن الخبر إنما ورد بتحريم الاستعمال، فلا يحرم الاتخاذ، كما لو اتخذ الرجل ثياب الحرير. **ولنا**، أن ما حرم استعماله مطلقا حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال، كالطنبور، وأما ثياب الحرير فإنها لا تحرم مطلقا، فإنها تباح للنساء، وتباح التجارة فيها، ويحرم استعمال الآنية مطلقا في الشرب والأكل وغيرهما؛ لأن النص ورد بتحريم الشرب والأكل، وغيرهما في معناهما. ويحرم ذلك على الرجال والنساء؛ لعموم النص فيهما، ووجود معنى التحريم في حقهما، وإنما أبيح التحلي في حق المرأة؛ لحاجتها إلى التزين للزوج، والتجمل عنده، وهذا يختص الحلي، فتختص الإباحة به

[فصل المضبب بالذهب أو الفضة]

(٩٠) فصل: فأما المضبب بالذهب أو الفضة، فإن كان كثيرا فهو محرم بكل حال؛ ذهبا كان أو فضة، لحاجة أو لغيرها. وبهذا قال الشافعي. وأباح أبو حنيفة المضبب، وإن كان كثيرا؛ لأنه صار تابعا للمباح، فأشبه المضبب باليسير **ولنا** أن هذا فيه سرف وخيلاء، فأشبه الخالص، ويبطل ما قاله بما إذا اتخذ أبوابا من فضة أو ذهب، أو رفوفا، فإنه يحرم، وإن كان تابعا، وفارق اليسير، فإنه لا يوجد فيه المعنى المحرم. إذا ثبت هذا، فاختلف أصحابنا؛ فقال أبو بكر يباح اليسير من الذهب والفضة؛ لما ذكرنا، وأكثر أصحابنا على أنه لا يباح اليسير من الذهب، ولا يباح منه إلا ما دعت الضرورة إليه، كأنف الذهب، وما ربط به أسنانه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٥٤

وأما الفضة فيباح منها اليسير؛ لما روى أنس، «أن قدح رسول الله – صلى الله عليه وسلم – انكسر، فاتخذ مكان." [1]

"جعل فص خاتمه جوهرة ثمينة جاز، وخاتم الذهب حرام، ولو جعل فصه ذهبا كان حراما، وإن قلت قيمته.

[مسألة صوف الميتة وشعرها]

(٩٢) مسألة، قال: (وصوف الميتة وشعرها طاهر) يعني شعر ما كان طاهرا في حياته وصوفه، وروي ذلك عن الحسن، وابن سيرين، وأصحاب عبد الله، قالوا: إذا غسل، وبه قال مالك، والليث بن سعد، والأوزاعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. وروي عن أحمد ما يدل على أنه نجس. وهو قول الشافعي؛ لأنه ينمو من الحيوان، فينجس بموته، كأعضائه.

ولنا: ما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لا بأس بمسك الميتة إذا دبغ، وصوفها وشعرها إذا غسل.» رواه الدارقطني، وقال: لم يأت به إلا يوسف بن السفر، وهو ضعيف؛ ولأنه لا تفتقر طهارة منفصلة إلى ذكاة أصله، فلم ينجس بموته، كأجزاء السمك والجراد؛ ولأنه لا يحله الموت فلم ينجس بموت الحيوان، كبيضه، والدليل على أنه لا حياة فيه، أنه لا يحس ولا يألم، وهما دليلا الحياة، ولو انفصل في الحياة كان طاهرا، ولو كانت فيه حياة لنجس بفصله؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ما أبين من حي فهو ميت.» رواه أبو داود بمعناه، وما ذكروه ينتقض بالبيض، ويفارق الأعضاء، فإن فيها حياة، وتنجس بفصلها في حياة الحيوان، والنمو بمجرده ليس بدليل الحياة، فإن الحشيش ينمو، ولا ينجس.

(٩٣) فصل: والريش كالشعر فيما ذكرنا؛ لأنه في معناه، فأما أصول الريش، والشعر، إذا كان رطبا إذا نتف من الميتة، فهو نجس؛ لأنه رطب في محل نجس، وهل يكون طاهرا بعد غسله؟ على وجهين: أحدهما أنه طاهر، كرءوس الشعر إذا تنجس. والثاني أنه نجس؛ لأنه جزء من اللحم لم يستكمل شعرا ولا ريشا.

[فصل شعر الآدمي طاهر متصله ومنفصله]

فصل: (٩٤) وشعر الآدمي طاهر متصله ومنفصله، في حياة الآدمي وبعد موته. وقال الشافعي، في أحد قوليه: إذا انفصل فهو نجس؛ لأنه جزء من الآدمي انفصل في حياته، فكان نجسا كعضوه. **ولنا**: أن النبي

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٥٧

– صلى الله عليه وسلم – فرق شعره بين أصحابه، قال أنس: «لما رمى النبي – صلى الله عليه وسلم – ونحر نسكه، ناول الحالق شقه الأيمن، فحلقه، ثم دعا أبا طلحة الأنصاري فأعطاه إياه، ثم ناوله الشق الأيسر، فقال: احلقه، فحلقه وأعطاه أبا طلحة، فقال: اقسمه بين الناس» . رواه مسلم، وأبو داود.
وروي أن معاوية أوصى أن يجعل نصيبه منه في فيه إذا مات، وكانت في قلنسوة خالد شعرات من شعر النبي." (١)

"وأقل أحوال النهي الكراهة؛ ولأنهم لا يتورعون عن النجاسة، ولا تسلم آنيتهم من أطعمتهم، وأدنى ما يؤثر ذلك الكراهة، وأما ثيابهم فما لم يستعملوه، أو علا منها؛ كالعمامة والطيلسان والثوب الفوقاني، فهو طاهر، لا بأس بلبسه، وما لاقى عوراتهم؛ كالسراويل والثوب السفلاني والإزار، فقال أحمد: أحب إلي أن يعيد، يعني: من صلى فيه. فيحتمل وجهين: أحدهما وجوب الإعادة وهو قول القاضي. وكره أبو حنيفة والشافعي، الإزار والسراويلات؛ لأنهم يتعبدون. بترك النجاسة، ولا يتحرزون منها، فالظاهر نجاسة ما ولي مخرجها.
والثاني لا يجب، وهو قول أبي الخطاب؛ لأن الأصل الطهارة، فلا تزول بالشك. الضرب الثاني: غير أهل الكتاب، وهم المجوس، وعبدة الأوثان، ونحوهم، فحكم ثيابهم حكم ثياب أهل الذمة، وأما أوانيهم، فقال القاضي: لا يستعمل ما استعملوه من آنيتهم؛ لأن أوانيهم لا تخلو من أطعمتهم، وذبائحهم ميتة، فلا تخلو أوانيهم من وضعها فيها.
وقال أبو الخطاب حكمهم حكم أهل الكتاب، وثيابهم وأوانيهم طاهرة، مباحة الاستعمال، ما لم يتيقن نجاستها، وهو مذهب الشافعي؛ «لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه توضئوا من مزادة مشركة» متفق عليه؛ ولأن الأصل الطهارة، فلا تزول بالشك. وظاهر كلام أحمد، – رحمه الله –، مثل قول القاضي، فإنه قال في المجوس: لا يؤكل من طعامهم إلا الفاكهة؛ لأن الظاهر نجاسة آنيتهم المستعملة في أطعمتهم، فأشبهت السراويلات من ثيابهم. ومن يأكل الخنزير من النصارى، في موضع يمكنهم أكله، أو يأكل الميتة، أو يذبح بالسن والظفر ونحوه، فحكمه حكم غير أهل الكتاب؛ لاتفاقهم في نجاسة أطعمتهم. ومتى شك في الإناء؛ هل استعملوه في أطعمتهم، أو لم يستعملوه، فهو طاهر؛ لأن الأصل طهارته.
ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة الصلاة في الثوب الذي ينسجه الكفار؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه، إنما كان لباسهم من نسج الكفار. فأما ثيابهم، التي يلبسونها، فأباح الصلاة فيها الثوري،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٩/١

وأصحاب الرأي، وقال مالك في ثوب الكفار: يلبسه على كل حال، وإن صلى فيه يعيد، ما دام في الوقت.
ولنا أن الأصل الطهارة، ولم تترجح جهة التنجيس فيه، فأشبه ما نسجه الكفار.

[فصل الصلاة في ثياب الصبيان]
(٩٨) فصل: وتباح الصلاة في ثياب الصبيان، ما لم تتيقن نجاستها وبذلك قال الثوري، والشافعي وأصحاب." (١)

"ما تحتها عادة، وإن وجد ذلك كان نادرا، فلا يتعلق به حكم. وهذا مذهب الشافعي **ولنا** أنه شعر ساتر لما تحته، أشبه لحية الرجل، ودعوى الندرة في الحاجبين والشارب والعنفقة، غير مسلم، بل العادة ذلك.
(١٥٣) فصل: ومتى غسل هذه الشعور، ثم زالت عنه، أو انقلعت جلدة من يديه، أو قص ظفره أو انقلع، لم يؤثر في طهارته. قال يونس بن عبيد ما زاده ذلك إلا طهارة. وهذا قول أكثر أهل العلم. وحكي عن ابن جرير أن ظهور بشرة الوجه بعد غسل شعره يوجب غسلها، قياسا على ظهور قدم الماسح على الخف، ولا يصح؛ لأن الفرض انتقل إلى الشعر أصلا، بدليل أنه لو غسل البشرة دون الشعر، لم يجزه، بخلاف الخفين فإنهما بدل يجزئ غسل الرجلين دونهما.

[فصل غسل ما استرسل من اللحية]
(١٥٤) فصل ويجب غسل ما استرسل من اللحية. وقال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه: لا يجب غسل ما نزل منها عن حد الوجه طولا وعرضا؛ لأنه شعر خارج عن محل الفرض، فأشبه ما نزل من شعر الرأس عنه.
وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجب غسل اللحية الكثيفة؛ لأن الله تعالى إنما أمر بغسل الوجه، وهو اسم للبشرة التي تحصل بها المواجهة، والشعر ليس ببشرة، وما تحته لا تحصل به المواجهة. وقد قال الخلال الذي ثبت عن أبي عبد الله في اللحية أنه لا يغسلها وليست من الوجه ألبتة.
قال: وروى بكر بن محمد، عن أبيه، قال: سألت أبا عبد الله أيما أعجب إليك غسل اللحية أو التخليل؟ فقال: غسلها ليس من السنة، وإن لم يخلل أجزأه. وهذا ظاهر مثل مذهب أبي حنيفة في الرواية التي ذكرت

---
(١) المغني لابن قدامة ٦٢/١

عنه. ويحتمل أنه أراد ما خرج عن حد الوجه منها، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، والمشهور عن أبي حنيفة أن عليه غسل الربع من اللحية، بناء على أصله في مسح الرأس. وظاهر مذهب أحمد الذي عليه أصحابه، وجوب غسل اللحية كلها مما هو نابت في محل الفرض، سواء حاذى محل الفرض أو تجاوزه، وهو ظاهر كلام الشافعي.

وقول أحمد في نفي الغسل، أراد به غسل باطنها، أي غسل باطنها ليس من السنة، وقد روي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رأى رجلا قد غطى لحيته في الصلاة، فقال: اكشف وجهك؛ فإن اللحية من الوجه» ؛ ولأنه نابت في محل الفرض يدخل في اسمه ظاهرا، فأشبه اليد الزائدة؛ ولأنه يواجه به، فيدخل في اسم الوجه، ويفارق شعر الرأس، فإن النازل عنه لا يدخل في اسمه، والخف لا يجب مسح جميعه، بخلاف ما نحن فيه.

[فصل يستحب أن يزيد في ماء الوجه]

(١٥٥) فصل: يستحب أن يزيد في ماء الوجه؛ لأن فيه غضونا وشعورا ودواخل وخوارج، ليصل الماء." (١)

"من ييممه، ولم يجد من يوضئه، لزمه التيمم، كعادم الماء إذا وجد التراب. وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه خلافا.

(١٦٤) فصل: إذا كان تحت أظفاره وسخ يمنع وصول الماء إلى ما تحته، فقال ابن عقيل لا تصح طهارته حتى يزيله؛ لأنه محل من اليد استتر بما ليس من خلقة الأصل سترا منع إيصال الماء إليه، مع إمكان إيصاله وعدم الضرر به، فأشبه ما لو كان عليه شمع أو غيره.

ويحتمل أن لا يلزمه ذلك؛ لأن هذا يستر عادة، فلو كان غسله واجبا لبينه النبي - صلى الله عليه وسلم - ؛ لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه، وقد عاب النبي - صلى الله عليه وسلم - عليهم كونهم يدخلون عليه قلحا، ورفع أحدهم بين أنملته وظفره. يعني أن وسخ أرفاغهم تحت أظفارهم يصل إليه رائحة نتنها، فعاب عليهم نتن ريحها، لا بطلان طهارتهم، ولو كان مبطلا للطهارة كان ذلك أهم من نتن الريح، فكان أحق بالبيان؛ ولأن هذا يستتر عادة. أشبه ما يستره الشعر من الوجه.

[فصل كان يتوضأ من ماء يسير يغترف منه بيده]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٧/١

(١٦٥) فصل: ومن كان يتوضأ من ماء يسير يغترف منه بيده، فغرف منه عند غسل يديه، لم يؤثر ذلك في الماء. وقال بعض أصحاب الشافعي: يصير الماء مستعملا بغرفه منه؛ لأنه موضع غسل اليد، وهو ناو للوضوء بغسلها، فأشبه ما لو غمسها في الماء ينوي غسلها فيه. ولنا أن في حديث عبد الله بن زيد «في صفة وضوء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه دعا بماء، فذكر وضوءه – إلى أن قال – وغسل وجهه ثلاثا، ثم أدخل يده فاستخرجها، وغسل يديه إلى المرفقين، مرتين» وفي حديث عثمان: «ثم غرف بيده اليمنى فصب على ذراعه اليمنى، فغسلها إلى المرفقين ثلاثا، ثم غرف بيمينه فغسل يده اليسرى.» رواهما سعيد. وحديث عبد الله بن زيد رواه مسلم، وغيره،

وكل من حكى وضوء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لم يحك أنه تحرز من اغتراف الماء بيده في موضع غسلها، ولو كان هذا يفسد الماء كان النبي – صلى الله عليه وسلم – أحق بمعرفته، ولوجب عليه بيانه لمسيس الحاجة إليه، إذ كان هذا لا يعرف بدون البيان، ولا يتوقاه إلا متحذلق، وما ذكره لا يصح؛ لأن المغترف لم يقصد بغمس يده إلا الاغتراف دون غسلها، فأشبه من يغوص في البئر لترقية الدلو وعليه جنابة لا يقصد غير ترقيته، ونية الاغتراف عارضت نية الطهارة فصرفتها. والله أعلم.

[مسألة وجوب مسح الرأس]

(١٦٦) مسألة: قال: ومسح الرأس لا خلاف في وجوب مسح الرأس، وقد نص الله تعالى عليه بقوله ﴿وامسحوا برءوسكم﴾ [المائدة: ٦] .." (١)

"واختلف في قدر الواجب؛ فروي عن أحمد وجوب مسح جميعه في حق كل أحد. وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب مالك وروي عن أحمد يجزئ مسح بعضه. قال أبو الحارث قلت لأحمد فإن مسح برأسه وترك بعضه؟ قال: يجزئه. ثم قال: ومن يمكنه أن يأتي على الرأس كله، وقد نقل عن سلمة بن الأكوع، أنه كان يمسح مقدم رأسه، وابن عمر مسح اليافوخ.

وممن قال بمسح البعض الحسن والثوري والأوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، إلا أن الظاهر عن أحمد – رحمه الله –، في حق الرجل، وجوب الاستيعاب، وأن المرأة يجزئها مسح مقدم رأسها. قال الخلال العمل في مذهب أحمد أبي عبد الله أنها إن مسحت مقدم رأسها أجزأها. وقال مهنا: قال أحمد:

أرجو أن تكون المرأة في مسح الرأس أسهل. قلت له: ولم؟ قال: كانت عائشة تمسح مقدم رأسها. واحتج

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٢/١

من أجاز مسح البعض بأن المغيرة بن شعبة، روى «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – مسح بناصيته وعمامته.» «وإن عثمان مسح مقدم رأسه بيده مرة واحدة ولم يستأنف له ماء جديدا، حين حكى وضوء النبي – صلى الله عليه وسلم –.» رواه سعيد؛ ولأن من مسح بعض رأسه يقال: مسح برأسه، كما يقال: مسح برأس اليتيم وقبل رأسه. وزعم بعض من ينصر ذلك أن الباء للتبعيض، فكأنه قال: وامسحوا بعض رءوسكم، **ولنا** قول الله تعالى ﴿وامسحوا برءوسكم﴾ [المائدة: ٦] ، والباء للإلصاق، فكأنه قال: وامسحوا رءوسكم. فيتناول الجميع. كما قال في التيمم ﴿فامسحوا بوجوهكم﴾ [النساء: ٤٣] .
وقولهم: " الباء للتبعيض " غير صحيح، ولا يعرف أهل العربية ذلك، قال ابن برهان: من زعم أن الباء تفيد التبعيض فقد جاء أهل اللغة بما لا يعرفونه. وحديث المغيرة يدل على جواز المسح على العمامة، ونحن نقول به؛ ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما توضأ مسح رأسه كله، وهذا يصلح أن يكون مبينا للمسح المأمور به، وما ذكروه من اللفظ مجاز لا يعدل إليه عن الحقيقة إلا بدلِيل.

(١٦٧) فصل: وإذا قلنا بجواز مسح البعض، فمن أي موضع مسح أجزأه؛ لأن الجميع رأس، إلا أنه لا يجزئ مسح الأذنين عن الرأس؛ لأنهما تبع، فلا يجتزئ بهما عن الأصل، والظاهر عن أبي عبد الله أنه لا يجب مسحهما، وإن وجب الاستيعاب؛ لأن الرأس عند إطلاق لفظه إنما يتناول ما عليه الشعر. واختلف أصحابنا في قدر البعض المجزئ، فقال القاضي: قدر الناصية؛ لحديث المغيرة. أن النبي – صلى الله عليه وسلم – مسح ناصيته.
وحكى أبو الخطاب، وبعض أصحاب الشافعي، عن أحمد: أنه لا يجزئ إلا مسح أكثره؛ لأن الأكثر ينطلق عليه اسم الشيء الكامل. وقال أبو حنيفة يجزئ مسح ربعه. وقال الشافعي يجزئ مسح ما يقع عليه الاسم، وأقله ثلاث شعرات.
وحكي عنه: لو مسح ثلاث شعرات، وحكي عنه: لو مسح شعرة، أجزأه، لوقوع الاسم عليها. ووجه ما قاله القاضي: إن فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – يصلح بيانا لما أمر به، فيحمل عليه.." (١)
"(١٦٨) فصل: والمستحب في مسح الرأس أن يبل يديه ثم يضع طرف إحدى سبابتيه على طرف الأخرى ويضعهما على مقدم رأسه، ويضع الإبهامين على الصدغين، ثم يمر يديه إلى قفاه، ثم يردهما إلى الموضع الذي بدأ منه. كما روى عبد الله بن زيد «في وصف وضوء رسول الله – صلى الله عليه وسلم –

(١) المغني لابن قدامة ٩٣/١

قال: فمسح رأسه بيديه، فأقبل بهما وأدبر، بدأ بمقدم رأسه حتى ذهب بهما إلى قفاه، ثم ردهما إلى المكان الذي بدأ منه.» متفق عليه.

وكذلك وصف المقدام بن معدي كرب، رواه أبو داود. فإن كان ذا شعر يخاف أن ينتفش برد يديه لم يردهما. نص عليه أحمد فإنه قيل له: من له شعر إلى منكبيه، كيف يمسح في الوضوء؟ فأقبل أحمد بيديه على رأسه مرة، وقال: هكذا كراهية أن ينتشر شعره. يعني أنه يمسح إلى قفاه ولا يرد يديه.

قال أحمد حديث علي هكذا. وإن شاء مسح، كما روي عن الربيع، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - توضأ عندها، فمسح رأسه كله من فرق الشعر كل ناحية لمصب الشعر لا يحرك الشعر عن هيئته.» رواه أبو داود.

وسئل أحمد كيف تمسح المرأة؟ فقال: هكذا. ووضع يده على وسط رأسه، ثم جرها إلى مقدمه، ثم رفعها فوضعها حيث منه بدأ، ثم جرها إلى مؤخره. وكيف مسح بعد استيعاب قدر الواجب أجزأه.

[فصل تكرار مسح الرأس]

(١٦٩) فصل: ولا يسن تكرار مسح الرأس في الصحيح من المذهب. وهو قول أبي حنيفة ومالك وروي ذلك عن ابن عمر وابنه سالم والنخعي ومجاهد وطلحة بن مصرف والحكم قال الترمذي: والعمل عليه عند أكثر أهل العلم من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ومن بعدهم. وعن أحمد أنه يسن تكراره. ويحتمله كلام الخرقي؛ لقوله الثلاث أفضل. وهو مذهب الشافعي وروي عن أنس، قال ابن عبد البر: كلهم يقول: مسح الرأس مسحة واحدة.

وقال الشافعي: يمسح برأسه ثلاثا؛ لأن أبا داود روى عن شقيق بن سلمة، قال: «رأيت عثمان بن عفان غسل ذراعيه ثلاثا، ومسح برأسه ثلاثا. ثم قال: رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فعل مثل هذا.» وروي مثل ذلك عن غير واحد من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. وروى عثمان، وعلي، وابن عمر، وأبو هريرة، وعبد الله بن أبي أوفى، وأبو مالك، والربيع، وأبي بن كعب، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «توضأ ثلاثا ثلاثا.» وفي حديث أبي، قال: «هذا وضوئي ووضوء المرسلين قبلي» . رواه ابن ماجه.

ولأن الرأس أصل في الطهارة، فسن تكرارها فيه كالوجه. **ولنا** «أن عبد الله بن زيد وصف وضوء رسول الله

– صلى الله عليه وسلم – قال: ومسح برأسه مرة واحدة» . متفق عليه. وروي عن «علي – رضي الله عنه – أنه توضأ ومسح برأسه مرة واحدة وقال: هذا وضوء." (١)

"الرأس، فمسح على النازل من منابته، لم يجزئه؛ لأن الرأس ما ترأس وعلا، ولو رد هذا النازل وعقده على رأسه لم يجزئه المسح عليه؛ لأنه ليس من الرأس، وإنما هو نازل رده إلى أعلاه. ولو نزل عن منبته ولم ينزل عن محل الفرض فمسح عليه أجزأه؛ لأنه شعر على محل الفرض، فأشبه القائم على محله؛ ولأن هذا لا بد منه لكل ذي شعر. ولو خضب رأسه بما يستره أو طينه، لم يجزئه المسح على الخضاب والطين، نص عليه في الخضاب؛ لأنه لم يمسح على محل الفرض، فأشبه ما لو ترك على رأسه خرقة فمسح عليها. والله أعلم.

(١٧١) فصل: ويمسح رأسه بماء جديد غير ما فضل عن ذراعيه. وهو قول أبي حنيفة والشافعي والعمل عليه عند أكثر أهل العلم. قاله الترمذي. وجوزه الحسن وعروة والأوزاعي لما ذكرنا من حديث عثمان، ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا: إن المستعمل لا يخرج عن طهوريته، سيما الغسلة الثانية والثالثة. **ولنا**: ما روى عبد الله بن زيد، قال: «مسح رسول الله – صلى الله عليه وسلم – رأسه بماء غير فضل يديه.» وكذلك حكى علي ومعاوية رواهن أبو داود، قال الترمذي: وقد روي من غير وجه، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أخذ لرأسه ماء جديدا.»
ولأن البلل الباقي في يده مستعمل، فلا يجزئ المسح به، كما لو فصله في إناء ثم استعمله.

(١٧٢) فصل: فإن غسل رأسه بدل مسحه، فعلى وجهين: أحدهما: لا يجزئه؛ لأن الله تعالى أمر بالمسح، والنبي – صلى الله عليه وسلم – مسح وأمر بالمسح؛ ولأنه أحد نوعي الطهارة، فلم يجزئ عن النوع الآخر، كالمسح عن الغسل. والثاني يجزئ؛ لأنه لو كان جنبا فانغمس في ماء ينوي الطهارتين، أجزأه مع عدم المسح، فكذلك إذا كان الحدث الأصغر منفردا؛ ولأن في صفة غسل النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه غسل وجهه ويديه، ثم أفرغ على رأسه ولم يذكر مسحا؛ ولأن الغسل أبلغ من المسح، فإذا أتى به ينبغي أن يجزئه، كما لو اغتسل ينوي به الوضوء، وهذا فيما إذا لم يمر يده على رأسه.
فأما إن أمر يده على رأسه مع الغسل أو بعده أجزأه؛ لأنه قد أتى بالمسح. وقد روي عن «معاوية، أنه توضأ

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٩٤

للناس كما رأى النبي – صلى الله عليه وسلم – توضأ، فلما بلغ رأسه غرف غرفة من ماء فتلقاها بشماله، حتى وضعها على وسط رأسه حتى قطر الماء أو كاد يقطر، ثم مسح من مقدمه إلى مؤخره، ومن مؤخره إلى مقدمه.» رواه أبو داود. ولو حصل على رأسه ماء المطر، أو صب عليه إنسان، ثم مسح عليه يقصد بذلك الطهارة، أو كان قد صمد للمطر، أجزأه.

وإن حصل الماء على رأسه من غير قصد أجزأه أيضا؛ لأن حصول الماء على." (١)

"وعطف بعضها على بعض بواو الجمع، وهي لا تقتضي الترتيب، فكيفما غسل كان ممتثلا.

وروي عن علي وابن مسعود: ما أبالي بأي أعضائي بدأت. وقال ابن مسعود: لا بأس أن تبدأ برجليك قبل يديك في الوضوء. ولنا أن في الآية قرينة تدل على أنه أريد بها الترتيب؛ فإنه أدخل ممسوحا بين مغسولين، والعرب لا تقطع النظير عن نظيره إلا لفائدة، والفائدة هاهنا الترتيب.

فإن قيل: فائدته استحباب الترتيب. قلنا: الآية ما سيقت إلا لبيان الواجب؛ ولهذا لم يذكر فيها شيئا من السنن؛ ولأنه متى اقتضى اللفظ الترتيب كان مأمورا به، والأمر يقتضي الوجوب؛ ولأن كل من حكى وضوء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حكاه مرتبا، وهو مفسر لما في كتاب الله تعالى، وتوضأ مرتبا، وقال: «هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به» . أي بمثله، وما روي عن علي وابن مسعود قال أحمد: إنما عنيا به اليسرى قبل اليمنى؛ لأن مخرجهما من الكتاب واحد.

ثم قال أحمد: حدثنا جرير، عن قابوس، عن أبيه، أن عليا سئل، فقيل له: أحدنا يستعجل، فيغسل شيئا قبل شيء؟ قال: لا. حتى يكون كما أمر الله تعالى، والرواية الأخرى عن ابن مسعود ولا يعرف لها أصل.

(١٧٨) فصل: ولا يجب الترتيب بين اليمنى واليسرى، لا نعلم فيه خلافا؛ لأن مخرجهما في الكتاب واحد. قال الله تعالى: وأيديكم وأرجلكم. والفقهاء يعدون اليدين عضوا، والرجلين عضوا، ولا يجب الترتيب في العضو الواحد، وقد دل على ذلك قول علي وابن مسعود.

[فصل نكس وضوءه فبدأ بشيء من أعضائه قبل وجهه]

(١٧٩) فصل: وإذا نكس وضوءه، فبدأ بشيء من أعضائه قبل وجهه، لم يحتسب بما غسله قبل وجهه، فإذا غسل وجهه مع بقاء نيته أو بعدها بزمن يسير احتسب له به، ثم يرتب الأعضاء الثلاثة. وإن غسل وجهه ثم مسح رأسه ثم غسل يديه ورجليه، أعاد مسح رأسه وغسل رجليه. وإن غسل وجهه ويديه ثم غسل

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٩٦

رجليه ثم مسح رأسه، صح وضوءه إلا غسل رجليه. وإن نكس وضوءه جميعه، لم يصح له إلا غسل وجهه. وإن توضأ منكسا أربع مرات، صح وضوءه، يحصل له من كل مرة غسل عضو إذا كان متقاربا.." (١)

"ومذهب الشافعي مثل ما ذكرنا. ولو غسل أعضاءه دفعة واحدة لم يصح له إلا غسل وجهه؛ لأنه لم يرتب. وإن انغمس في ماء جار فلم يمر على أعضائه إلا جرية واحدة فكذلك. وإن مر عليه أربع جريات، وقلنا: الغسل يجزئ عن المسح. أجزأه، كما لو توضأ أربع مرات. وإن كان الماء راكدا، فقال بعض أصحابنا: إذا أخرج وجهه ثم يديه ثم مسح رأسه ثم خرج من الماء، أجزأه؛ لأن الحدث إنما يرتفع بانفصال الماء عن العضو، ونص أحمد في رجل أراد الوضوء فانغمس في الماء، ثم خرج من الماء، فعليه مسح رأسه وغسل رجليه.

وهذا يدل على أن الماء إذا كان جاريا فمرت عليه جرية واحدة، أنه يجزئه مسح رأسه وغسل رجليه. وإن اجتمع الحدثان، سقط الترتيب والموالاة. على ما سنذكره، إن شاء الله تعالى.

(١٨٠) فصل: ولم يذكر الخرقي الموالاة، وهي واجبة عند أحمد نص عليها في مواضع. وهذا قول الأوزاعي وأحد قولي الشافعي قال القاضي: ونقل حنبل ءن أحمد أنها غير واجبة. وهذا قول أبي حنيفة لظاهر الآية؛ ولأن المأمور به غسل الأعضاء، فكيفما غسل جاز؛ ولأنها إحدى الطهارتين، فلم تجب الموالاة فيها كالغسل.

وقال مالك: إن تعمد التفريق بطل، وإلا فلا. **ولنا** ما ذكرنا من رواية عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «رأى رجلا يصلي وفي ظهر قدمه لمعة قدر الدرهم لم يصبها الماء، فأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يعيد الوضوء والصلاة» .

ولو لم تجب الموالاة لأجزأه غسل اللمعة؛ ولأنها عبادة يفسدها الحدث، فاشترطت لها الموالاة كالصلاة، والآية دلت على وجوب الغسل، والنبي - صلى الله عليه وسلم - بين كيفيته، وفسر مجمله بفعله وأمره، فإنه لم يتوضأ إلا متواليا، وأمر تارك الموالاة بإعادة الوضوء، وغسل الجنابة بمنزلة غسل عضو واحد، بخلاف الوضوء. (١٨١) فصل: والموالاة الواجبة أن لا يترك غسل عضو حتى يمضي زمن يجف فيه العضو الذي قبله في الزمان المعتدل؛ لأنه قد يسرع جفاف العضو في بعض الزمان دون بعض؛ ولأنه يعتبر ذلك فيما بين طرفي الطهارة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٠١

وقال ابن عقيل في رواية أخرى، إن حد التفريق المبطل ما يفحش في العادة؛ لأنه لم يحد في الشرع، فيرجع فيه إلى العادة، كالإحراز والتفرق في البيع.

(١٨٢) فصل: وإن نشفت أعضاؤه لاشتغاله بواجب في الطهارة أو مسنون، لم يعد تفريقا، كما لو طول أركان الصلاة. قال أحمد إذا كان في علاج الوضوء فلا بأس، وإن كان لوسوسة تلحقه فكذلك؛ لأنه." (١)

"[فصل حكم اللبث في المسجد للجنب والحائض والنفساء]

(١٩٥) فصل: وليس لهم اللبث في المسجد، لقول الله تعالى: ﴿ولا جنبا إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا﴾ [النساء: ٤٣] وروت عائشة، قالت: «جاء النبي - صلى الله عليه وسلم - وبيوت أصحابه شارعة في المسجد، فقال: وجهوا هذه البيوت عن المسجد؛ فإني لا أحل المسجد لحائض ولا جنب» رواه أبو داود. ويباح العبور للحاجة، من أخذ شيء، أو تركه، أو كون الطريق فيه، فأما لغير ذلك فلا يجوز بحال. وممن نقلت عنه الرخصة في العبور: ابن مسعود وابن عباس وابن المسيب وابن جبير والحسن ومالك والشافعي وقال الثوري وإسحاق لا يمر في المسجد إلا أن لا يجد بدا، فيتيمم.

وهو قول أصحاب الرأي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا أحل المسجد لحائض ولا جنب.»

ولنا قول الله تعالى: (إلا عابري سبيل) ، والاستثناء من المنهي عنه إباحة. وعن عائشة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لها: ناوليني الخمرة من المسجد. قالت: إني حائض، قال إن حيضتك ليست في يدك» . رواه مسلم. وعن جابر قال: كنا نمر في المسجد ونحن جنب. رواه ابن المنذر

وعن زيد بن أسلم، قال: كان أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يمشون في المسجد وهم جنب رواه ابن المنذر أيضا. وهذا إشارة إلى جميعهم، فيكون إجماعا. (١٩٦) فصل: فأما المستحاضة، ومن به سلس البول، فلهم اللبث في المسجد والعبور إذا أمنوا تلويث المسجد؛ لما روي عن عائشة أن «امرأة من أزواج رسول الله - صلى الله عليه وسلم - اعتكفت معه وهي مستحاضة، فكانت ترى الحمرة والصفرة، وربما وضعت الطست تحتها وهي تصلي.» رواه البخاري. ولأنه حدث لا يمنع الصلاة فلم يمنع اللبث، كخروج الدم اليسير من أنفه.

فإن خاف تلويث المسجد فليس له العبور؛ فإن المسجد يصان عن هذا، كما يصان عن البول فيه. ولو خشيت الحائض تلويث المسجد بالعبور فيه، لم يكن لها ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٢/١

(١٩٧) فصل: وإن خاف الجنب على نفسه أو ماله، أو لم يمكنه الخروج من المسجد، أو لم يجد مكانا غيره، أو لم يمكنه الغسل ولا الوضوء، تيمم، ثم أقام في المسجد، وروي عن علي وابن عباس وسعيد." [١]

"«من استجمر فليوتر، من فعل فقد أحسن، ومن لا فلا حرج» . رواه أبو داود؛

ولأنها نجاسة يكتفى فيها بالمسح، فلم تجب إزالتها كيسير الدم. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا ذهب أحدكم إلى الغائط فليذهب معه بثلاثة أحجار، فإنها تجزئ عنه» . رواه أبو داود، وقال: «لا يستنجي أحدكم بدون ثلاثة أحجار» . رواه مسلم، وفي لفظ لمسلم: «لقد نهانا أن نستنجي بدون ثلاثة أحجار.» فأمر، والأمر يقتضي الوجوب. وقال: فإنها تجزئ عنه. والإجزاء إنما يستعمل في الواجب، ونهى عن الاقتصار على أقل من ثلاثة، والنهي يقتضي التحريم، وإذا حرم ترك بعض النجاسة فترك جميعها أولى.

وقال ابن المنذر: ثبت أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يكفي أحدكم دون ثلاثة أحجار.» وأمر بالعدد في أخبار كثيرة، وقوله: (لا حرج) يعني في ترك الوتر، لا في ترك الاستجمار؛ لأن المأمور به في الخبر الوتر، فيعود نفي الحرج إليه، وأما الاجتزاء بالمسح فيه فلمشقة الغسل، لكثرة تكرره في محل الاستنجاء.

[فصل الاستنجاء بالماء أو الأحجار]

(٢٠٦) فصل: وهو مخير بين الاستنجاء بالماء أو الأحجار، في قول أكثر أهل العلم. وحكي عن سعد بن أبي وقاص وابن الزبير أنهما أنكرا الاستنجاء بالماء. وقال سعيد بن المسيب وهل يفعل ذلك إلا النساء، وقال عطاء غسل الدبر محدث. وكان الحسن لا يستنجي بالماء.

وروي عن حذيفة القولان جميعا. وكان ابن عمر لا يستنجي بالماء ثم فعله، وقال لنافع: جربناه فوجدناه صالحا. وهو مذهب رافع بن خديج وهو الصحيح؛ لما روى أنس، قال: «كان النبي – صلى الله عليه وسلم – يدخل الخلاء فأحمل أنا وغلام نحوي إداوة من ماء وعنزة، فيستنجي بالماء.» متفق عليه.

وعن عائشة، «أنها قالت: مرن أزواجكن أن يستطيبوا بالماء؛ فإني أستحييهم، وإن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يفعله.» قال الترمذي: هذا حديث صحيح. رواه سعيد، وروى أبو هريرة، عن النبي –

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٠٧

صلى الله عليه وسلم – قال: «نزلت هذه الآية في أهل قباء ﴿فيه رجال يحبون أن يتطهروا﴾ [التوبة: ١٠٨] قال: كانوا يستنجون بالماء، فنزلت هذه الآية فيهم» . رواه أبو داود، وابن ماجه. ولأنه يطهر المحل، ويزيل النجاسة، فجاز، كما لو كانت النجاسة على محل آخر.

وإن أراد الاقتصار على أحدهما فالماء أفضل؛ لما روينا من الحديث؛ ولأنه يطهر المحل، ويزيل العين والأثر، وهو أبلغ في التنظيف. وإن اقتصر على الحجر أجزأه، بغير خلاف بين أهل العلم؛ لما ذكرنا من الأخبار؛ ولأنه إجماع الصحابة – رضي الله عنهم –، والأفضل أن يستجمر بالحجر، ثم يتبعه الماء. قال أحمد: إن جمعهما." (١)

"فهو أحب إلي؛ لأن عائشة قالت: «مرن أزواجكن أن يتبعن الحجارة الماء من أثر الغائط والبول؛ فإني أستحييهم، كان النبي – صلى الله عليه وسلم – يفعله.» احتج به أحمد ورواه سعيد؛ ولأن الحجر يزيل عين النجاسة فلا تصيبها يده، ثم يأتي بالماء فيطهر المحل، فيكون أبلغ في التنظيف وأحسن.

[مسألة الاستنجاء بما دون الثلاثة أحجار]

(٢٠٧) مسألة: قال: فإن لم يعدوا مخرجهما أجزأه أحجار إذا أنقى بهن، فإن أنقى بدون الثلاثة لم يجزه، حتى يأتي بالعدد، وإن لم ينق بالثلاثة زاد حتى ينقي قوله: يعدوا مخرجهما يعني الخارجين من السبيلين إذا لم يتجاوزا مخرجهما. يقال: عداك الشر أي: تجاوزك.

والمراد، والله أعلم، إذا لم يتجاوز المخرج بما لم تجر العادة به، فإن اليسير لا يمكن التحرز منه، والعادة جارية به، وإذا كان كذلك فإنه يجزئه ثلاثة أحجار منقية. ومعنى الإنقاء إزالة عين النجاسة وبلتها، بحيث يخرج الحجر نقيا وليس عليه أثر إلا شيئا يسيرا. ويشترط الأمران جميعا؛ الإنقاء، وإكمال الثلاثة، أيهما وجد دون صاحبه لم يكف، وهذا مذهب الشافعي وجماعة.

وقال مالك وداود: الواجب الإنقاء دون العدد؛ لقوله – عليه السلام – «من استجمر فليوتر، من فعل فقد أحسن ومن لا فلا حرج» . **ولنا**: قول سلمان: «لقد نهانا – يعني النبي – صلى الله عليه وسلم – أن نستنجي بأقل من ثلاثة أحجار» . وما ذكرنا من الأحاديث، وحديثهم قد أجبنا عنه فيما مضى.

(٢٠٨) فصل: وإذا زاد على الثلاثة استحب أن لا يقطع إلا على وتر؛ لقوله – عليه السلام –: «من استجمر فليوتر» . متفق عليه، فيستجمر خمسا أو سبعا أو تسعا أو ما زاد على ذلك، فإن اقتصر على

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٢/١

شفع منقية، فيما زاد على الثلاثة جاز؛ لقوله - عليه السلام -: «ومن لا فلا حرج» .

(٢٠٩) فصل: وكيفما حصل الإنقاء في الاستجمار أجزأه. وذكر القاضي أن المستحب أن يمر الحجر الأول من مقدم صفحته اليمنى إلى مؤخرها، ثم يديره على اليسرى، ثم يرجع به إلى الموضع الذي بدأ منه؛ ثم يمر الثاني من مقدم صفحته اليسرى كذلك؛ ثم يمر الثالث على المسربة والصفحتين؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أو لا يجد أحدكم حجرين للصفحتين وحجرا للمسربة» . رواه الدارقطني. وقال: إسناده حسن.

وينبغي أن يعم المحل بكل واحد من الأحجار؛ لأنه إذا لم يعم به كان ذلك تلفيقا، فيكون بمنزلة مسحة واحدة، ولا يكون تكرارا. ذكر هذا الشريف أبو جعفر، وابن عقيل وقالا: معنى الحديث البداية بهذه المواضع، ويحتمل أن يجزئه لكل جهة مسحة، لظاهر الخبر. والله أعلم.." (١)

"وشرطه، فلم يجز استعمال المنهي عنه فيها، واليد ليست المباشرة للمحل ولا شرطا فيه، إنما يتناول بها الحجر الملاقي للمحل، فصار النهي عنها نهي تأديب، لا يمنع الإجزاء.

[فصل يبدأ الرجل في الاستنجاء بالقبل]

(٢١٢) فصل: ويبدأ الرجل في الاستنجاء بالقبل؛ لئلا تتلوث يده إذا شرع في الدبر؛ لأن قبله بارز تصيبه اليد إذا مدها إلى الدبر، والمرأة مخيرة في البداية بأيهما شاءت، لعدم ذلك فيها. ويستحب أن يمكث بعد البول قليلا، ويضع يده على أصل الذكر من تحت الأنثيين، ثم يسلته إلى رأسه فينتر ذكره ثلاثا برفق. قال أحمد إذا توضأت فضع يدك في سفلتك، ثم اسلت ما ثم حتى ينزل، ولا تجعل ذلك من همك، ولا تلتفت إلى ظنك.

وقد روى يزداد اليماني، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا بال أحدكم فلينتر ذكره ثلاث مرات» . رواه الإمام أحمد. وإذا استنجى بالماء ثم فرغ، استحب له دلك يده بالأرض؛ لما روي عن «ميمونة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعل ذلك.» رواه البخاري. وروي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى حاجته، ثم استنجى من تور، ثم دلك يده بالأرض.» أخرجه ابن ماجه. وإن استنجى عقيب انقطاع البول، جاز لأن الظاهر انقطاعه، وقد قيل: إن الماء يقطع البول، ولذلك سمي الاستنجاء انتقاص

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٣/١

الماء. ويستحب أن ينضح على فرجه وسراويله؛ ليزيل الوسواس عنه.

قال حنبل: سألت أحمد قلت: أتوضأ وأستبرئ، وأجد في نفسي أني قد أحدثت بعد، قال: إذا توضأت فاستبرئ، وخذ كفا من ماء فرشه على فرجك، ولا تلتفت إليه، فإنه يذهب إن شاء الله. وقد روى أبو هريرة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: جاءني جبريل، فقال: يا محمد، إذا توضأت فانتضح» . وهو حديث غريب.

[مسألة الاستنجاء بالخشب والخرق وكل ما أنقي به]

(٢١٣) مسألة: قال: والخشب والخرق وكل ما أنقي به فهو كالأحجار هذا الصحيح من المذهب، وهو قول أكثر أهل العلم. وفيه رواية أخرى، لا يجزئ إلا الأحجار. اختارها أبو بكر وهو مذهب داود لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بالأحجار، وأمره يقتضي الوجوب؛ ولأنه موضع رخصة ورد الشرع فيها بآلة مخصوصة، فوجب الاقتصار عليها، كالتراب في التيمم. **ولنا** ما روى أبو داود، عن خزيمة، قال: «سئل النبي – صلى الله عليه وسلم – عن الاستطابة، فقال: بثلاثة أحجار ليس فيها رجيع.» فلولا أنه أراد الحجر وما في معناه لم يستثن منها الرجيع؛ لأنه لا يحتاج إلى ذكره، ولم يكن لتخصيص الرجيع بالذكر معنى.

وفي حديث سلمان، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –." (١)

"«إنه لينهانا أن نستنجي بأقل من ثلاثة أحجار، وأن نستجمر برجيع أو عظم.» رواه مسلم، وتخصيص هذين بالنهي عنهما يدل على أنه أراد الحجارة، وما قام مقامها. وروى طاوس، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «إذا أتى أحدكم البراز فلينزه قبلة الله، ولا يستقبلها ولا يستدبرها، وليستطب بثلاثة أحجار، أو ثلاثة أعواد، أو ثلاث حثيات من تراب» . رواه الدارقطني، وقال: وقد روي عن ابن عباس مرفوعا، والصحيح أنه مرسل ورواه سعيد في سننه موقوفا على طاوس.

ولأنه متى ورد النص بشيء لمعنى معقول، وجب تعديته إلى ما وجد فيه المعنى، والمعنى هاهنا إزالة عين النجاسة، وهذا يحصل بغير الأحجار، كحصوله بها، وبهذا يخرج التيمم؛ فإنه غير معقول، ولا بد أن يكون ما يستجمر به منقيا؛ لأن الإنقاء مشترط في الاستجمار، فأما الزلج كالزجاج والفحم الرخو وشبههما مما لا ينقي، فلا يجزئ؛ لأنه لا يحصل منه المقصود.

ويشترط كونه طاهرا، فإن كان نجسا لم يجزه، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجزئه؛ لأنه يجفف

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١١٥

كالطاهر. **ولنا** «أن ابن مسعود جاء إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – بحجرين وروثة يستجمر بها، فأخذ الحجرين وألقى الروثة، وقال: هذه ركس» . رواه البخاري، وفي لفظ رواه الترمذي، قال: إنها ركس. يعني نجسا، وهذا تعليل من النبي – صلى الله عليه وسلم –. يجب المصير إليه؛ ولأنه إزالة نجاسة، فلا يحصل بالنجاسة كالغسل، فإن استنجى بنجس احتمل أن لا يجزئه الاستجمار بعده؛ لأن المحل تنجس بنجاسة من غير المخرج، فلم يجزئ فيها غير الماء، كما لو تنجس ابتداء، ويحتمل أن يجزئه؛ لأن هذه النجاسة تابعة لنجاسة المحل، فزالت بزوالها.

(٢١٤) مسألة: قال: إلا الروث والعظام والطعام، وجملته أنه لا يجوز الاستجمار بالروث ولا العظام، ولا يجزئ في قول أكثر أهل العلم، وبهذا قال الثوري، والشافعي، وإسحاق. وأباح أبو حنيفة الاستنجاء بهما؛ لأنهما يجففان النجاسة، وينقيان المحل، فهما كالحجر. وأباح مالك الاستنجاء بالطاهر منهما. وقد ذكرنا نهي النبي – صلى الله عليه وسلم – عنهما، وروى مسلم، عن ابن مسعود، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا تستنجوا بالروث ولا بالعظام؛ فإنه زاد إخوانكم من الجن» . وروى الدارقطني، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى أن نستنجي بروث أو عظم وقال: إنهما لا يطهران» . وقال: إسناد صحيح.

وروى أبو داود، عنه – عليه السلام – «، أنه قال لرويفع بن ثابت، أبي بكرة: أخبر الناس أنه من استنجى برجيع أو عظم فهو بريء من دين محمد.» وهذا عام في الطاهر منها.

والنهي يقتضي الفساد وعدم الإجزاء فأما الطعام فتحريمه من طريق التنبيه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – علل النهي عن الروث والرمة، في حديث ابن مسعود، بكونهما زاد إخواننا من الجن، فزادنا مع عظم حرمته أولى.." (١)

"[مسألة الاستنجاء في ما عدا المخرج لا يجزئ فيه إلا الماء]

(٢١٨) مسألة: قال: وما عدا المخرج فلا يجزئ فيه إلا الماء. وبها قال الشافعي وإسحاق وابن المنذر يعني إذا تجاوز المحل بما لم تجر به العادة مثل أن ينتشر إلى الصفحتين وامتد في الحشفة لم يجزه إلا الماء؛ لأن الاستجمار في المحل المعتاد رخصة لأجل المشقة في غسله لتكرر النجاسة فيه فما لا تتكرر النجاسة فيه لا يجزئ فيه إلا الغسل كساقه وفخذه، ولذلك قال علي – رضي الله عنه –: إنكم كنتم تبعرون

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٦/١

بعرا، وأنتم اليوم تثلطون ثلطا فأتبعوا الماء الأحجار وقوله – عليه السلام –: «يكفي أحدكم ثلاثة أحجار» أراد ما لم يتجاوز محل العادة لما ذكرنا.

(٢١٩) فصل: والمرأة البكر كالرجل؛ لأن عذرتها تمنع انتشار البول.

فأما الثيب فإن خرج البول بحدة فلم ينتشر فكذلك. وإن تعدى إلى مخرج الحيض فقال أصحابنا: يجب غسله لأن مخرج الحيض والولد غير مخرج البول ويحتمل أن لا يجب؛ لأن هذا عادة في حقها فكفى فيه الاستجمار كالمعتاد في غيرها؛ ولأن الغسل لو لزمها مع اعتياده لبينه النبي – صلى الله عليه وسلم – لأزواجه لكونه مما يحتاج إلى معرفته، وإن شك في انتشار الخارج إلى ما يوجب الغسل، لم يجب لأن الأصل عدمه والمستحب الغسل احتياطا.

(٢٢٠) فصل: والأقلف إن كان مرتتقا لا تخرج بشرته من قلفته فهو كالمختتن، وإن كان يمكنه كشفها كشفها فإذا بال واستجمر أعادها فإن تنجست بالبول لزمه غسلها كما لو انتشر إلى الحشفة.

(٢٢١) فصل: وإن انسد المخرج المعتاد وانفتح آخر، لم يجزه الاستجمار فيه؛ لأنه غير السبيل المعتاد وحكي عن بعض أصحابنا أنه يجزئه؛ لأنه صار معتادا. **ولنا**، أن هذا نادر بالنسبة إلى سائر الناس فلم تثبت فيه أحكام الفرج، فإنه لا ينقض الوضوء مسه، ولا يجب بالإيلاج فيه حد ولا مهر ولا غسل، ولا غير ذلك من الأحكام، فأشبه سائر البدن.

(٢٢٢) فصل: ظاهر كلام أحمد أن محل الاستجمار بعد الإنقاء طاهر، فإن أحمد بن الحسين، قال سألت أبا عبد الله عن الرجل يبول فيستبرئ ويستجمر يعرق في سراويله؟ قال إذا استجمر ثلاثا فلا بأس. وسأله رجل، فقال إذا استنجيت من الغائط يصيب ذلك الماء موضعا مني آخر؟ فقال أحمد: قد جاء في الاستنجاء ثلاثة أحجار، فاستنج أنت بثلاثة أحجار ثم لا تبالي ما أصابك من ذلك الماء.

قال: وسألت أحمد." (١)

"يجوز استقبالها واستدبارها لما روى جابر قال: «نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نستقبل القبلة ببول، فرأيته قبل أن يقبض بعام يستقبلها» قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب. وهذا دليل على النسخ، فيجب تقديمه. **ولنا** أحاديث النهي، وهي صحيحة.

وحديث جابر يحتمل أنه رآه في البنيان، أو مستترا بشيء ولا يثبت النسخ بالاحتمال ويتعين حمله على ما ذكرنا، ليكون موافقا للأحاديث التي نذكرها، فأما في البنيان، أو إذا كان بينه وبين القبلة شيء يستره ففيه

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١١٨

روايتان إحداهما لا يجوز أيضا. وهو قول الثوري وأبي حنيفة لعموم الأحاديث في النهي.
والثانية يجوز استقبالها واستدبارها في البنيان، روي ذلك عن العباس وابن عمر - رضي الله عنهما - وبه قال مالك: والشافعي وابن المنذر وهو الصحيح؛ لحديث جابر وقد حملناه على أنه كان في البنيان، وروت عائشة «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ذكر له أن قوما يكرهون استقبال القبلة بفروجهم فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أو قد فعلوها استقبلوا بمقعدتي القبلة» رواه أصحاب السنن وأكثر أصحاب المسانيد، منهم أبو داود الطيالسي، رواه عن خالد بن الصلت، عن عراك بن مالك، عن عائشة. قال أبو عبد الله: أحسن ما روي في الرخصة حديث عائشة، وإن كان مرسلا فإن مخرجه حسن. قال أحمد: عراك لم يسمع من عائشة. فلذلك سماه مرسلا.
وهذا كله في البنيان، وهو خاص يقدم على العام. وعن مروان بن الأصفر قال: رأيت ابن عمر أناخ راحلته مستقبل القبلة، ثم جلس يبول إليها. فقلت: يا أبا عبد الرحمن، أليس قد نهي عن هذا؟ قال: بلى إنما نهي عن هذا في الفضاء، فإذا كان بينك وبين القبلة شيء يسترك فلا بأس. رواه أبو داود.
وهذا تفسير لنهي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - العام وفيه جمع بين الأحاديث، فيتعين المصير إليه.
وعن أحمد: أنه يجوز استدبار الكعبة في البنيان والفضاء جميعا؛ لما روى ابن عمر قال: «رقيت يوما على بيت حفصة، فرأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - على حاجته، مستقبل الشام مستدبر الكعبة» . متفق عليه.
(٢٢٥) فصل: ويكره أن يستقبل الشمس والقمر بفرجه؛ لما فيهما من نور الله تعالى. فإن استتر عنهما بشيء فلا بأس؛ لأنه لو استتر عن القبلة جاز فهاهنا أولى.
ويكره أن يستقبل الريح؛ لئلا ترد عليه رشاش البول، فينجسه.
(٢٢٦) فصل: ويستحب أن يستتر عن الناس، فإن وجد حائطا أو كثيبا أو شجرة أو بعيرا استتر به." (١)
"الوسواس، وإن البول على النار يورث السقم، وتوقي ذلك كله أولى.
ويكره أن يتوضأ على موضع بوله، أو يستنجي عليه لئلا يتنجس به.
(٢٣٠) فصل: ويعتمد في حال جلوسه على رجله اليسرى، لما روى سراقة بن مالك قال: «أمرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن نتوكأ على اليسرى وأن ننصب اليمنى» رواه الطبراني في المعجم؛ ولأنه أسهل لخروج الخارج، ولا يطيل المقام أكثر من قدر الحاجة؛ لأن ذلك يضره، وقد قيل: إنه يورث الباسور وقيل:

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٢٠

إنه يدمي الكبد، وربما آذى من ينتظره. ويستحب أن يغطي رأسه؛ لأن ذلك يروى عن، أبي بكر الصديق - رضي الله عنه -؛ ولأنه حال كشف العورة فيستحيي فيها. ويلبس حذاءه؛ لئلا تتنجس رجلاه. ولا يذكر الله تعالى على حاجته إلا بقلبه وكره ذلك ابن عباس وعطاء وعكرمة، وقال ابن سيرين والنخعي لا بأس به؛ لأن الله تعالى ذكره محمود على كل حال. **ولنا**: أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يرد السلام في هذه الحال، فذكر الله أولى. فإذا عطس حمد الله بقلبه ولم يتكلم. وقال ابن عقيل: فيه رواية أخرى، إنه يحمد الله بلسانه. والأول أولى؛ لما ذكرناه، فإنه إذا لم يرد السلام الواجب، فما ليس بواجب أولى. ولا يسلم ولا يرد على مسلم؛ لما

روى ابن عمر «أن رجلا مر على النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو يبول، فسلم فلم يرد - عليه السلام -» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وعن جابر، «أن رجلا مر على النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو يبول، فسلم عليه، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا رأيتني على مثل هذه الحالة فلا تسلم علي؛ فإنك إن فعلت ذلك لم أرد عليك» . رواه ابن ماجه.

ولا يتكلم؛ لما روى أبو سعيد قال، سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا يخرج الرجلان يضربان الغائط كاشفين عن عورتيهما يتحدثان، فإن الله يمقت على ذلك» رواه أبو داود.

(٢٣١) فصل: إذا أراد دخول الخلاء ومعه شيء فيه ذكر الله تعالى استحب وضعه. وقال أنس بن مالك: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا دخل الخلاء وضع خاتمه.» رواه ابن ماجه وأبو داود وقال: هذا حديث منكر وقيل: إنما كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يضعه؛ لأن فيه " محمد رسول الله " ثلاثة أسطر، فإن احتفظ بما معه مما فيه ذكر الله تعالى، واحترز عليه من السقوط، أو أدار فص الخاتم إلى باطن كفه فلا بأس.

قال أحمد. الخاتم إذا كان فيه اسم الله يجعله في باطن كفه، ويدخل الخلاء. وقال عكرمة: اقلبه هكذا في باطن كفك فاقبض عليه وبه قال إسحاق، ورخص فيه ابن المسيب،." (١)

"[باب ما ينقض الطهارة] [مسألة الذي ينقض الطهارة ما خرج من قبل أو دبر]

(٢٣٤) مسألة: قال أبو القاسم: والذي ينقض الطهارة ما خرج من قبل أو دبر. وجملة ذلك أن الخارج من السبيلين على ضربين: معتاد كالبول والغائط والمني والمذي والودي والريح، فهذا ينقض الوضوء إجماعا قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن خروج الغائط من الدبر وخروج البول من ذكر الرجل وقبل المرأة

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٣/١

وخروج المذي، وخروج الريح من الدبر أحداث ينقض كل واحد منها الطهارة، ويوجب الوضوء، ودم الاستحاضة ينقض الطهارة في قول عامة أهل العلم إلا في قول ربيعة.

الضرب الثاني: نادر كالدم والدود والحصا والشعر فينقض الوضوء أيضا، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. وكان عطاء والحسن وأبو مجلز والحكم وحماد والأوزاعي وابن المبارك، يرون الوضوء من الدود يخرج من الدبر، ولم يوجب مالك الوضوء من هذا الضرب لأنه نادر، أشبه الخارج من غير السبيل.

ولنا أنه خارج من السبيل أشبه المذي؛ ولأنه لا يخلو من بلة تتعلق به، فينتقض الوضوء بها، وقد «أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - المستحاضة بالوضوء لكل صلاة ودمها نادر غير معتاد.»

[فصل المرأة يخرج من فرجها الريح هل ينقض الوضوء]

(٢٣٥) فصل: وقد نقل صالح، عن أبيه " في المرأة يخرج من فرجها الريح: ما خرج من السبيلين ففيه الوضوء. وقال القاضي: خروج الريح من الذكر وقبل المرأة ينقض الوضوء. وقال ابن عقيل: يحتمل أن يكون الأشبه بمذهبنا في الريح يخرج من الذكر أن لا ينقض؛ لأن المثانة ليس لها منفذ إلى الجوف، ولا جعلها أصحابنا جوفا، ولم يبطلوا الصوم بالحقنة فيه، ولا نعلم لهذا وجودا، ولا نعلم وجوده في حق أحد. وقد قيل: إنه يعلم وجوده بأن يحس الإنسان في ذكره دبيبا.

وهذا لا يصح فإن هذا لا يحصل به اليقين والطهارة لا تنتقض بالشك. فإن قدر وجود ذلك يقينا نقض الطهارة؛ لأنه خارج من أحد السبيلين، فنقض قياسا على سائر الخوارج.

[فصل قطر في إحليله دهنا ثم عاد فخرج]

(٢٣٦) فصل: وإن قطر في إحليله دهنا، ثم عاد فخرج نقض الوضوء؛ لأنه خارج من السبيل، ولا يخلو من بلة نجسة تصحبه فينتقض بها الوضوء، كما لو خرجت منفردة. ولو احتشى قطنا في ذكره ثم خرج وعليه بلل، نقض الوضوء؛ لأنه لو خرج منفردا لنقض، فكذلك إذا خرج مع غيره. فإن خرج ناشفا، ففيه وجهان." (١)

"عليه الكلام لشهرته؛ ولأن الخارج غائط وبول، فنقض، كما لو خرج من السبيل.

[مسألة زوال العقل هل ينقض الوضوء]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٢٥

(٢٤٠) مسألة: (قال: وزوال العقل إلا أن يكون بنوم يسير جالسا أو قائما) زوال العقل على ضربين: نوم، وغيره فأما غير النوم، وهو الجنون والإغماء والسكر وما أشبهه من الأدوية المزيلة للعقل، فينقض الوضوء يسيره وكثيره إجماعا، قال ابن المنذر: أجمع العلماء على وجوب الوضوء على المغمى عليه؛ ولأن هؤلاء حسهم أبعد من حس النائم، بدليل أنهم لا ينتبهون بالانتباه، ففي إيجاب الوضوء على النائم تنبيه على وجوبه بما هو آكد منه.

الضرب الثاني: النوم، وهو ناقض للوضوء في الجملة، في قول عامة أهل العلم، إلا ما حكي عن أبي موسى الأشعري وأبي مجلز وحميد الأعرج، أنه لا ينقض. وعن سعيد بن المسيب، أنه كان ينام مرارا مضطجعا ينتظر الصلاة، ثم يصلي ولا يعيد الوضوء. ولعلهم ذهبوا إلى أن النوم ليس بحدث في نفسه، والحدث مشكوك فيه، فلا يزول عن اليقين بالشك. **ولنا**: قول صفوان بن عسال: " لكن من غائط وبول ونوم " وقد ذكرنا أنه صحيح وروى علي - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «العين وكاء السه، فمن نام فليتوضأ» رواه أبو داود، وابن ماجه؛ ولأن النوم مظنة الحدث، فأقيم مقامه، كالتقاء الختانين في وجوب الغسل أقيم مقام الإنزال.

(٢٤١) فصل: والنوم ينقسم ثلاثة أقسام نوم المضطجع، فينقض الوضوء يسيره وكثيره، في قول كل من يقول بنقضه بالنوم. الثاني نوم القاعد، إن كان كثيرا نقض، رواية واحدة وإن كان يسيرا لم ينقض. وهذا قول حماد والحكم ومالك والثوري، وأصحاب الرأي، وقال الشافعي: لا ينقض وإن كثر إذا كان القاعد متكئا مفضيا بمحل الحدث إلى الأرض، لما روى أنس، قال: «كان أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. ينامون ثم يقومون فيصلون، ولا يتوضئون» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح وفي لفظ قال: كان أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - ينتظرون العشاء الآخرة حتى تخفق رءوسهم، ثم يصلون ولا يتوضئون وهذا إشارة إلى جميعهم وبه يتخصص عموم الحديثين الأولين.

ولأنه متحفظ عن خروج الحدث، فلم ينقض وضوءه، كما لو كان نومه يسيرا. **ولنا**: عموم الحديثين الأولين، وإنما خصصناهما في اليسير لحديث أنس، وليس فيه بيان كثرة ولا قلة فإن النائم يخفق رأسه من يسير النوم، فهو يقين في اليسير، فيعمل به وما زاد عليه فهو." (١)

"[فصل لا ينقض الوضوء ما عدا الردة من الكلام]

(٢٤٦) فصل: ولا ينقض الوضوء ما عدا الردة من الكلام من الكذب، والغيبة، والرفث والقذف وغيرها.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٢٨

نص عليه أحمد، وقال ابن المنذر: أجمع من نحفظ قوله من علماء الأمصار على أن القذف، وقول الزور، والكذب، والغيبة لا توجب طهارة، ولا تنقض وضوءا، وقد روينا عن غير واحد من الأوائل أنهم أمروا بالوضوء من الكلام الخبيث، وذلك استحباب عندنا ممن أمر به، ولا نعلم حجة توجب وضوءا في شيء من الكلام، وقد ثبت أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من حلف باللاتي والعزى فليقل: لا إله إلا الله» . ولم يأمر في ذلك بوضوء.

[فصل ليس في القهقهة وضوء]

فصل: وليس في القهقهة وضوء. روي ذلك عن عروة وعطاء والزهري ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وقال أصحاب الرأي: يجب الوضوء من القهقهة داخل الصلاة دون خارجها. وروي ذلك عن الحسن والنخعي والثوري؛ لما روى أبو العالية «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يصلي، فجاء ضرير فتردى في بئر فضحك طوائف فأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - الذين ضحكوا أن يعيدوا الوضوء والصلاة» .

وروي من غير طريق أبي العالية بأسانيد ضعاف، وحاصله يرجع إلى أبي العالية، كذلك قال عبد الرحمن بن مهدي، والإمام أحمد، والدارقطني. **ولنا**: أنه معنى لا يبطل الوضوء خارج الصلاة فلم يبطله داخلها كالكلام، وأنه ليس بحدث ولا يفضي إليه. فأشبه سائر ما لا يبطل؛ ولأن الوجوب من الشارع، ولم ينص عن الشارع في هذا إيجاب الوضوء، ولا في شيء يقاس هذا عليه، وما رووه مرسل لا يثبت.

وقد قال ابن سيرين: لا تأخذوا بمراسيل الحسن وأبي العالية فإنهما لا يباليان عمن أخذا. والمخالف في هذه المسألة يرد الأخبار الصحيحة لمخالفتها الأصول، فكيف يخالفها هاهنا بهذا الخبر الضعيف عند أهل المعرفة.

[مسألة مس الفرج]

(٢٤٨) مسألة: قال: ومس الفرج. الفرج اسم لمخرج الحدث، ويتناول الذكر والدبر وقبل المرأة، وفي نقض الوضوء بجميع ذلك خلاف في المذهب وغيره؛ فنذكره إن شاء الله مفصلا: ونبدأ بالكلام في مس الذكر،

فإنه آكدها. فعن أحمد فيه روايتان: إحداهما، ينقض الوضوء.

وهو مذهب ابن عمر وسعيد بن المسيب وعطاء وأبان بن عثمان،." (١)

"وجملته أن الخارج من البدن من غير السبيل ينقسم قسمين: طاهرا ونجسا؛ فالطاهر لا ينقض الوضوء على حال ما، والنجس ينقض الوضوء في الجملة، رواية واحدة. روي ذلك عن ابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب وعلقمة وعطاء وقتادة والثوري وإسحاق، وأصحاب الرأي. وكان مالك وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر، لا يوجبون منه وضوءا، وقال مكحول: لا وضوء إلا فيما خرج من قبل أو دبر؛ لأنه خارج من غير المخرج، مع بقاء المخرج، فلم يتعلق به نقض الطهارة، كالبصاق ولأنه لا نص فيه، ولا يمكن قياسه على محل النص، وهو الخارج من السبيلين، لكون الحكم فيه غير معلل ولأنه لا يفترق الحال بين قليله وكثيره، وطاهره ونجسه؛ وها هنا بخلافه، فامتنع القياس.

ولنا: ما روى أبو الدرداء: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قاء فتوضأ، فلقيت ثوبان في مسجد دمشق فذكرت له ذلك فقال ثوبان: صدق، أنا صببت له وضوءه.» رواه الأثرم ,والترمذي، وقال: هذا أصح شيء في هذا الباب قيل لأحمد: حديث ثوبان ثبت عندك؟ قال: نعم. وروى الخلال بإسناده، عن ابن جريج، عن أبيه، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – " إذا قلس أحدكم فليتوضأ " قال ابن جريج: وحدثني ابن أبي مليكة، عن عائشة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مثل ذلك وأيضا فإنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم، فيكون إجماعا؛ ولأنه خارج يلحقه حكم التطهير، فنقض الوضوء كالخارج من السبيل. وقياسهم منقوض بما إذا انفتح مخرج دون المعدة.

(٢٦٠) فصل: وإنما ينتقض الوضوء بالكثير من ذلك دون اليسير، وقال بعض أصحابنا: فيه رواية أخرى، أن اليسير ينقض. ولا نعرف هذه الرواية، ولم يذكرها الخلال في " جامعه " إلا في القلس، واطرحها وقال القاضي: لا ينقض، رواية واحدة. وهو المشهور عن الصحابة، – رضي الله عنهم –. قال ابن عباس في الدم: إذا كان فاحشا فعليه ,الإعادة. وابن أبي أوفى بزق دما ثم قام فصلى. وابن عمر عصر بثرة فخرج دم، وصلى، ولم يتوضأ. قال أبو عبد الله: عدة من الصحابة تكلموا فيه وأبو هريرة كان يدخل أصابعه في أنفه، وابن عمر عصر بثرة وابن أبي أوفى عصر دملا وابن عباس قال: إذا كان فاحشا. وجابر أدخل أصابعه في أنفه، وابن المسيب أدخل أصابعه العشرة في أنفه، وأخرجها متلطخة بالدم. يعني: وهو في الصلاة. وقال أبو حنيفة: إذا سال الدم ففيه الوضوء، وإن وقف على رأس الجرح، لم يجب؛ لعموم قوله – عليه السلام –

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٣١

: «من قاء أو رعف في صلاته فليتوضأ.» ولنا ما روينا عن الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا. وقد روى الدارقطني، بإسناده، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –." [1]

"غمزني فقبضت رجلي.» متفق عليه. وفي حديث آخر فإذا أراد أن يوتر مسني برجله

وروى الحسن قال: «كان النبي – صلى الله عليه وسلم – جالسا في مسجده في الصلاة فقبض على قدم عائشة غير متلذذ» رواه إسحاق بإسناده، والنسائي. وعن عائشة «قالت فقدت النبي – صلى الله عليه وسلم – ذات ليلة فجعلت أطلبه، فوقعت يدي على قدميه وهما منصوبتان، وهو ساجد، وهو يقول: أعوذ برضاك من سخطك، وبمعافاتك من عقوبتك» رواهما النسائي ورواه مسلم «وصلى النبي – صلى الله عليه وسلم – حاملا أمامة بنت أبي العاص بن الربيع، إذا سجد وضعها، وإذا قام حملها» متفق عليه والظاهر أنه لا يسلم من مسها؛ ولأنه لمس لغير شهوة فلم ينقض، كلمس ذوات المحارم.

يحققه أن اللمس ليس بحدث في نفسه وإنما نقض لأنه يفضي إلى خروج المذي أو المني، فاعتبرت الحالة التي تفضي إلى الحدث فيها، وهي حالة الشهوة.

(٢٧٠) فصل: ولا فرق بين الأجنبية وذات المحرم، والكبيرة والصغيرة.

وقال الشافعي: لا ينقض لمس ذوات المحارم، ولا الصغيرة، في أحد القولين؛ لأن لمسهما لا يفضي إلى خروج خارج، أشبه لمس الرجل الرجل. ولنا، عموم النص، واللمس الناقض تعتبر فيه الشهوة، ومتى وجدت الشهوة فلا فرق بين الجميع. فأما لمس الميتة، ففيه وجهان: أحدهما، ينقض لعموم الآية. والثاني، لا ينقض.

اختاره الشريف أبو جعفر وابن عقيل؛ لأنها ليست محلا للشهوة، فهي كالرجل.

(٢٧١) فصل: ولا يختص اللمس الناقض باليد، بل أي شيء منه لاقى شيئا من بشرتها مع الشهوة، انتقض وضوءه به، سواء كان عضوا أصليا، أو زائدا. وحكي عن الأوزاعي: لا ينقض اللمس إلا بأحد أعضاء الوضوء. ولنا، عموم النص، والتخصيص بغير دليل تحكم لا يصار إليه. ولا ينقض مس شعر المرأة، ولا ظفرها، ولا سنها، وهذا ظاهر مذهب الشافعي. ولا ينقض لمسها بشعره ولا سنه ولا ظفره؛ لأن ذلك مما لا يقع الطلاق على المرأة بتطليقه ولا الظهار.

ولا ينجس الشعر بموت الحيوان، ولا بقطعه منه في حياته.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٣٦

(٢٧٢) فصل: وإن لمسها من وراء حائل، لم ينتقض وضوءه، في قول أكثر أهل العلم. وقال مالك والليث ينقض إن كان ثوبا رقيقا. وكذلك قال ربيعة: إذا غمزها من وراء ثوب رقيق لشهوة؛ لأن الشهوة موجودة. وقال المروذي: لا نعلم أحدا قال ذلك غير مالك والليث.." (١)

"وأهل العراق والأوزاعي والشافعي وسائر أهل العلم، فيما علمنا إلا الحسن ومالكا، فإن الحسن قال: إن شك في الحدث في الصلاة، مضى فيها، وإن كان قبل الدخول فيها، توضأ. وقال مالك: إن شك في الحدث إن كان يلحقه كثيرا، فهو على وضوئه. وإن كان لا يلحقه كثيرا، توضأ؛ لأنه لا يدخل في الصلاة مع الشك. **ولنا** ما روى عبد الله بن زيد قال: «شكي إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - الرجل يخيل إليه وهو في الصلاة أنه يجد الشيء، قال: لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا» . متفق عليه. ولمسلم عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «إذا وجد أحدكم في بطنه شيئا فأشكل عليه، أخرج منه أم لم يخرج فلا يخرج من المسجد حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا»

؛ ولأنه إذا شك تعارض عنده الأمران، فيجب سقوطهما، كالبينتين إذا تعارضتا، ويرجع إلى التيقن، ولا فرق بين أن يغلب على ظنه أحدهما، أو يتساوى الأمران عنده؛ لأن غلبة الظن إذا لم تكن مضبوطة بضابط شرعي، لا يلتفت إليها، كما لا يلتفت الحاكم إلى قول أحد المتداعيين إذا غلب على ظنه صدقه بغير دليل

[فصل تيقن الطهارة والحدث معا ولم يعلم الآخر منهما]

(٢٧٦) فصل: إذا تيقن الطهارة والحدث معا، ولم يعلم الآخر منهما، مثل من تيقن أنه كان في وقت الظهر متطهرا مرة ومحدثا أخرى، ولا يعلم أيهما كان بعد صاحبه، فإنه يرجع إلى حاله قبل الزوال؛ فإن كان محدثا فهو الآن متطهر؛ لأنه متيقن أنه قد انتقل عن هذا الحدث إلى الطهارة، ولم يتيقن زوالها، والحدث المتيقن بعد الزوال يحتمل أن يكون قبل الطهارة، ويحتمل أن يكون بعدها، فوجوده بعدها مشكوك فيه، فلا يزول عن طهارة متيقنة بشك، كما لو شهدت بينة لرجل أنه وفى زيدا حقه وهو مائة، فأقام المشهود عليه بينة بإقرار خصمه له بمائة، لم يثبت له بها حق؛ لاحتمال أن يكون إقراره قبل الاستيفاء منه. وإن كان قبل الزوال متطهرا فهو الآن محدث؛ لما ذكرنا في الطرف الآخر.

[فصل تيقن أنه في وقت الظهر نقض طهارته وتوضأ عن حدث وشك في السابق منهما]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٤٣

(٢٧٧) فصل: وإن تيقن أنه في وقت الظهر نقض طهارته وتوضأ عن حدث، وشك في السابق منهما، نظر؛ فإن كان قبل الزوال متطهرا، فهو على طهارة؛ لأنه تيقن أنه نقض تلك الطهارة، ثم توضأ إذ لا يمكن أن يتوضأ عن حدث مع بقاء تلك الطهارة، ونقض هذه الطهارة الثانية مشكوك فيه، فلا يزول عن اليقين بالشك، وإن كان قبل الزوال محدثا، فهو الآن محدث؛ لأنه تيقن أنه انتقل عنه إلى الطهارة ثم نقضها، والطهارة بعد نقضها مشكوك فيها. والله أعلم.

فهذا جميع نواقض الطهارة ولا تنتقض بغير ذلك في قول عامة العلماء، إلا أنه قد حكي عن مجاهد والحكم وحماد: في قص الشارب، وتقليم الأظفار، ونتف الإبط، الوضوء. وقول جمهور العلماء بخلافهم، ولا نعلم لهم فيما يقولون حجة، والله سبحانه أعلم.." (١)

"[باب ما يوجب الغسل] [مسألة الموجب للغسل خروج المني]

قال أبو محمد بن بري النحوي: غسل الجنابة، بفتح الغين. وقال ابن السكيت: الغسل: الماء الذي يغتسل به. والغسل: ما غسل به الرأس. .

(٢٧٨) مسألة: قال أبو القاسم، - رحمه الله - (: والموجب للغسل خروج المني) الألف واللام هنا للاستغراق، ومعناه أن جميع موجبات الغسل هذه الستة المسماة: أولها؛ خروج المني، وهو الماء الغليظ الدافق الذي يخرج عند اشتداد الشهوة، ومني المرأة رقيق أصفر.

وروى مسلم في صحيحه، بإسناده، أن «أم سليم حدثت، أنها سألت نبي الله - صلى الله عليه وسلم -: عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا رأت ذلك المرأة فلتغتسل. فقالت أم سليم: واستحييت من ذلك. وهل يكون هذا؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نعم، فمن أين يكون الشبه، ماء الرجل غليظ أبيض، وماء المرأة رقيق أصفر، فمن أيهما علا، أو سبق، يكون منه الشبه وفي لفظ أنها قالت. هل على المرأة من غسل إذا هي احتلمت؟ فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - نعم، إذا رأت الماء» متفق عليه، فخروج المني الدافق بشهوة، يوجب الغسل من الرجل والمرأة في يقظة أو في نوم. وهو قول عامة الفقهاء. قاله الترمذي. ولا نعلم فيه خلافا.

[فصل خرج شبيه المني لمرض أو برد لا عن شهوة]

(٢٧٩) فصل: فإن خرج شبيه المني؛ لمرض أو برد لا عن شهوة، فلا غسل فيه. وهذا قول أبي حنيفة

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٤٥

ومالك. وقال الشافعي: ويجب به الغسل. ويحتمله كلام الخرقي لقوله – عليه السلام –: إذا رأت الماء ". وقوله: «الماء من الماء» ؛ ولأنه مني خارج فأوجب الغسل، كما لو خرج حال الإغماء. **ولنا** أن النبي – صلى الله عليه وسلم – وصف المني الموجب للغسل بكونه أبيض غليظا، وقال لعلي «إذا فضخت الماء فاغتسل.» رواه أبو داود، والأثرم «إذا رأيت فضخ الماء فاغتسل» .

والفضخ: خروجه على وجه الشدة. وقال إبراهيم الحربي: خروجه بالعجلة. وقوله: " إذا " رأت الماء ". يعني الاحتلام، وإنما يخرج في الاحتلام بالشهوة، والحديث الآخر منسوخ، على أن هذا يجوز أن يمنع كونه منيا؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – وصف المني بصفة غير موجودة في هذا.." [١]

"[فصل أحس بانتقال المني عند الشهوة فأمسك ذكره فلم يخرج]

(٢٨٠) فصل: فإن أحس بانتقال المني عند الشهوة فأمسك ذكره، فلم يخرج فلا غسل عليه في ظاهر قول الخرقي، وإحدى الروايتين عن أحمد وقول أكثر الفقهاء. والمشهور عن أحمد وجوب الغسل، وأنكر أن يكون الماء يرجع، وأحب أن يغتسل.

ولم يذكر القاضي في وجوب الغسل خلافا، قال: لأن الجنابة تباعد الماء عن محله، وقد وجد، فتكون الجنابة موجودة، فيجب الغسل بها؛ ولأن الغسل تراعى فيه الشهوة، وقد حصلت بانتقاله، فأشبه ما لو ظهر **ولنا** أن النبي – صلى الله عليه وسلم – علق الاغتسال على الرؤية وفضخه، بقوله: " إذا رأت الماء " و " إذا فضخت الماء فاغتسل " فلا يثبت الحكم بدونه، وما ذكره من الاشتقاق لا يصح؛ لأنه يجوز أن يسمى جنبا لمجانبته الماء، ولا يحصل إلا بخروجه منه أو لمجانبته الصلاة أو المسجد أو غيرهما؛ مما منع منه، ولو سمي بذلك مع الخروج، لم يلزمه وجود التسمية من غير خروج، فإن الاشتقاق لا يلزم منه الاطراد، ومراعاة الشهوة للحكم لا يلزم منه استقلالها به، فإن أحد وصفي العلة وشرط الحكم مراعى له، ولا يستقل بالحكم، ثم يبطل بلمس النساء، وبما إذا وجدت الشهوة هاهنا من غير انتقال؛ فإن الشهوة لا تستقل بالحكم في الموضعين مع مراعاتها فيه، وكلام أحمد هاهنا إنما يدل على أن الماء إذا انتقل، لزم منه الخروج.

وإنما يتأخر، ولذلك يتأخر الغسل إلى حين خروجه، فعلى هذا إذا خرج المني بعد ذلك لزمه الغسل، سواء اغتسل قبل خروجه أو لم يغتسل؛ لأنه مني خرج بسبب الشهوة، فأوجب الغسل، كما لو خرج حال انتقاله. وقد قال أحمد – رحمه الله –، في الرجل يجامع ولم ينزل، فيغتسل، ثم يخرج منه المني: عليه الغسل.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٤٦

وسئل عن رجل رأى في المنام أنه يجامع فاستيقظ، فلم يجد شيئا، فلما مشى خرج منه، المني، قال: يغتسل. وقال القاضي في الذي أحس بانتقال المني، فأمسك ذكره، فاغتسل، ثم خرج منه المني من غير مقارنة شهوة بعد البول: فلا غسل عليه. رواية واحدة.

وإن كان قبل البول فعلى روايتين؛ لأنه بعد البول غير المني المنتقل خرج بغير شهوة، فأشبه الخارج لمرض، وإن كان قبله فهو ذلك المني الذي انتقل. ووجه ما قلنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بالغسل عند رؤية الماء وفضخه، وقد وجد، ونص أحمد على وجوب الغسل على المجامع الذي يرى الماء بعد غسله، وهذا مثله، وقد دللنا على أن من أحس بانتقال المني ولم يخرج لا غسل عليه، ويلزم من ذلك وجوب الغسل عليه بظهوره، لئلا يفضي إلى نفي الوجوب عنه بالكلية، مع انتقال المني لشهوة وخروجه.

[فصل احتلم أو جامع فأمنى ثم اغتسل ثم خرج منه مني]

(٢٨١) فصل: فأما إن احتلم، أو جامع، فأمنى، ثم اغتسل، ثم خرج منه مني، فالمشهور عن أحمد أنه لا غسل." (١)

"من جامع فأكسل. يعني: لم ينزل.

ورووا في ذلك أحاديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم -. وكانت رخصة رخص فيها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم أمر بالغسل، قال سهل ابن سعد: حدثني أبي بن كعب «أن الماء من الماء كان رخصة أرخص فيها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم نهى عنها» . متفق عليه. ورواه الإمام أحمد، وأبو داود، وابن ماجه والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وروي عن أبي موسى الأشعري قال: اختلف في ذلك رهط من المهاجرين والأنصار، فقال الأنصاريون: لا يجب الغسل إلا من الماء الدافق أو من الماء، وقال المهاجرون: بل إذا خالط فقد وجب الغسل، فقال أبو موسى فأنا أشفيكم من ذلك، فقمت فاستأذنت على عائشة، فقلت: يا أماه، أو يا أم المؤمنين، إني أريد أن أسألك عن شيء، وأنا أستحييك، فقالت: لا تستحيي أن تسألني عن شيء كنت سائلا عنه أمك التي ولدتك، فإنما أنا أمك. قلت: فما يوجب الغسل، قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «إذا جلس بين شعبها الأربع، ومس الختان الختان، فقد وجب الغسل» متفق عليه.

وفي حديث عن عمر - رضي الله عنه -، أنه قال: من خالف في ذلك جعلته نكالا. وروى أبو هريرة أن

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٤٧

النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا قعد بين شعبها الأربع، وجهدها فقد وجب عليه الغسل» متفق عليه. زاد مسلم وإن لم ينزل "

قال الأزهري أراد بين شعبتي رجليها وشعبتي شفريها. وحديثهم منسوخ بدليل حديث سهل بن سعد، والحمد لله.

[فصل وجوب الغسل على كل واطئ وموطوء إذا كان من أهل الغسل]

(٢٨٧) فصل: ويجب الغسل على كل واطئ وموطوء، إذا كان من أهل الغسل، سواء كان الفرج قبلا أو دبرا، من كل آدمي أو بهيمة، حيا أو ميتا، طائعا أو مكرها، نائما أو يقظان. وقال أبو حنيفة: لا يجب الغسل بوطء الميتة والبهيمة؛ لأنه ليس بمقصود؛ ولأنه ليس بمنصوص عليه، ولا في معنى المنصوص. ولنا أنه إيلاج في فـرج، فوجب به الغسل، كوطء الآدمية في حياتها، ووطء الآدمية الميتة داخل في عموم الأحاديث المروية، وما ذكروه ينتقض بوطء العجوز والشوهاء.

[فصل أولج بعض الحشفة أو وطئ دون الفرج]

(٢٨٨) فصل: وإن أولج بعض الحشفة، أو وطئ دون الفرج، أو في السرة، ولم ينزل، فلا غسل عليه؛ لأنه لم يوجد التقاء الختانين ولا ما في معناه. وإن انقطعت الحشفة، فأولج الباقي من ذكره، وكان." [(١)]

"بقدر الحشفة، وجب الغسل، وتعلقت، به أحكام الوطء؛ من المهر وغيره. وإن كان أقل من ذلك، لم يجب شيء

[فصل أولج في قبل خنثى مشكل]

(٢٨٩) فصل: فإن أولج في قبل خنثى مشكل، أو أولج الخنثى ذكره في فرج، أو وطئ أحدهما الآخر في قبله، فلا غسل على واحد منهما؛ لأنه يحتمل أن تكون خلقة زائدة. فإن أنزل الواطئ أو أنزل الموطوء من قبله، فعلى من أنزل الغسل. ويثبت لمن أنزل من ذكره حكم الرجال، ولمن أنزل من قبله حكم النساء؛ لأن الله تعالى أجرى العادة بذلك في حق الرجال والنساء.

وذكر القاضي في موضع، أنه لا يحكم له بالذكورية بالإنزال من ذكره، ولا بالأنوثية بالحيض من فرجه، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ١٥٠

بالبلوغ بهذا. **ولنا** أنه أمر خص الله تعالى به أحد الصنفين، فكان دليلا عليه، كالبول من ذكره أو من قبله؛ ولأنه أنزل الماء الدافق لشهوة فوجب عليه الغسل؛ لقوله - عليه السلام -: " الماء من الماء ". وبالقياس على من تثبت له الذكورية أو الأنوثية.

[فصل كان الواطئ أو الموطوء صغيرا فهل عليهما غسل]

(٢٩٠) فصل: فإن كان الواطئ أو الموطوء صغيرا، فقال أحمد يجب عليهما الغسل. وقال: إذا أتى على الصبية تسع سنين، ومثلها يوطأ، وجب عليها الغسل. وسئل عن الغلام يجامع مثله ولم يبلغ، فجامع المرأة، يكون عليهما جميعا الغسل؟ قال: نعم. قيل له: أنزل أو لم ينزل؟ قال: نعم. وقال: ترى عائشة حين كان يطؤها النبي - صلى الله عليه وسلم - لم تكن تغتسل، ويروى عنها: " إذا التقى الختانان وجب الغسل ". وحمل القاضي كلام أحمد على الاستحباب. وهو قول أصحاب الرأي وأبي ثور؛ لأن الصغيرة لا يتعلق بها المأثم، ولا هي من أهل التكليف. ولا تجب عليها الصلاة التي تجب الطهارة لها، فأشبهت الحائض. ولا يصح حمل كلام أحمد على الاستحباب؛ لتصريحه بالوجوب، وذمه قول أصحاب الرأي وقوله:." (١)

"[فصل أجنب الكافر ثم أسلم]

(٢٩٢) فصل: فإن أجنب الكافر ثم أسلم، لم يلزمه غسل الجنابة، سواء اغتسل في كفره أو لم يغتسل. وهذا قول من أوجب غسل الإسلام، وقول أبي حنيفة. وقال الشافعي عليه الغسل في الحالين. وهذا اختيار أبي بكر؛ لأن عدم التكليف لا يمنع وجوب الغسل، كالصبا والجنون، واغتساله في كفره لا يرفع حدثه؛ لأنه أحد الحدثين، فلم يرتفع في حال كفره كالحدث الأصغر.

وحكي عن أبي حنيفة. وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي أنه يرفع حدثه؛ لأنه أصح نية من الصبي. وليس بصحيح؛ لأن الطهارة عبادة محضة، فلم تصح من كافر، كالصلاة. **ولنا** - على أنه لا يجب - أنه لم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه أمر أحدا بغسل الجنابة مع كثرة من أسلم من الرجال والنساء البالغين المتزوجين؛ ولأن المظنة أقيمت مقام حقيقة الحدث، فسقط حكم الحدث كالسفر مع المشقة.

[فصل استحباب الاغتسال بماء وسدر]

(٢٩٣) فصل: ويستحب أن يغتسل المسلم بماء وسدر، كما في حديث قيس. ويستحب إزالة شعره؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٥١

«النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر رجلا أسلم، فقال: احلق. وقال لآخر معه: ألق عنك شعر الكفر واختتن» رواه أبو داود. وأقل أحوال الأمر الاستحباب.

[مسألة الطهر من الحيض والنفاس]

(٢٩٤) مسألة: قال: (والطهر من الحيض والنفاس) قال ابن عقيل: هذا تجوز؛ فإن الموجب للغسل في التحقيق هو الحيض والنفاس؛ لأنه هو الحدث، وانقطاعه شرط وجوب الغسل وصحته، فسماه موجبا لذلك، وهذا كقولهم: انقطاع دم الاستحاضة." (١)

"والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر، وأصحاب الرأي. وعن علي وأبي هريرة، أنهما قالا: من غسل ميتا فليغتسل. وبه قال سعيد بن المسيب وابن سيرين والزهري. واختاره أبو إسحاق الجوزجاني لما روي عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من غسل ميتا فليغتسل، ومن حمل ميتا فليتوضأ» . قال الترمذي: هذا حديث حسن

وذكر أصحابنا رواية أخرى عن أحمد، في وجوب الغسل على من غسل الميت الكافر خاصة؛ لأن «النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر عليا أن يغتسل لما غسل أباه.» **ولنا** قول صفوان بن عسال الرازي، قال: «أمرنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن إلا من جنابة» ؛ ولأنه غسل آدمي فلم يوجب الغسل كغسل الحي، وحديثهم موقوف على أبي هريرة، قاله الإمام أحمد.

وقال ابن المنذر ليس في هذا حديث يثبت، ولذلك لا يعمل به في وجوب الوضوء على من حمله. وقد ذكر لعائشة قول أبي هريرة " ومن حمله فليتوضأ " قالت: وهل هي إلا أعواد حملها، ذكره الأثرم بإسناده، ولا نعلم أحدا قال به في الوضوء من حمله. وأما حديث علي – رضي الله عنه – فقال أبو إسحاق الجوزجاني ليس فيه أنه غسل أبا طالب، إنما قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «اذهب فواره، ولا تحدثن شيئا حتى تأتيني. قال: فأتيته فأخبرته، فأمرني فاغتسلت.» وقد قيل: يجب الغسل من غسل الكافر الحي. ولا نعلم لقائل هذا القول حجة توجبه، وأهل العلم على خلافه.

[فصل لا يجب الغسل على المجنون والمغمى عليه]

(٢٩٨) فصل: ولا يجب الغسل على المجنون والمغمى عليه إذا أفاقا من غير احتلام، ولا أعلم في هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٥٣

خلافا. قال ابن المنذر: ثبت أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – اغتسل من الإغماء. وأجمعوا على أنه لا يجب؛ ولأن زوال العقل في نفسه ليس بموجب للغسل، ووجود الإنزال مشكوك فيه، فلا نزول عن اليقين بالشك، فإن تيقن منهما الإنزال فعليهما الغسل؛ لأنه يكون من احتلام، فيدخل في جملة الموجبات المذكورة، ويستحب الغسل من جميع ما نفينا وجوب الغسل منه؛ لوجود ما يدل عليه من فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – له، والخروج من الخلاف.

[مسألة الحائض والجنب والمشرك إذا غمسوا أيديهم في الماء]

(٢٩٩) مسألة: قال: (والحائض والجنب والمشرك إذا غمسوا أيديهم في الماء، فهو طاهر) أما طهارة الماء فلا إشكال فيه، إلا أن يكون على أيديهم نجاسة، فإن أجسامهم طاهرة، وهذه الأحداث لا تقتضي تنجيسها. قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن عرق الجنب طاهر، ثبت." (١)

"اقتصر على هذا أجزأه مع تركه للأفضل والأولى.

وقوله: " وينوي به الغسل والوضوء ". يعني أنه يجزئه الغسل عنهما إذا نواهما. نص عليه أحمد، وعنه رواية أخرى: لا يجزئه الغسل عن الوضوء، حتى يأتي به قبل الغسل أو بعده. وهو أحد قولي الشافعي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – فعل ذلك؛ ولأن الجنابة والحدث وجدا منه، فوجبت لهما الطهارتان، كما لو كانا مفردين. ولنا قول الله تعالى: ﴿لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا جنبا إلا عابري سبيل حتى تغتسلوا﴾ [النساء: ٤٣] . جعل الغسل غاية للمنع من الصلاة، فإذا اغتسل يجب أن لا يمنع منها؛ ولأنهما عبادتان من جنس واحد، فتدخل الصغرى في الكبرى، كالعمرة في الحج.

قال ابن عبد البر: المغتسل من الجنابة إذا لم يتوضأ وعم جميع جسده، فقد أدى ما عليه؛ لأن الله تعالى إنما افترض على الجنب الغسل من الجنابة، دون الوضوء، بقوله ﴿وإن كنتم جنبا فاطهروا﴾ [المائدة: ٦] . وهو إجماع لا خلاف فيه بين العلماء، إلا أنهم أجمعوا على استحباب الوضوء قبل الغسل، تأسيا برسول الله – صلى الله عليه وسلم –؛ ولأنه أعون على الغسل، وأهذب فيه. وروى بإسناده، عن عائشة، قالت: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لا يتوضأ بعد الغسل من الجنابة. فإن لم ينو الوضوء لم يجزه إلا عن الغسل. فإن نواهما ثم أحدث في أثناء غسله، أتم غسله، ويتوضأ» .

وبهذا قال عطاء وعمرو بن دينار والثوري. ويشبه مذهب الشافعي. وقال الحسن: يستأنف الغسل. ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٥٥

يصح؛ لأن الحدث لا ينافي الغسل، فلا يؤثر وجوده فيه، كغير الحدث.

[فصل إمرار يده على جسده في الغسل والوضوء]

(٣٠٨) فصل: ولا يجب عليه إمرار يده على جسده في الغسل والوضوء، إذا تيقن أو غلب على ظنه وصول الماء إلى جميع جسده. وهذا قول الحسن والنخعي والشعبي وحماد والثوري والأوزاعي والشافعي وإسحاق، وأصحاب الرأي وقال مالك: إمرار يده إلى حيث تنال يده واجب. ونحوه قال أبو العالية.

وقال عطاء، في الجنب يفيض عليه الماء، قال: لا، بل يغتسل غسلان؛ لأن الله تعالى قال ﴿حتى تغتسلوا﴾ [النساء: ٤٣] ولا يقال: اغتسل إلا لمن دلك نفسه؛ ولأن الغسل طهارة عن حدث، فوجب إمرار اليد فيها، كالتيمم. **ولنا** ما روت «أم سلمة، قالت: قلت يا رسول الله، إني امرأة أشد ضفر رأسي، أفأنقضه لغسل الجنابة؟ فقال: لا، إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات، ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين» . رواه مسلم.

ولأنه غسل واجب، فلم يجب فيه إمرار اليد، كغسل النجاسة، وما ذكروه في." (١)

"للإنزال في غالب الأحوال؛ ولأنهما سببان يوجبان الغسل، فأجزأ الغسل الواحد عنهما، كالحدث والنجاسة. وهكذا الحكم إن اجتمعت أحداث توجب الطهارة الصغرى كالنوم، وخروج النجاسة، واللمس، فنواها بطهارته أو نوى رفع الحدث، أو استباحة الصلاة أجزأه عن الجميع.

وإن نوى أحدها، أو نوت المرأة الحيض دون الجنابة، فهل تجزئه عن الآخر؟ على وجهين: أحدهما تجزئه عن الآخر؛ لأنه غسل صحيح نوى به الفرض، فأجزأه، كما لو نوى استباحة الصلاة. والثاني يجزئه عما نواه دون ما لم ينوه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - " إنما لكل امرئ ما نوى ". وكذلك لو اغتسل للجمعة، هل تجزئه عن الجنابة؟ على وجهين، مضى توجيههما فيما مضى.

[فصل بقيت لمعة من جسده لم يصبها الماء]

(٣١٢) فصل: إذا بقيت لمعة من جسده لم يصبها الماء فروي عن أحمد أنه سئل عن حديث العلاء بن زياد «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - اغتسل، فرأى لمعة لم يصبها الماء، فدلكها بشعره» . قال: نعم، آخذ به. ورواه ابن ماجه، عن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٦١

وروي عن علي، قال: «جاء رجل إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: إني اغتسلت من الجنابة، وصليت، ثم أضحيت فرأيت قدر موضع الظفر لم يصبه الماء، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: لو كنت مسحت عليه بيدك أجزأك» . رواه ابن ماجه أيضا. قال مهنا: وذكر لي أحمد، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أنه رأى على رجل موضعا لم يصبه الماء، فأمره أن يعصر شعره عليه» . وروي عن أحمد أنه قال: يأخذ ماء جديدا، فيه حديث لا يثبت بعصر شعره. وذكر له حديث ابن عباس أن النبي – صلى الله عليه وسلم – عصر لمته على لمعة كانت في جسده. قال: ذاك ولم يصححه.
والصحيح أن ذلك يجزئه إذا كان من بلل الغسلة الثانية أو الثالثة، وجرى ماؤه على تلك اللمعة؛ لأن غسلها بذلك البلل كغسلها بماء جديد، مع ما فيه من الأحاديث. والله أعلم.

[مسألة يتوضأ بالمد ويغتسل بالصاع]
(٣١٣) مسألة: قال (ويتوضأ بالمد، وهو رطل وثلث، ويغتسل بالصاع، وهو أربعة أمداد) . ليس في حصول الإجزاء بالمد في الوضوء والصاع في الغسل خلاف نعلمه، وقد روى سفينة، قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يغسله الصاع من الماء من الجنابة؛ ويوضئه المد» رواه مسلم.
وروي أن قوما سألوا جابرا عن الغسل، فقال: يكفيك صاع. فقال رجل: ما يكفيني. فقال جابر: كان يكفي من هو أوفى شعرا منك، وخير منك. يعني النبي – صلى الله عليه وسلم – متفق عليه. وفيه أخبار كثيرة صحاح، والصاع: خمسة أرطال وثلث بالعراقي، والمد: ربع ذلك، وهو رطل وثلث.
وهذا قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي عبيد وأبي يوسف، وقال أبو حنيفة: الصاع ثمانية أرطال؛ لأن أنس بن مالك قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يتوضأ بالمد – وهو رطلان – ويغتسل بالصاع» . **ولنا** ما روي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لكعب بن عجرة: أطعم ستة مساكين فرقا من طعام»." (١)

"شرط السفر لجواز التيمم، فلا يجوز لغيره، وقد روي عن أحمد: أنه سئل عن رجل حبس في دار، وأغلق عليه الباب بمنزل المضيف، أيتيمم؟ قال: لا. **ولنا** ما روى أبو ذر، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «إن الصعيد الطيب طهور المسلم، وإن لم يجد الماء عشر سنين. فإذا وجد الماء فليمسه بشرته. فإن ذلك خير» .

(١) المغني لابن قدامة ١٦٣/١

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. فيدخل تحت عمومه محل النزاع؛ ولأنه عادم للماء، فأشبه المسافر. والآية يحتمل أن يكون ذكر السفر فيها خرج مخرج الغالب؛ لأن الغالب أن الماء إنما يعدم، فيه كما ذكر، في السفر، وعدم وجود الكاتب في الرهن، وليسا شرطين فيه، ولو كان حجة فالمنطوق مقدم عليه، على أن أبا حنيفة لا يرى دليل الخطاب حجة، والآية إنما يحتج بدليل خطابها. فعلى هذا إذا تيمم في الحضر، وصلى، ثم قدر على الماء، فهل يعيد؟ على روايتين؛ إحداهما يعيد. وهو مذهب الشافعي؛ لأن هذا عذر نادر، فلا يسقط به القضاء، كالحيض في الصوم.

والثانية لا يعيد. وهو مذهب مالك؛ لأنه أتى بما أمر به، فخرج من عهدته؛ ولأنه صلى بالتيمم المشروع على الوجه المشروع، فأشبه المريض والمسافر، مع أن عموم الخبر يدل عليه. وقال أبو الخطاب: إن حبس في المصر صلى. ولم يذكر إعادة. وذكر الروايتين في غيره. ويحتمل أنه إن كان عدم الماء لعذر نادر، أو يزول قريبا، كرجل أغلق عليه الباب، مثل الضيف ونحوه، أو ما أشبه هذا من الأعذار التي لا تتطاول؛ فعليه الإعادة؛ لأن هذا بمنزلة المتشاغل بطلب الماء وتحصيله. وإن كان عذرا ممتدا، ويوجد كثيرا، كالمحبوس، أو من انقطع الماء في قريته، واحتاج إلى استقاء الماء من مسافة بعيدة، فله التيمم، ولا إعادة عليه؛ لأن هذا عادم للماء بعذر متطاول معتاد، فهو كالمسافر؛ ولأن عدم هذا الماء أكثر من عدم المسافر له، فالنص على التيمم للمسافر تنبيه على التيمم هاهنا. والله أعلم.

]فصل خرج من المصر لحاجة فحضرت الصلاة ولا ماء معه]

(٣٣٢) فصل: ومن خرج من المصر إلى أرض من أعماله لحاجة، كالحراث، والحصاد، والحطاب، والصياد، وأشباههم ممن لا يمكنه حمل الماء معه لوضوئه، فحضرت الصلاة ولا ماء معه، ولا يمكنه الرجوع ليتوضأ إلا بتفويت حاجته، فله أن يصلي بالتيمم، ولا إعادة عليه؛ لأنه مسافر، فأشبه الخارج إلى قرية أخرى. ويحتمل أن يلزمه الإعادة؛ لكونه في أرض من أعمال المصر، فأشبه المقيم فيه. فإن كانت الأرض." (١)

"[فصل بذل له ماء لطهارته]

(٣٤١) فصل: وإن بذل له ماء لطهارته، لزمه قبوله؛ لأنه قدر على استعماله، ولا منة في ذلك في العادة. وإن لم يجده إلا بثمن لا يقدر عليه، فبذل له الثمن، لم يلزمه قبوله؛ لأن المنة تلحق به. وإن وجده يباع بثمن مثله في موضعه، أو زيادة يسيرة، يقدر على ذلك، مع استغنائه عنه، لقوته ومؤنة سفره، لزمه شراؤه.

(١) المغني لابن قدامة ١/١٧٣

وإن كانت الزيادة كثيرة تجحف بماله، لم يلزمه شراؤه؛ لأن عليه ضررا. وإن كانت كثيرة، لا تجحف بماله، فقد توقف أحمد فيمن بذل له ماء بدينار، ومعه مائة. فيحتمل إذن وجهين: أحدهما يلزمه شراؤه؛ لأنه واجد للماء، قادر عليه، فيلزمه استعماله بدلالة قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة: ٦] .
والثاني لا يلزمه شراؤه؛ لأن عليه ضررا في الزيادة الكثيرة، فلم يلزمه بذلها، كما لو خاف لصا يأخذ من ماله ذلك المقدار. وقال الشافعي: لا يلزمه شراؤه بزيادة يسيرة ولا كثيرة لذلك. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة: ٦] . وهذا واجد، فإن القدرة على ثمن العين كالقدرة على العين، في المنع من الانتقال إلى البدل، بدليل ما لو بيعت بثمن مثلها، وكالرقبة في كفارة الظهار؛ ولأن ضرر المال دون ضرر النفس، وقد قالوا في المريض: يلزمه الغسل ما لم يخف التلف. فتحمل الضرر اليسير في المال أحرى.
فإن لم يكن معه ثمنه، فبذل له بثمن في الذمة يقدر على أدائه في بلده، فقال القاضي: يلزمه شراؤه؛ لأنه قادر على أخذه بما لا مضرة فيه. وقال أبو الحسن الآمدي: لا يلزمه شراؤه؛ لأن عليه ضررا في بقاء الدين في ذمته، وربما يتلف ماله قبل أدائه.
وإن لم يكن في بلده ما يؤدي ثمنه، لم يلزمه شراؤه؛ لأن عليه ضررا. وإن لم يبذله له، وكان فاضلا عن حاجته، لم يجز له مكاثرته عليه؛ لأن الضرورة لا تدعو إليه؛ لأن هذا له بدل، وهو التيمم، بخلاف الطعام في المجاعة.

[فصل كان معه ماء فأراقه قبل الوقت وعدم الماء في الوقت]
(٣٤٢) فصل: إذا كان معه ماء، فأراقه قبل الوقت، أو مر بماء قبل الوقت، فتجاوزه، وعدم الماء في الوقت، صلى بالتيمم من غير إعادة. وبه يقول الشافعي، وقال الأوزاعي، إن ظن أنه يدرك الماء في الوقت، كق**ولنا**، وإلا صلى بالتيمم، وعليه الإعادة؛ لأنه مفرط.." (١)

"**ولنا**، أنه لم يجب عليه استعماله. فأشبه ما لو ظن أنه يدرك الماء في الوقت. وإن أراق الماء في الوقت، أو مر به في الوقت فلم يستعمله، ثم عدم الماء، يتيمم ويصلي. وفي الإعادة وجهان: أحدهما لا يعيد؛ لأنه صلى بتيمم صحيح، تحققت شرائطه، فهو كما لو أراقه قبل الوقت. والثاني يعيد؛ لأنه وجبت عليه الصلاة بوضوء، وهو قد فوت القدرة على نفسه، فبقي في عهدة الواجب، وإن وهبه بعد دخول الوقت لم تصح الهبة، والماء باق على ملكه، فلو تيمم مع بقاء الماء، لم يصح تيممه. وإن تصرف فيه الموهوب

(١) المغني لابن قدامة ١/١٧٧

له، فهو كما لو أراقه.

[فصل نسي الماء في رحله أو موضع يمكنه استعماله وصلى بالتيمم]

(٣٤٣) فصل: إذا نسي الماء في رحله، أو موضع يمكنه استعماله، وصلى بالتيمم. فقد توقف أحمد، - رحمه الله - في هذه المسألة، وقطع في موضع أنه لا يجزئه. وهو قول الشافعي. وقال أبو حنيفة، وأبو ثور: يجزئه. وعن مالك كالمذهبين؛ لأنه مع النسيان غير قادر على استعمال الماء، فهو كالعادم. **ولنا** أنها طهارة تجب مع الذكر، فلم تسقط بالنسيان، كما لو صلى ناسيا لحدثه، ثم ذكر، أو صلى الماسح، ثم بان له انقضاء مدة المسح قبل صلاته، ويفارق ما قاسوا عليه؛ فإنه غير مفرط، وها هنا هو مفرط بترك الطلب.

[فصل ضل عن رحله الذي فيه الماء أو كان يعرف بئرا فضاعت عنه ثم وجدها]

(٣٤٤) فصل: وإن ضل عن رحله الذي فيه الماء، أو كان يعرف بئرا فضاعت عنه، ثم وجدها، فقال ابن عقيل: يحتمل أن يكون كالناسي. والصحيح أنه لا إعادة عليه. وهو قول الشافعي؛ لأنه ليس بواجد للماء، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة: ٦] ؛ ولأنه غير مفرط، بخلاف الناسي، وإن كان الماء مع عبده، فنسيه العبد حتى صلى سيده، احتمل أن يكون كالناسي، واحتمل أن لا يعيد؛ لأن التفريط من غيره.

[فصل تيمم وصلى ثم بان أنه كان بقربه بئرا أو ماء]

(٣٤٥) فصل: إذا صلى، ثم بان أنه كان بقربه بئر أو ماء، نظرت، فإن كانت خفية بغير علامة، وطلب فلم يجدها فلا إعادة عليه؛ لأنه غير مفرط. وإن كانت أعلامه ظاهرة، فقد فرط، فعليه الإعادة.

[مسألة تأخير التيمم]

(٣٤٦) مسألة: قال: (والاختيار تأخير التيمم) ظاهر كلام الخرقي أن تأخير التيمم أولى بكل حال، وهو المنصوص عن أحمد، وروي ذلك." (١)

"عن علي، وعطاء، والحسن، وابن سيرين، والزهري، والثوري، وأصحاب الرأي. وقال أبو الخطاب: يستحب التأخير إن رجا وجود الماء، وإن يئس من وجوده استحب تقديمه. وهو قول مالك. وقال الشافعي

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٧٨

في أحد قوليه: التقديم أفضل، إلا أن يكون واثقا بوجود الماء في الوقت؛ لأنه لا يستحب ترك فضيلة أول الوقت، وهي متحققة، لأمر مظنون. **ولنا** قول علي - رضي الله عنه - في الجنب: يتلوم ما بينه وبين آخر الوقت، فإن وجد الماء، وإلا تيمم. ولأنه يستحب التأخير للصلاة إلى بعد العشاء وقضاء الحاجة كي لا يذهب خشوعها وحضور القلب فيها، ويستحب تأخيرها لإدراك الجماعة، فتأخيرها لإدراك الطهارة المشترطة أولى

[مسألة تيمم في أول الوقت وصلى]

(٣٤٧) مسألة: قال: (فإن تيمم في أول الوقت وصلى، أجزأه، وإن أصاب الماء في الوقت) وجملة ذلك أن العادم للماء في السفر إذا صلى بالتيمم، ثم وجد الماء، إن وجده بعد خروج الوقت، فلا إعادة عليه إجماعا قال أبو بكر بن المنذر: أجمع أهل العلم على أن من تيمم وصلى، ثم وجد الماء بعد خروج وقت الصلاة، أن لا إعادة عليه. وإن وجده في الوقت، لم يلزمه أيضا إعادة، سواء يئس من وجود الماء في الوقت، أو غلب على ظنه وجوده فيه. وبهذا قال أبو سلمة والشعبي، والنخعي، والثوري، ومالك، والشافعي وإسحاق وابن المنذر، وأصحاب الرأي.

وقال عطاء، وطاوس، والقاسم بن محمد، ومكحول، وابن سيرين، والزهري، وربيعة: يعيد الصلاة. **ولنا** ما روى أبو داود، عن أبي سعيد، «أن رجلين خرجا في سفر، فحضرت الصلاة، وليس معهما ماء، فتيمما صعيدا، فصليا، ثم وجدا الماء في الوقت، فأعاد أحدهما الوضوء والصلاة ولم يعد الآخر، ثم أتيا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكرا له ذلك، فقال للذي لم يعد: أصبت السنة، وأجزأتك صلاتك. وقال للذي أعاد: لك الأجر مرتين» . واحتج أحمد بأن ابن عمر تيمم، وهو يرى بيوت المدينة، فصلى العصر، ثم دخل المدينة والشمس مرتفعة فلم يعد؛ ولأنه أدى فرضه كما أمر، فلم يلزمه الإعادة، كما لو وجده بعد الوقت؛ ولأن عدم الماء عذر معتاد، فإذا تيمم معه يجب أن يسقط فرض الصلاة كالمرض؛ ولأنه أسقط فرض الصلاة، فلم يعد إلى ذمته، كما لو وجده بعد الوقت.

[مسألة التيمم ضربة واحدة]

(٣٤٨) مسألة: قال: (والتيمم ضربة واحدة) المسنون عند أحمد التيمم بضربة واحدة. فإن تيمم بضربتين جاز. وقال القاضي: الإجزاء يحصل بضربة، والكمال ضربتان. والمنصوص ما ذكرناه، قال الأثرم: قلت لأبي

عبد الله: التيمم ضربة واحدة؟ فقال: نعم ضربة للوجه والكفين، ومن قال ضربتين، فإنما هو شيء زاده. قال الترمذي: وهو قول غير واحد من أهل العلم من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وغيرهم؛ منهم علي، وعمار، وابن عباس، وعطاء، والشعبي، ومكحول، والأوزاعي، ومالك، وإسحاق.

وقال الشافعي: لا يجزئ التيمم إلا." (١)

"بضربتين للوجه واليدين إلى المرفقين. وروي ذلك عن ابن عمر، وابنه سالم، والحسن، والثوري، وأصحاب الرأي؛ لما روى ابن الصمة «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – تيمم، فمسح وجهه وذراعيه» . وروى ابن عمر، وجابر، وأبو أمامة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «التيمم ضربة للوجه، وضربة لليدين إلى المرفقين» ؛ ولأنه بدل يؤتى به في محل مبدله، وكان حده عنهما واحدا كالوجه. **ولنا** ما «روى عمار، قال: بعثني النبي – صلى الله عليه وسلم – في حاجة، فأجنبت، فلم أجد الماء، فتمرغت في الصعيد كما تمرغ الدابة، ثم أتيت النبي – صلى الله عليه وسلم – فذكرت ذلك له، فقال: إنما كان يكفيك أن تقول بيديك هكذا، ثم ضرب بيديه الأرض ضربة واحدة، ثم مسح الشمال على اليمين، وظاهر كفيه ووجهه» . متفق عليه؛

ولأنه حكم علق على مطلق اليدين فلم يدخل فيه الذراع، كقطع السارق، ومس الفرج، وقد احتج ابن عباس بهذا فقال: إن الله تعالى قال في التيمم: ﴿فامسحوا بوجوهكم وأيديكم﴾ [المائدة: ٦] وقال: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] . وكانت السنة في القطع من الكفين، إنما هو الوجه والكفان. يعني التيمم. وأما أحاديثهم فضعيفة. قال الخلال: الأحاديث في ذلك ضعيفة جدا، ولم يرو منها أصحاب السنن إلا حديث ابن عمر. وقال أحمد: ليس بصحيح عن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما هو عن ابن عمر، وهو عندهم حديث منكر. وقال الخطابي: يرويه محمد بن ثابت، وهو ضعيف وقال ابن عبد البر: لم يروه غير محمد بن ثابت، وبه يعرف، ومن أجله يضعف عندهم، وهو حديث منكر. وحديث ابن الصمة صحيح، لكن إنما جاء في المتفق عليه:

فمسح وجهه ويديه. فيكون حجة لنا؛ لأن ما علق على مطلق اليدين لا يتناول الذراعين. ثم أحاديثهم لا تعارض حديثنا؛ فإنها تدل على جواز التيمم بضربتين، ولا ينفي ذلك جواز التيمم بضربة، كما أن وضوء النبي – صلى الله عليه وسلم – ثلاثا ثلاثا لا ينفي الإجزاء بمرة واحدة. فإن قيل: فقد روي في حديث عمار: إلى المرفقين.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٧٩

ويحتمل أنه أراد بالكفين اليدين إلى المرفقين. قلنا: أما حديثه إلى المرفقين، فلا يعول عليه، إنما رواه سلمة، وشك فيه، فقال له منصور: ما تقول فيه، فإنه لا يذكر الذراعين أحد غيرك؟ فشك، وقال: لا أدري، أذكر الذراعين، أم لا؟ قال ذلك النسائي. فلا يثبت مع الشك، وقد أنكر عليه، وخالف به سائر الرواة الثقات، فكيف يلتفت إلى مثل هذا؟ وهو لو انفرد لم يعول عليه، ولم يحتج به.

وأما التأويل فباطل؛ لوجوه:." (١)

"الأرض، ونفخ فيهما» . قال أحمد: لا يضره فعل أو لم يفعل. وإن كان خفيفا، فقال أصحابنا: يكره نفخه، رواية واحدة. فإن ذهب ما عليها بالنفخ، لم يجزه حتى يعيد الضرب؛ لأنه مأمور بالمسح بشيء من الصعيد.

[مسألة المتيمم يضرب بيديه على الصعيد الطيب]

(٣٥٢) مسألة: قال: (ويضرب بيديه على الصعيد الطيب، وهو التراب) وجملة ذلك أنه لا يجوز التيمم إلا بتراب طاهر ذي غبار يعلق باليد؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [المائدة: ٦] . قال ابن عباس: الصعيد تراب الحرث. وقيل في قوله تعالى: (فتصبح صعيدا زلقا) ترابا أملس. والطيب: الطاهر، وبهذا قال الشافعي، وإسحاق، وأبو يوسف، وداود. وقال مالك، وأبو حنيفة: يجوز بكل حال ما كان من جنس الأرض؛ كالنورة والزرنيخ والحجارة. وقال الأوزاعي: الرمل من الصعيد.

وقال حماد بن أبي سليمان: لا بأس أن يتيمم بالرخام؛ لما روى البخاري، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا» . وعن أبي هريرة «، أن رجلا أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله، إنا نكون بالرمل فتصيبنا الجنابة، والحيض، والنفاس، ولا نجد الماء أربعة أشهر أو خمسة أشهر، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: عليكم بالأرض» .

ولأنه من جنس الأرض، فجاز التيمم به كالتراب. ولنا الآية؛ فإن الله سبحانه أمر بالتيمم بالصعيد، وهو التراب، فقال: ﴿فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [المائدة: ٦] ، ولا يحصل المسح بشيء منه، إلا أن يكون ذا غبار يعلق باليد، وروي عن علي - رضي الله عنه - قال: «قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أعطيت ما لم يعط نبي من أنبياء الله، جعل لي التراب طهورا» . وذكر الحديث، رواه الشافعي في " مسنده "، ولو كان غير التراب طهورا لذكره فيما من الله تعالى به عليه، وقد روى حذيفة أن النبي - صلى

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٠/١

الله عليه وسلم - قال: «جعلت لي الأرض مسجدا وترابها طهورا» . فخص ترابها بكونه طهورا؛ ولأن الطهارة اختصت بأعم المائعات وجودا، وهو الماء، فتختص بأعم الجامدات وجودا، وهو التراب، وخبر أبي ذر نخصه بحديثنا، وخبر أبي هريرة يرويه المثنى بن الصباح، وهو ضعيف

[فصل التيمم بالسبخة والرمل]

(٣٥٣) فصل: وعن أحمد، - رحمه الله -، رواية أخرى، في السبخة والرمل، أنه يجوز التيمم به. قال أبو الحارث: قال أحمد: أرض الحرث أحب إلي، وإن تيمم من أرض السبخة أجزأه. قال القاضي: الموضع الذي أجاز التيمم بها إذا كان لها غبار، والموضع الذي منع إذا لم يكن لها غبار. قال: ويمكن أن يقال في الرمل مثل." (١)

"ذلك. وعنه أنه يجوز ذلك مع الاضطرار خاصة. قال: وفي رواية سندي: أرض الحرث أجود من السبخ، ومن موضع النورة والحصا، إلا أن يضطر إلى ذلك، فإن اضطر أجزأه. قال الخلال: إنما سهل أحمد فيها إذا اضطر إليها، إذا كانت غبرة كالتراب، فأما إذا كانت قلحة كالملح، فلا يتيمم بها أصلا. وقال ابن أبي موسى: يتيمم عند عدم التراب بكل طاهر تصاعد على وجه الأرض، مثل الرمل والسبخة والنورة والكحل، وما في معنى ذلك، ويصلي، وهل يعيد؟ على روايتين.

[فصل التيمم بالخزف أو الطين المحرق بعد دقه]

(٣٥٤) فصل: فإن دق الخزف أو الطين المحرق، لم يجز التيمم به؛ لأن الطبخ أخرجه عن أن يقع عليه اسم التراب. وكذا إن نحت المرمر والكذان حتى صار غبارا، لم يجز التيمم به؛ لأنه غير تراب. وإن دق الطين الصلب كالأرمني، جاز التيمم به؛ لأنه تراب.

[فصل ضرب بيده على لبد أو ثوب فعلق بيديه غبار فتيمم به]

(٣٥٥) فصل: فإن ضرب بيده على لبد أو ثوب أو جوالق أو برذعة أو في شعير، فعلق بيديه غبار، فتيمم به، جاز. نص أحمد على ذلك كله. وكلام أحمد يدل على اعتبار التراب حيث كان، فعلى هذا لو ضرب بيده على صخرة، أو حائط، أو حيوان، أو أي شيء كان، فصار على يديه غبار، جاز له التيمم به. وإن لم يكن فيه غبار، فلا يجوز وقد روى ابن عمر «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ضرب يديه على الحائط،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٨٢

ومسح بهما وجهه، ثم ضرب ضربة أخرى، فمسح ذراعيه» . رواه أبو داود. وروى الأثرم، عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال: لا يتيمم بالثلج، فمن لم يجد، فضفة سرجه، أو معرفة دابته.

وأجاز مالك، وأبو حنيفة، التيمم بصخرة لا غبار عليها، وتراب ندي لا يعلق باليد منه غبار. وأجاز مالك التيمم بالثلج، والجبس، وكل ما تصاعد على وجه الأرض. ولا يجوز عنده التيمم بغبار اللبد والثوب؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما ضرب بيده نفخهما. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [المائدة: ٦] . " ومن " للتبعيض، فيحتاج أن يمسح بجزء منه، والنفخ لا يزيل الغبار الملاصق، وذلك يكفي.

[فصل خالط التراب ما لا يجوز التيمم به]

(٣٥٦) فصل: إذا خالط التراب ما لا يجوز التيمم به، كالنورة والزرنيخ والجص، فقال القاضي: حكمه حكم الماء إذا خالطته الطاهرات، إن كانت الغلبة للتراب جاز، وإن كانت الغلبة للمخالط، لم يجز. وقال ابن عقيل: يمنع، وإن كان قليلا. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه ربما حصل في العضو، فمنع وصول التراب إليه. وهذا فيما يعلق باليد، فأما ما لا يعلق باليد، فلا يمنع؛ فإن أحمد قد نص على أنه يجوز التيمم من الشعير؛ وذلك لأنه لا يحصل على اليد منه ما يحول بين الغبار وبينها.." (١)

"[فصل التيمم بالطين]

(٣٥٧) فصل: إذا كان في طين لا يجد ترابا، فحكي عن ابن عباس أنه قال: يأخذ الطين، فيطلي به جسده. فإذا جف تيمم به. وإن خاف فوات الوقت قبل جفافه، فهو كالعادم. ويحتمل أنه إن كان يجف قريبا انتظر جفافه، وإن فات الوقت؛ لأنه كطالب الماء القريب، والمشتغل بتحصيله من بئر ونحوه. وإن لطخ وجهه بطين، لم يجزه؛ لأنه لم يقع عليه اسم الصعيد؛ ولأنه لا غبار فيه، أشبه التراب الندي.

[فصل صلاة فاقد الطهورين]

(٣٥٨) فصل: وإن عدم بكل حال صلى على حسب حاله. وهذا قول الشافعي، وقال أبو حنيفة، والثوري، والأوزاعي: لا يصلي حتى يقدر، ثم يقضي؛ لأنها عبادة لا تسقط القضاء، فلم تكن واجبة، كصيام الحائض. وقال مالك: لا يصلي ولا يقضي؛ لأنه عجز عن الطهارة، فلم تجب عليه الصلاة، كالحائض. وقال ابن عبد

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٨٣

البر: هذه رواية منكرة عن مالك. وذكر عن أصحابه قولين: أحدهما كقول أبي حنيفة، والثاني يصلي على حسب حاله، ويعيد. **ولنا** ما روى مسلم في " صحيحه " «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - بعث أناسا لطلب قلادة أضلتها عائشة، فحضرت الصلاة، فصلوا بغير وضوء، فأتوا النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكروا ذلك له، فنزلت آية التيمم. ولم ينكر النبي - صلى الله عليه وسلم - ذلك، ولا أمرهم، بإعادة» .

فدل على أنها غير واجبة؛ ولأن الطهارة شرط، فلم تؤخر الصلاة عند عدمها، كالسترة واستقبال القبلة. وإذا ثبت هذا، فإذا صلى على حسب حاله، ثم وجد الماء أو التراب، لم يلزمه إعادة الصلاة في إحدى الروايتين، والأخرى عليه الإعادة. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه فقد شرط الصلاة، أشبه ما لو صلى بالنجاسة.

والصحيح الأول؛ لما ذكرنا من الخبر؛ ولأنه أتى بما أمر، فخرج عن عهدته؛ لأنه شرط من شرائط الصلاة فيسقط عند العجز عنه، كسائر شروطها وأركانها؛ ولأنه أدى فرضه على حسبه، فلم يلزمه الإعادة، كالعاجز عن السترة إذا صلى عريانا، والعاجز عن الاستقبال إذا صلى إلى غيرها، والعاجز عن القيام إذا صلى جالسا، وقياس أبي حنيفة على الحائض في تأخير الصيام لا يصح؛ لأن الصوم يدخله التأخير، بخلاف الصلاة، بدليل أن المسافر يؤخر الصوم دون الصلاة؛ ولأن عدم الماء لو قام مقام الحيض لأسقط الصلاة بالكلية؛ ولأن قياس الصلاة على الصلاة أولى من قياسها على الصيام، وأما قياس مالك فلا يصح «؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» .

وقياس الطهارة على سائر شرائط الصلاة أولى من قياسها على الحائض، فإن الحيض أمر معتاد يتكرر عادة، والعجز هاهنا عذر نادر غير." (١)

"معتاد، فلا يصح قياسه على الحيض؛ ولأن هذا عذر نادر فلم يسقط الفرض، كنسيان الصلاة وفقد سائر الشروط. والله تعالى أعلم

[مسألة التيمم لا يصح إلا بنية]

(٣٥٩) مسألة: قال: (وينوي به المكتوبة) لا نعلم خلافا في أن التيمم لا يصح إلا بنية، غير ما حكي عن الأوزاعي، والحسن بن صالح أنه يصح بغير نية. وسائر أهل العلم على إيجاب النية فيه. وممن قال ذلك: ربيعة، ومالك، والليث، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي؛ وذلك لما ذكرنا في

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ١٨٤

الوضوء، وينوي استباحة الصلاة. فإن نوى رفع الحدث لم يصح؛ لأنه لا يرفع الحدث. قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن طهارة التيمم لا ترفع الحدث إذا وجد الماء، بل متى وجده أعاد الطهارة، جنبا كان أو محدثا. وهذا مذهب مالك، والشافعي، وغيرهما، وحكي عن أبي حنيفة أنه يرفع الحدث؛ لأنه طهارة عن حدث يبيح الصلاة، فيرفع الحدث، كطهارة الماء.

ولنا أنه لو وجد الماء لزمه استعماله لرفع الحدث الذي كان قبل التيمم، إن كان جنبا، أو محدثا، أو امرأة حائضا، ولو رفع الحدث لاستوى الجميع؛ لاستوائهم في الوجدان؛ ولأنها طهارة ضرورة، فلم ترفع الحدث كطهارة المستحاضة، وبهذا فارق الماء. إذا ثبت هذا، فإنه إن نوى بتيممه فريضة، فله أن يصلي ما شاء من الفرض والنفل، سواء نوى فريضة معينة أو مطلقة. فإن نوى نفلا أو صلاة مطلقة، لم يجز أن يصلي به إلا نافلة. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: له أن يصلي ما شاء؛ لأنها طهارة يصح بها النفل، فصح بها الفرض، كطهارة الماء. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» . وهذا لم ينوي الفرض، فلا يكون له، وفارق طهارة الماء؛ لأنها ترفع الحدث المانع من فعل الصلاة، فيباح له جميع ما يمنعه الحدث.

ولا يلزم استباحة النفل بنية الفرض؛ لأن الفرض أعلى ما في الباب. فنيته تضمنت نية ما دونه، وإذا استباحه استباح ما دونه تبعا.

[فصل إذا نوى الفرض استباح كل ما يباح بالتيمم من النفل قبل الفرض وبعده]

(٣٦٠) فصل: إذا نوى الفرض استباح كل ما يباح بالتيمم من النفل، قبل الفرض وبعده، وقراءة القرآن، ومس المصحف، واللبث في المسجد. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي: وقال مالك: لا يتطوع قبل الفريضة بصلاة غير راتبة. وحكي نحوه عن أحمد؛ لأن النفل تبع للفرض، فلا يتقدم المتبوع. **ولنا** أنه تطوع، فأبيح له فعله إذا نوى الفرض، كالسنن الراتبة وكما بعد الفرض.." (١)

"وقوله: إنه تبع قلنا: إنما هو تبع في الاستباحة، لا في الفعل، كالسنن الراتبة، وقراءة القرآن، وغيرهما. وإن نوى نافلة أبيحت له، وأبيح له قراءة القرآن، ومس المصحف، والطواف؛ لأن النافلة آكد من ذلك كله؛ لأن الطهارتين مشترطتان لها بالإجماع، وفي اشتراطهما لما سواها خلاف، فيدخل الأدنى في الأعلى، كدخول النافلة في الفريضة؛ ولأن النفل يشتمل على قراءة القرآن، فنية النفل تشمله وإن نوى شيئا من ذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٥/١

لم يبح له التنفل بالصلاة؛ لأنه أدنى، فلا يستبيح الأعلى بنيته، كالفرض مع النفل. وإن تيمم للطواف أبيح له قراءة القرآن، واللبث في المسجد؛ لأنه أعلى منهما، فإنه صلاة، ويشترط له الطهارتان، وله نفل وفرض، ويدخل في ضمنه اللبث في المسجد؛ لأنه لا يكون إلا في المسجد. وإن نوى أحدهما لم يستبح الطواف؛ لأنه أعلى منهما.

وإن نوى فرض الطواف، استباح نفله. وإن نوى نفله، لم يستبح فرضه كالصلاة. وإن نوى بتيممه قراءة القرآن لكونه جنبا، أو اللبث في المسجد، أو مس المصحف، لم يستبح غير ما نواه؛ لقوله - عليه السلام -: " وإنما لكل امرئ ما نوى " ولأنه لم ينو ذلك، ولا ما هو أعلى منه، فلم يستبحه، كما لا يستبيح الفرض إذا لم ينوه.

[فصل تيمم الصبي لإحدى الصلوات الخمس ثم بلغ]

(٣٦١) فصل: وإن تيمم الصبي لإحدى الصلوات الخمس، ثم بلغ، لم يستبح بتيممه فرضا؛ لأن ما نواه كان نفلا، ويباح أن يتنفل به، كما لو نوى به البالغ النفل. فأما إن توضأ قبل البلوغ، ثم بلغ، فله أن يصلي به فرضا ونفلا؛ لأن الوضوء للنفل يبيح فعل الفرض.

[مسألة يمسح المتيمم وجهه وكفيه]

(٣٦٢) مسألة: قال: (فيمسح بهما وجهه وكفيه) لا خلاف في وجوب مسح الوجه والكفين؛ لقول الله تعالى: ﴿فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [المائدة: ٦] ويجب مسح جميعه، واستيعاب ما يأتي عليه الماء منها، لا يسقط منها إلا المضمضة والاستنشاق، وما تحت الشعور الخفيفة، وبهذا قال الشافعي. وقال سليمان بن داود: يجزئه إن لم يصب إلا بعض وجهه وبعض كفيه. **ولنا** قوله تعالى: ﴿فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه﴾ [المائدة: ٦] والباء زائدة، فصار كأنه قال: فامسحوا وجوهكم وأيديكم منه.

فيجب تعميمهما، كما يجب تعميمهما بالغسل؛ لقوله: ﴿فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق﴾ [المائدة: ٦] . فيضرب ضربة واحدة، فيمسح وجهه بباطن أصابع يديه، وظاهر كفيه إلى الكوعين بباطن راحتيه، ويستحب أن يمسح إحدى الراحتين بالأخرى، ويخلل بين الأصابع، وليس بفرض؛ لأن فرض الراحتين قد سقط بإمرار كل واحدة على ظهر الكف.

قال ابن عقيل: رأيت التيمم بضربة واحدة قد أسقط ترتيبا مستحقا في الوضوء، وهو أنه يعتد بمسح باطن يديه قبل." [1]

"سقط عنه غسل الوجه، لا يجب عليه غسل جزء من الرأس، ومن سقط عنه الصيام، لا يجب عليه إمساك جزء من الليل.

[فصل أوصل التراب إلى محل الفرض بخرقة أو خشبة]

(٣٦٦) فصل: فإن أوصل التراب إلى محل الفرض بخرقة أو خشبة، فقال القاضي: يجزئه؛ لأن الله تعالى أمر بالمسح، ولم يعين آلته، فلا يتعين. وقال ابن عقيل: فيه وجهان، بناء على مسح الرأس بخرقة رطبة. وإن مسح محل الفرض بيد واحدة، أو ببعض يده، أجزأه، إذ كانت يده أقرب إليه من غيرها. وإن يممه غيره جاز، كما لو وضأه غيره، وتعتبر النية في المتيمم دون الميمم؛ لأنه الذي يتعلق الإجزاء والمنع به.

[مسألة كان ما ضرب بيديه غير طاهر]

(٣٦٧) مسألة: قال: (وإن كان ما ضرب بيديه غير طاهر لم يجزه) لا نعلم في هذا خلافا. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، إلا أن الأوزاعي، قال: إن تيمم بتراب المقبرة وصلى، مضت صلاته. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿فتيمموا صعيدا طيبا﴾ [المائدة: ٦] . والنجس ليس بطيب؛ ولأن التيمم طهارة، فلم يجز بغير طاهر، كالوضوء، فأما المقبرة فإن كانت لم تنبش، فترابها طاهر، وإن كان نبشها والدفن فيها تكرر، لا يجوز التيمم بترابها؛ لاختلاطه بصديد الموتى ولحومهم. وإن شك في تكرر الدفن فيها، أو في نجاسة التراب الذي تيمم به، جاز التيمم به؛ لأن الأصل الطهارة، فلا يزول بالشك، كما لو شك في طهارة الماء.

[فصل تيمم جماعة من موضع واحد]

(٣٦٨) فصل: ويجوز أن يتيمم جماعة من موضع واحد بغير خلاف، كما يجوز أن يتوضأ جماعة من حوض واحد. فأما ما تناثر من الوجه واليدين بعد مسحهما به، ففيه وجهان: أحدهما، يجوز التيمم به؛ لأنه لم يرفع الحدث. وهذا قول أبي حنيفة. والثاني لا يجوز؛ لأنه مستعمل في طهارة أباحت الصلاة، أشبه الماء المستعمل في الطهارة وللشافعي وجهان كهذين.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٨٦

[مسألة كان به قرح أو مرض مخوف وأجنب فخشي على نفسه إن أصابه الماء]

(٣٦٩) مسألة: قال: (وإذا كان به قرح أو مرض مخوف، وأجنب، فخشي على نفسه إن أصابه الماء، غسل الصحيح من جسده، وتيمم لما لم يصبه الماء) هذه المسألة دالة على أحكام منها: إباحة التيمم للجنب، وهو قول جمهور العلماء منهم: علي، وابن عباس، وعمرو بن العاص، وأبو موسى، وعمار، وبه قال الثوري، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وإسحاق، وابن المنذر،." (١)

"وأصحاب الرأي.

وكان ابن مسعود لا يرى التيمم للجنب، ونحوه عن عمر، - رضي الله عنهما -، وروى البخاري عن شقيق بن سلمة، أن أبا موسى ناظر ابن مسعود في ذلك، واحتج عليه بحديث عمار، وبالآية التي في المائدة، قال: فما درى عبد الله ما يقول، فقال: إنا لو رخصنا لهم في هذا لأوشك إذا برد على أحدهم الماء أن يدعه ويتيمم. وقال الترمذي: ويروى عن ابن مسعود أنه رجع عن قوله.

ومما يدل على إباحة التيمم للجنب: ما روى عمران بن حصين «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رأى رجلا معتزلا لم يصل مع القوم، فقال: يا فلان، ما منعك أن تصلي مع القوم؟ . فقال: أصابتني جنابة، ولا ماء. قال: عليك بالصعيد، فإنه يكفيك» . متفق عليه. وحديث أبي ذر، وعمرو بن العاص، وحديث جابر في الذي أصابته الشجة؛ لأنه حدث فيجوز له التيمم، كالحدث الأصغر،

ومنها أن الجريح والمريض إذا خاف على نفسه من استعمال الماء، جاز له التيمم، هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم ابن عباس، ومجاهد، وعكرمة، وطاوس، والنخعي، وقتادة، ومالك، والشافعي. ولم يرخص له عطاء في التيمم إلا عند عدم الماء؛ لظاهر الآية، ونحوه عن الحسن في المجدور الجنب، قال: لا بد من الغسل **ولنا** قول الله تعالى: ﴿ولا تقتلوا أنفسكم﴾ [النساء: ٢٩] . وحديث عمرو بن العاص حين تيمم من خوف البرد، وحديث ابن عباس، وجابر في الذي أصابته الشجة؛ ولأنه يباح له التيمم إذا خاف العطش، أو خاف من سبع، فكذلك هاهنا، فإن الخوف لا يختلف، وإنما اختلفت جهاته.

[فصل الخوف المبيح للتيمم]

(٣٧٠) فصل: واختلف في الخوف المبيح للتيمم، فروي عن أحمد: لا يبيحه إلا خوف التلف. وهذا أحد

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٨٨

قولي الشافعي. وظاهر المذهب: أنه يباح له التيمم إذا خاف زيادة المرض، أو تباطؤ البرء، أو خاف شيئا." (١)

"فاحشا، أو ألما غير محتمل. وهذا مذهب أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي. وهو الصحيح؛ لعموم قوله تعالى: (وإن كنتم مرضى أو على سفر)

ولأنه يجوز له التيمم إذا خاف ذهاب شيء من ماله، أو ضررا في نفسه؛ من لص، أو سبع، أو لم يجد الماء إلا بزيادة على ثمن مثله كثيرة؛ فلأن يجوز هاهنا أولى؛ ولأن ترك القيام في الصلاة، وتأخير الصيام، لا ينحصر في خوف التلف، وكذلك ترك الاستقبال، فكذا هاهنا فأما المريض أو الجريح الذي لا يخاف الضرر باستعمال الماء، مثل من به الصداع والحمى الحارة، أو أمكنه استعمال الماء الحار، ولا ضرر عليه فيه، لزمه ذلك؛ لأن إباحة التيمم لنفي الضرر، ولا ضرر عليه هاهنا.

وحكي عن مالك، وداود إباحة التيمم للمريض مطلقا؛ لظاهر الآية. **ولنا** أنه واجد للماء، لا يستضر باستعماله، فلم يجز له التيمم، كالصحيح، والآية اشترط فيها عدم الماء، فلم يتناول محل النزاع، على أنه لا بد فيه، من إضمار الضرورة، والضرورة إنما تكون عند الضرر، ومنها أن الجريح والمريض إذا أمكنه غسل بعض جسده دون بعض، لزمه غسل ما أمكنه، وتيمم للباقي. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة، ومالك: إن كان أكثر بدنه صحيحا غسله، ولا تيمم عليه، وإن كان أكثره جريحا، تيمم ولا غسل عليه؛ لأن الجمع بين البدل والمبدل لا يجب، كالصيام والإطعام.

ولنا ما روى جابر قال: «خرجنا في سفر، فأصاب رجلا منا شجة في وجهه، ثم احتلم، فسأل أصحابه: هل تجدون لي رخصة في التيمم؟ قالوا: ما نجد لك رخصة، وأنت تقدر على الماء، فاغتسل، فمات، فلما قدمنا على النبي – صلى الله عليه وسلم – أخبر بذلك، فقال: قتلوه، قتلهم الله ألا سألوا، إذ لم يعلموا، فإنما شفاء العي السؤال، إنما كان يكفيه أن يتيمم، ويعصب على جرحه خرقة، ثم يمسح عليها، ثم يغسل سائر جسده.» رواه أبو داود، وعن ابن عباس مثله.

ولأن كل جزء من الجسد يجب تطهيره بشيء إذا استوى الجسم كله في المرض أو الصحة. فيجب ذلك فيه وإن خالفه غيره، كما لو كان من جملة الأكثر، فإن حكمه لا يسقط بمعنى في غيره، وما ذكروه منتقض

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٨٩

بالمسح على الخفين مع غسل بقية أعضاء الوضوء، ويفارق ما قاسوا عليه، فإنه جمع بين البدل والمبدل في محل واحد، بخلاف هذا، فإن التيمم بدل عما لا يصيبه الماء، دون ما أصابه." (١)

"ولنا، ما روى الحارث، عن علي – رضي الله عنه – أنه قال: التيمم لكل صلاة. وابن عمر قال: تيمم لكل صلاة؛ ولأنها طهارة ضرورة، فتقيدت بالوقت؛ كطهارة المستحاضة، وطهارة الماء ليست للضرورة، بخلاف مسألتنا. والحديث أراد به أنه يشبه الوضوء في إباحة الصلاة، ويلزمه التساوي في جميع الأحكام. إذا ثبت هذا، فإنه إذا نوى بتيممه مكتوبة، فله أن يصلي به ما شاء من الصلوات، فيصلي الحاضرة، ويجمع بين الصلاتين، ويقضي فوائت، ويتطوع قبل الصلاة وبعدها. هذا قول أبي ثور. وقال مالك، والشافعي: لا يصلي به فرضين.

وقد روي عن أحمد، أنه قال: لا يصلي بالتيمم إلا صلاة واحدة، ثم يتيمم للأخرى. وهذا يحتمل أن يكون مثل قولهما؛ لما روي عن ابن عباس، أنه قال: من السنة أن لا يصلي بالتيمم إلا صلاة واحدة، ثم يتيمم للأخرى. وهذا مقتضى سنة النبي – صلى الله عليه وسلم –؛ ولأنها طهارة ضرورة فلا يجمع بها بين فريضتين، كما لو كانا في وقتين. ولنا أنها طهارة صحيحة، أباحت فرضا، فأباحت فرضين، كطهارة الماء؛ ولأنه بعد الفرض الأول تيمم صحيح مبيح للتطوع، نوى به المكتوبة، فكان له أن يصلي به فرضا، كحالة ابتدائه؛ ولأن الطهارة في الأصول، إنما تتقيد بالوقت دون الفعل، كطهارة الماسح على الخف، وهذه في النوافل، وطهارة المستحاضة؛ ولأن كل تيمم أباح صلاة أباح ما هو من نوعها، بدليل صلوات النوافل.

وأما حديث ابن عباس، فيرويه الحسن بن عمارة، وهو ضعيف، ثم يحتمل أنه أراد أن لا يصلي به صلاتين في وقتين؛ بدليل أنه يجوز أن يصلي به صلوات من التطوع، ويجمع بين صلاتين فرض ونفل، وإنما امتنع الجمع بين فرضي وقتين، لبطلان التيمم، بخروج وقت الأولى منها. إذا ثبت هذا، فإن الخرقي إنما ذكر قضاء الفوائت والتطوع، ولم يذكر الجمع بين صلاتين، وكذا ذكر الإمام أحمد، فيحتمل أن لا يجوز الجمع بين الصلاتين. وهو مذهب أبي ثور.

والصحيح جواز الجمع؛ لما ذكرنا من الأدلة؛ ولأن ما أباح فرضين فائتين ما أباح فرضين في الجمع، كسائر الطهارات. وقال الماوردي: ليس للمتيمم أن يجمع بين صلاتين بحال؛ لأن الصلاة الثانية تفتقر إلى تيمم، والتيمم يفتقر إلى طلب، والطلب يقطع الجمع، ومن شرطه الموالاة – يعني على مذهب الشافعي – وهذا ينبغي أن يتقيد بالجمع في وقت الأولى، فأما الجمع في وقت الثانية، فلا تشترط له الموالاة في الصحيح.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ١٩٠

فإن قيل: فكيف يمكن قضاء الفوائت، والترتيب شرط، فيجب تقديم الفائتة على الحاضرة فكيف تتأخر الفائتة عنها؟ قلنا: يمكن ذلك لوجوه: أحدها أن يقدم الفائتة على الحاضرة.." (١)

"لشربه، ويريق النجس إن استغنى عن شربه. وقال القاضي: يتوضأ بالطاهر، ويحبس النجس لشربه؛ لأنه وجد ماء طاهرا مستغنى عن شربه. فأشبه ما لو كان ماء كثيرا طاهرا، **ولنا** أنه لا يقدر على ما يجوز الوضوء به، ولا على ما يجوز له شربه سوى هذا الطاهر، فجاز له حبسه إذا خاف العطش، كما لو لم يكن معه سواه. وإن وجدهما وهو عطشان، شرب الطاهر، وأراق النجس إذا استغنى عنه، سواء كان في الوقت، أو قبله. وقال بعض الشافعية: إن كان في الوقت شرب النجس؛ لأن الطاهر مستحق الطهارة، فهو كالمعدوم. وليس بصحيح؛ لأن شرب النجس حرام، وإنما يصير الطاهر مستحقا للطهارة إذا استغنى عن شربه، وهذا غير مستغن عن شربه، ووجود النجس كعدمه؛ لتحريم شربه.

[فصل كان الماء موجودا إلا أنه إذا اشتغل بتحصيله واستعماله فات الوقت]

(٣٧٩) فصل: وإذا كان الماء موجودا إلا أنه إذا اشتغل بتحصيله واستعماله فات الوقت، لم يبح له التيمم، سواء كان حاضرا أو مسافرا، في قول أكثر أهل العلم منهم: الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. وعن الأوزاعي، والثوري: له التيمم. رواه عنهما الوليد بن مسلم. قال الوليد: فذكرت ذلك لمالك، وابن أبي ذئب، وسعيد بن عبد العزيز، فقالوا: يغتسل، وإن طلعت الشمس؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة: ٦] وحديث أبي ذر، وهذا واجد للماء؛ ولأنه قادر على الماء، فلم يجز له التيمم، كما لو لم يخف فوت الوقت؛ ولأن الطهارة شرط، فلم يبح تركها خيفة فوت وقتها، كسائر شرائطها. وإن خاف فوت العيد، لم يجز له التيمم. وقال الأوزاعي، وأصحاب الرأي: له التيمم؛ لأنه يخاف فوتها بالكلية، فأشبه العادم، **ولنا** الآية والخبر، وما ذكرنا من المعنى، وإن خاف فوت الجنازة فكذلك في إحدى الروايتين؛ لما ذكرنا والأخرى، يباح له التيمم، ويصلي عليها. وبه قال النخعي، والزهري، والحسن، ويحيى الأنصاري، وسعد بن إبراهيم، والليث، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي؛ لأنه لا يمكن استدراكها بالوضوء، فأشبه العادم.

وقال الشعبي: يصلي عليها من غير وضوء ولا تيمم؛ لأنها لا ركوع فيها ولا سجود، وإنما هي دعاء، فأشبهت الدعاء في غير الصلاة **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور. وقوله:

(١) المغني لابن قدامة ١/١٩٤

لا يقبل الله صلاة من أحدث حتى يتوضأ» . وقول الله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة فاغسلوا وجوهكم﴾ [المائدة: ٦] الآية ثم أباح ترك الغسل مشروطا بعدم الماء، بقوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة: ٦] ، فما لم يوجد الشرط يبقى على قضية العموم

[مسألة نسي الجنابة وتيمم للحدث]

(٣٨٠) مسألة: قال: (وإذا نسي الجنابة وتيمم للحدث لم يجزه)." (١)

"وبهذا قال مالك، وأبو ثور. وقال أبو حنيفة، والشافعي: يجزئه؛ لأن طهارتهما واحدة، فسقطت إحداهما بفعل الأخرى كالبول والغائط. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» ، وهذا لم ينو الجنابة، فلم يجزه عنها؛ ولأنهما سببان مختلفان، فلم تجز نية أحدهما عن الآخر، كالحج والعمرة؛ ولأنهما طهارتان، فلم تتأد إحداهما بنية الأخرى، كطهارة الماء عند الشافعي، وفارق ما قاسوا عليه؛ فإن حكمهما واحد، وهو الحدث الأصغر، ولهذا تجزئ نية أحدهما عن نية الآخر في طهارة الماء.

[فصل التيمم للجنابة لا يجزئ عن الحدث الأصغر]

(٣٨١) فصل: وإن تيمم للجنابة، لم يجزه عن الحدث الأصغر؛ لما ذكرنا والخلاف فيها كالتي قبلها، فعلى هذا يحتاج إلى تعيين ما تيمم له من الحدث الأصغر والجنابة والحيض والنجاسة؛ فإن نوى الجميع بتيمم واحد أجزأه؛ لأن فعله واحد، فأشبه طهارة الماء، وإن نوى بعضها أجزأه عن المنوي دون ما سواه، وإن كان التيمم عن جرح في عضو من أعضائه، نوى التيمم عن غسل ذلك العضو.

[فصل التيمم للجنابة دون الحدث]

(٣٨٢) فصل: وإذا تيمم للجنابة دون الحدث، أبيح له ما يباح للمحدث من قراءة القرآن، واللبث في المسجد، ولم تبح له الصلاة، والطواف، ومس المصحف. وإن أحدث لم يؤثر ذلك في تيممه؛ لأنه نائب عن الغسل، فلم يؤثر الحدث فيه، كالغسل. وإن تيمم للجنابة والحدث، ثم أحدث، بطل تيممه للحدث، وبقي تيمم الجنابة بحاله، ولو تيممت المرأة بعد طهرها من حيضها لحدث الحيض، ثم أجنبت، لم يحرم

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٩٦

وطؤها؛ لأن حكم تيمم الحيض باق، ولا يبطل بالوطء؛ لأن الوطء إنما يوجب حدث الجنابة. قال ابن عقيل: وإن قلنا كل صلاة تحتاج إلى تيمم، احتاج كل وطء إلى تيمم يخصه، والأول أصح.

[مسألة وجد المتيمم الماء وهو في الصلاة]

(٣٨٣) مسألة: قال: (وإذا وجد المتيمم الماء، وهو في الصلاة، خرج فتوضأ، أو اغتسل إن كان جنبا، واستقبل الصلاة) المشهور في المذهب أن المتيمم إذا قدر على استعمال الماء بطل تيممه، سواء كان في الصلاة أو خارجا منها؛ فإن كان في الصلاة بطلت، لبطلان طهارته، ويلزمه استعمال الماء، فيتوضأ إن كان محدثا، ويغتسل إن كان جنبا. وبهذا قال الثوري، وأبو حنيفة. وقال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: إن كان في الصلاة، مضى فيها. وقد روي ذلك عن أحمد، إلا أنه روي عنه ما يدل على رجوعه عنه.

قال المروذي: قال أحمد: كنت أقول يمضي. ثم تدبرت، فإذا أكثر الأحاديث على أنه يخرج. وهذا يدل على رجوعه عن هذه الرواية. واحتجوا بأنه وجد المبدل بعد التلبس بمقصود البدل، فلم يلزمه." (١)

"الخروج، كما لو وجد الرقبة بعد التلبس بالصيام؛ ولأنه غير قادر على استعمال الماء؛ لأن قدرته تتوقف على إبطال الصلاة، وهو منهي عن إبطالها، بقوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ [محمد: ٣٣] **ولنا** قوله – عليه السلام –: «الصعيد الطيب وضوء المسلم وإن لم يجد الماء عشر سنين، فإذا وجدت الماء فأمسه جلدك» . أخرجه أبو داود والنسائي.

دل بمفهومه: على أنه لا يكون طهورا عند وجود الماء، وبمنطوقه على وجوب إمساسه جلده عند وجوده؛ ولأنه قدر على استعمال الماء، فبطل تيممه، كالخارج من الصلاة؛ ولأن التيمم طهارة ضرورة، فبطلت بزوال الضرورة كطهارة المستحاضة إذا انقطع دمها. يحققه أن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما أبيح للمتيمم أن يصلي مع كونه محدثا؛ لضرورة العجز عن الماء، فإذا وجد الماء زالت الضرورة، فظهر حكم الحدث كالأصل، ولا يصح قياسهم؛ فإن الصوم هو البدل نفسه، فنظيره إذا قدر على الماء بعد تيممه، ولا خلاف في بطلانه. ثم الفرق بينهما أن مدة الصيام تطول، فيشق الخروج منه؛ لما فيه من الجمع بين فرضين شاقين، بخلاف مسألتنا.

وقولهم: إنه غير قادر غير صحيح فإن الماء قريب، وآلته صحيحة، والموانع منتفية، وقولهم: إنه منهي عن

---

(١) المغني لابن قدامة ١/١٩٧

إبطال الصلاة. قلنا: لا يحتاج إلى إبطال الصلاة، بل هي تبطل بزوال الطهارة، كما في نظائرها. فإذا ثبت هذا، فمتى خرج فتوضأ لزمه استئناف الصلاة. وقيل: فيه وجه آخر، أنه يبنى على ما مضى منها، كالذي سبقه الحدث. والصحيح أنه لا يبني؛ لأن الطهارة شرط، وقد فاتت ببطلان التيمم، فلا يجوز بقاء الصلاة مع فوات شرطها، ولا يجوز بقاء ما مضى صحيحا مع خروجه منها قبل إتمامها. وكذا نقول فيمن سبقه الحدث وإن سلمنا، فالفرق بينهما أن ما مضى من الصلاة انبنى على طهارة ضعيفة هاهنا، فلم يكن له البناء عليه، كطهارة المستحاضة، بخلاف من سبقه الحدث.

[فصل المصلي بغير وضوء ولا تيمم إذا وجد ماء في الصلاة أو ترابا]

(٣٨٤) فصل: والمصلي على حسب حاله بغير وضوء، ولا تيمم، إذا وجد ماء في الصلاة، أو ترابا خرج منها بكل حال؛ لأنها صلاة بغير طهارة. ويحتمل أن يخرج فيها مثل ما في التيمم إذا وجد الماء؛ إذا قلنا إنه لا تلزمه الإعادة؛ ولأن الطهارة شرط سقط اعتباره، فأشبهت السترة إذا عجز عنها، فصلى عريانا، ثم وجد السترة في أثناء الصلاة قريبا منه، وكل صلاة يلزمه إعادتها، فإنه يلزمه الخروج منها إذا زال العذر، ويلزمه استقبالها. وإن قلنا لا يلزمه إعادتها، فإنها تشبه صلاة المتيمم إذا وجد الماء، على ما مضى من القول فيها

[فصل يمم الميت ثم قدر على الماء في أثناء الصلاة]

(٣٨٥) فصل: ولو يمم الميت، ثم قدر على الماء في أثناء الصلاة عليه، لزمه الخروج؛ لأن غسل الميت ممكن، غير." (١)

"(٣٨٩) فصل: وإن خرج وقت الصلاة، وهو فيها، بطل تيممه، وبطلت صلاته؛ لأن طهارته انتهت بانتهاء وقتها، فبطلت صلاته، كما لو انقضت مدة المسح، وهو في الصلاة.

[فصل يبطل التيمم عن الحدث بكل ما يبطل الوضوء]

(٣٩٠) فصل: ويبطل التيمم عن الحدث بكل ما يبطل الوضوء، ويزيد برؤية الماء المقدور على استعماله، وخروج الوقت، وزاد بعض أصحابنا ظن وجود الماء، على ما ذكرنا، وزاد بعضهم ما لو نزع عمامة أو خفا يجوز له المسح عليه؛ فإنه يبطل تيممه. وذكر أن أحمد نص عليه؛ لأنه مبطل للوضوء، فأبطل التيمم، كسائر مبطلاته. والصحيح أن هذا ليس بمبطل للتيمم، وهذا قول سائر الفقهاء؛ لأن التيمم طهارة لم يمسح

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٨/١

فيها عليه، فلا يبطل بنزعه، كطهارة الماء، وكما لو كان الملبوس مما لا يجوز المسح عليه، ولا يصح قولهم: إنه مبطل للوضوء؛ لأن مبطل الوضوء نزع ما هو ممسوح عليه فيه، ولم يوجد هاهنا؛ ولأن إباحة المسح لا يصيِر بها ماسحا، ولا بمنزلة الماسح، كما لو لبس عمامة يجوز المسح عليها، ومسح على رأسه من تحتها، فإنه لا تبطل طهارته بنزعها.

فأما التيمم للجنابة، فلا يبطله إلا رؤية الماء، وخروج الوقت، وموجبات الغسل، وكذلك التيمم لحدث الحيض والنفاس، لا يزول حكمه إلا بحدثهما، أو بأحد الأمرين.

[فصل التيمم لكل ما يتطهر له من نافلة أو مس مصحف]

(٣٩١) فصل: يجوز التيمم لكل ما يتطهر له من نافلة، أو مس مصحف، أو قراءة قرآن، أو سجود تلاوة، أو شكر، أو لبث في مسجد. قال أحمد، يتيمم ويقرأ جزأه. يعني الجنب. وبذلك قال عطاء، ومكحول، والزهري، وربيعة، ويحيى الأنصاري، ومالك، والشافعي، والثوري، وأصحاب الرأي. وقال أبو مخرمة: لا يتيمم إلا لمكتوبة. وكره الأوزاعي أن يمس المتيمم المصحف، **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الصعيد الطيب طهور المسلم، وإن لم يجد الماء عشر سنين» ، وقوله - عليه السلام -: «جعِلت لي الأرض مسجدا وطهورا» ؛ ولأنه يستباح بطهارة الماء، فيستباح بالتيمم، كالمكتوبة.

[فصل كانت على بدنه نجاسة وعجز عن غسلها]

(٣٩٢) فصل: وإن كانت على بدنه نجاسة، وعجز عن غسلها؛ لعدم الماء، أو خوف الضرر باستعماله تيمم لها وصلى. قال أحمد: هو بمنزلة الجنب، يتيمم. وروي معنى ذلك عن الحسن. وروي عن الأوزاعي، والثوري،." (١)

"[فصل هل يكره لعادم الماء جماع زوجته]

(٣٩٥) فصل: وهل يكره للعادم جماع زوجته إذا لم يخف العنت؟ فيه روايتان إحداهما، يكره؛ لأنه يفوت على نفسه طهارة ممكنا بقاؤها. والثانية لا يكره، وهو قول جابر بن زيد، والحسن، وقتادة، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، وابن المنذر. وحكي عن الأوزاعي أنه إن كان بينه وبين أهله أربع ليال، فليصب أهله، وإن كان ثلاث فما دونها، فلا يصبها.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٠٠

والأولى جواز إصابتها من غير كراهة؛ لأن «أبا ذر قال للنبي - صلى الله عليه وسلم -: إني أعزب عن الماء ومعي أهلي، فتصيبني الجنابة فأصلي بغير طهور؟ فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: الصعيد الطيب طهور» . رواه أبو داود والنسائي. وأصاب ابن عباس من جارية له رومية، وهو عادم للماء، وصلى بأصحابه وفيهم عمار، فلم ينكروه. قال إسحاق بن راهويه: هو سنة مسنونة عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في أبي ذر وعمار وغيرهما. فإذا فعلا ووجدا من الماء ما يغسلان به فرجيهما غسلاهما، ثم تيمما، وإن لم يجدا، تيمما للجنابة والحدث الأصغر والنجاسة، وصليا.

[مسألة إذا شد الكسير الجبائر وكان طاهرا ولم يعد بها موضع الكسر]

(٣٩٦) مسألة: قال: (وإذا شد الكسير الجبائر، وكان طاهرا ولم يعد بها موضع الكسر، مسح عليها كلما أحدث، إلى أن يحلها) الجبائر: ما يعد لوضعه على الكسر؛ لينجبر. وقوله: " ولم يعد بها موضع الكسر ". أراد لم يتجاوز الكسر إلا بما لا بد من وضع الجبيرة عليه، فإن الجبيرة إنما توضع على طرفي الصحيح؛ ليرجع الكسر.

قال الخلال: كأن أبا عبد الله استحب أن يتوقى أن يبسط الشد على الجرح بما يجاوزه، ثم سهل في مسألة الميموني والمروذي؛ لأن هذا مما لا ينضبط، وهو شديد جدا، ولا بأس بالمسح على العصائب، كيف شدها. والصحيح ما ذكرناه إن شاء الله؛ لأنه إذا شدها على مكان يستغني عن شدها عليه، كان تاركا لغسل ما يمكنه غسله، من غير ضرر، فلم يجز، كما لو شدها على ما لا كسر فيه، فإذا شدها على طهارة، وخاف الضرر بنزعها، فله أن يمسح عليها، إلى أن يحلها. وممن رأى المسح على العصائب ابن عمر، وعبيد بن عمير، وعطاء. وأجاز المسح على الجبائر الحسن، والنخعي، ومالك، وإسحاق، والمزني، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وقال الشافعي، في أحد قوليه: يعيد كل صلاة صلاها؛ لأن الله تعالى أمر بالغسل، ولم يأت به. **ولنا** ما روى علي - رضي الله عنه - قال: «انكسرت إحدى زندي، فأمرني النبي - صلى الله عليه وسلم - أن أمسح على الجبائر» . رواه ابن ماجه. وحديث جابر في الذي أصابته الشجة ولأنه قول." (١)

"ما على موضع الحاجة يقتضي المسح، والزائد يقتضي التيمم، وكذلك فيما إذا شدها على غير طهارة؛ لأنها مختلف في إباحة المسح عليها. فإذا قلنا لا يمسح عليها. كان فرضها التيمم. وعلى القول

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٠٣

الآخر يكون فرضها المسح، فإذا جمع بينهما خرج من الخلاف، ومذهب الشافعي في الجمع بينهما قولان في الجملة لحديث جابر في الذي أصابته الشجة. **ولنا** أنه محل واحد، فلا يجمع فيه بين بدلين، كالخف؛ ولأنه ممسوح في طهارة، فلم يجب له التيمم، كالخف، وصاحب الشجة، الظاهر أنه لبسها على غير طهارة.

[فصل لا فرق في التيمم بين كون الشد على كسر أو جرح]

(٣٩٩) فصل: ولا فرق بين كون الشد على كسر أو جرح، قال أحمد: إذا توضأ، وخاف على جرحه الماء، مسح على الخرقة. وحديث جابر في صاحب الشجة إنما هو في المسح على عصابة جرح؛ لأن الشجة اسم لجرح الرأس خاصة؛ ولأنه حائل موضع يخاف الضرر بغسله، فأشبه الشد على الكسر. وكذلك إن وضع على جرحه دواء، وخاف من نزعه، مسح عليه. نص عليه أحمد. قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن الجرح يكون بالرجل، يضع، عليه الدواء، فيخاف إن نزع الدواء إذا أراد الوضوء أن يؤذيه؟ قال: ما أدري ما يؤذيه، ولكن إذا خاف على نفسه، أو خوف من ذلك، مسح عليه.

وروى الأثرم، بإسناده عن ابن عمر، أنه خرجت بإبهامه قرحة، فألقمها مرارة، فكان يتوضأ عليها. ولو انقطع ظفر إنسان، أو كان بأصبعه جرح خاف إن أصابه الماء أن يزرق الجرح، جاز المسح عليه. نص عليه أحمد. وقال القاضي، في اللصوق على الجرح: إن لم يكن في نزعه ضرر نزعه، وغسل الصحيح، ويتيمم للجرح، ويمسح على موضع الجرح، فإن كان في نزعه ضرر فحكمه حكم الجبيرة، يمسح عليه.

[فصل كان في رجل المتيمم شق فجعل فيه قيرا]

(٤٠٠) فصل: فإن كان في رجله شق، فجعل فيه قيرا، فقال أحمد ينزعه ولا يمسح عليه. وقال: هذا أهون، هذا لا يخاف منه. فقيل له: متى يسع صاحب الجرح أن يمسح على الجرح؟ فقال: إذا خشي أن يزداد وجعا أو شدة. وتعليل أحمد في القير بسهولته يقتضي أنه متى كان على شيء يخاف منه، جاز المسح عليه، كما قلنا في الإصبع المجروحة إذا جعل عليها مرارة أو عصبها، مسحها. وقال مالك في الظفر يسقط: يكسوه مصطكا، ويمسح عليه. وهو قول أصحاب الرأي.." (١)

"[مسألة لبس خفيه وهو كامل الطهارة ثم أحدث]

(٤٠٣) مسألة: قال أبو القاسم، - رحمه الله -: (ومن لبس خفيه، وهو كامل الطهارة، ثم أحدث، مسح

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٠٥

عليهما) . لا نعلم في اشتراط تقدم الطهارة لجواز المسح خلافا. ووجهه: ما روى المغيرة، قال: «كنت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - في سفر، فأهويت لأنزع خفيه، فقال: دعهما فإني أدخلتهما طاهرتين فمسح عليهما.» متفق عليه. فأما إن غسل إحدى رجليه، فأدخلها الخف، ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف، لم يجز المسح أيضا. وهو قول الشافعي وإسحاق، ونحوه عن مالك.

وحكى بعض أصحابنا رواية أخرى عن أحمد، أنه يجوز المسح. رواها أبو طالب عنه، وهو قول يحيى بن آدم وأبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لأنه أحدث بعد كمال الطهارة واللبس، فجاز المسح، كما لو نزع الخف الأول ثم عاد فلبسه، وقيل أيضا، فيمن غسل رجليه، ولبس خفيه، ثم غسل بقية أعضائه: يجوز له المسح. وذلك مبني على أن الترتيب غير واجب في الوضوء، وقد سبق. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : «دعهما، فإني أدخلتهما طاهرتين» . وفي لفظ لأبي داود: «دع الخفين، فإني أدخلت القدمين الخفين وهما طاهرتان» .

فجعل العلة وجود الطهارة فيهما جميعا وقت إدخالهما، ولم توجد طهارتهما وقت لبس الأول؛ ولأن ما اعتبرت له الطهارة اعتبر له كمالها؛ كالصلاة ومس المصحف؛ ولأن الأول خف ملبوس قبل رفع الحدث، فلم يجز المسح عليه، كما لو لبسه قبل غسل قدميه، ودليل بقاء الحدث أنه لا يجوز له مس المصحف بالعضو المغسول، فأما إذا نزع الخف الأول، ثم لبسه، فقد لبسه بعد كمال الطهارة.

وقول الخرقي: " ثم أحدث " يعني الحدث الأصغر؛ فإن جواز المسح مختص به، ولا يجزئ المسح في جنابة، ولا غسل واجب، ولا مستحب، لا نعلم في هذا خلافا. وقد روى صفوان بن عسال المرادي، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يأمرنا إذا كنا مسافرين، أو سفرا، أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن، إلا من جنابة، لكن من غائط وبول ونوم.» رواه الترمذي. وقال: حديث صحيح

ولأن وجوب الغسل يندر، فلا يشق إيجاب غسل القدم، بخلاف الطهارة الصغرى، ولذلك وجب غسل ما تحت الشعور الكثيفة، وهكذا الحكم في العمامة، وسائر الحوائل، إلا الجبيرة وما في معناها.

[فصل تطهر ثم لبس الخف فأحدث قبل بلوغ الرجل قدم الخف]

(٤٠٤) فصل: فإن تطهر، ثم لبس الخف فأحدث قبل بلوغ الرجل قدم الخف، لم يجز له المسح؛ لأن الرجل حصلت في مقرها وهو محدث، فصار كما لو بدأ اللبس وهو محدث

[فصل تيمم ثم لبس الخف]

(٤٠٥) فصل: فإن تيمم، ثم لبس الخف، لم يكن له المسح؛ لأنه لبسه على طهارة غير كاملة؛ ولأنها طهارة ضرورة،." (١)

"بطلت من أصلها، فصار كاللابس له على غير طهارة؛ ولأن التيمم لا يرفع الحدث، فقد لبسه وهو محدث. وإن تطهرت المستحاضة، ومن به سلس البول، وشبههما، ولبسوا خفافا، فلهم المسح عليها. نص عليه أحمد؛ لأن طهارتهم كاملة في حقهم.

قال ابن عقيل: لأنها مضطرة إلى الترخص، وأحق من يترخص المضطر. فإن انقطع الدم، وزالت الضرورة، بطلت الطهارة من أصلها، ولم يكن لها المسح، كالمتيمم إذا وجد الماء.

[فصل لبس خفين ثم أحدث ثم لبس فوقهما خفين أو جرموقين]

(٤٠٦) فصل: إذا لبس خفين، ثم أحدث، ثم لبس فوقهما خفين أو جرموقين، لم يجز المسح عليهما، بغير خلاف؛ لأنه لبسهما على حدث. وإن مسح على الأولين، ثم لبس الجرموقين، لم يجز المسح عليهما أيضا. ولأصحاب الشافعي وجه في تجويزه؛ لأن المسح قائم مقام غسل القدم. **ولنا** أن المسح على الخف لم يزل الحدث عن الرجل، فكأنه لبسه على حدث؛ ولأن الخف الممسوح عليه بدل والبدل لا يكون له بدل؛ ولأنه لبسه على طهارة غير كاملة، فأشبه المتيمم.

وإن لبس الفوقاني قبل أن يحدث، جاز المسح عليه بكل حال، سواء كان الذي تحته صحيحا أو مخرقا. وهو قول الحسن بن صالح، والثوري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك في إحدى روايتيه، والشافعي في أحد قوليه؛ لأن الحاجة لا تدعو إلى لبسه في الغالب، فلا يتعلق به رخصة عامة، كالجبيرة.

ولنا أنه خف ساتر يمكن متابعة المشي فيه، أشبه المفرد، وكما لو كان الذي تحته مخرقا، وقوله: " الحاجة لا تدعو إليه ". ممنوع فإن البلاد الباردة لا يكفي فيها خف واحد غالبا، ولو سلمنا ذلك، ولكن الحاجة معتبرة بدليلها، وهو الإقدام على اللبس، لا بنفسها، فهو كالخف الواحد.

إذا ثبت هذا فمتى نزع الفوقاني قبل مسحه لم يؤثر ذلك، وكان لبسه كعدمه، وإن نزعه بعد مسحه، بطلت الطهارة، ووجب نزع الخفين وغسل الرجلين؛ لزوال محل المسح. ونزع أحد الخفين كنزعهما؛ لأن الرخصة تعلقت بهما، فصار كانكشاف القدم، ولو أدخل يده من تحت الفوقاني، ومسح الذي تحته جاز؛ لأن كل واحد منهما محل للمسح، فجاز المسح على ما شاء منهما، كما يجوز غسل قدمه في الخف، مع أن له

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٠٧

المسح عليه. ولو لبس أحد الجرموقين في إحدى الرجلين دون الأخرى، جاز المسح عليه، وعلى الخف الذي في الرجل الأخرى؛ لأن الحكم تعلق به وبالخف في الرجل الأخرى، فهو كما لو لم يكن تحته شيء

[فصل لبس خفا مخرقا فوق صحيح]

(٤٠٧) فصل: فإن لبس خفا مخرقا فوق صحيح فعن أحمد جواز المسح. قال، في رواية حرب: الخف المخرق إذا كان في رجليه جورب مسح، وإن كان الخف منخرقا، وأما إن كان تحته لفائف أو خرق، فلا يجوز المسح. نص عليه أحمد في مواضع.." (١)

"رواه أبو داود؛ ولأنه مسح في طهارة فلم يتوقت، كمسح الرأس والجبيرة. **ولنا**: ما روى علي، - رضي الله عنه - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر ويوما وليلة للمقيم» . رواه مسلم، وحديث صفوان بن عسال، وقد ذكرناه، وعن عوف بن مالك الأشجعي، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمر بالمسح على الخفين في غزوة تبوك، ثلاثة أيام ولياليهن للمسافر، ويوما وليلة للمقيم» . رواه الإمام أحمد، وقال: هو أجود حديث في المسح على الخفين؛ لأنه في غزوة تبوك، وهي آخر غزوة غزاها النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو آخر فعله، وحديثهم ليس بالقوي.

قال أبو داود. وفي إسناده مجاهيل منهم: عبد الرحمن بن رزين، وأيوب بن قطن، ومحمد بن زيد. ويحتمل أنه يمسح ما شاء، إذا نزعهما عند انتهاء مدته ثم لبسهما. ويحتمل أنه قال: " وما شئت " من اليوم واليومين والثلاثة. ويحتمل أنه منسوخ بأحاديثنا؛ لأنها متأخرة، لكون حديث عوف في غزوة تبوك، وليس بينها وبين وفاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلا شيء يسير، وقياسهم ينتقض بالتيمم

[فصل انقضاء مدة المسح على الخفين]

(٤١١) فصل: إذا انقضت المدة بطل الوضوء، وليس له المسح إلا أن ينزعهما ثم يلبسهما على طهارة كاملة. وفيه رواية أخرى، أنه يجزئه غسل قدميه، كما لو خلعهما، وسنذكر ذلك والخلاف فيه، إن شاء الله تعالى. وقال الحسن: لا يبطل الوضوء، ويصلي حتى يحدث؛ ثم لا يمسح بعد حتى ينزعهما. وقال داود: ينزع خفيه ولا يصلي فيهما، فإذا نزعهما صلى حتى يحدث؛ لأن الطهارة لا تبطل إلا بحدث، ونزع الخف ليس بحدث، وكذلك انقضاء المدة. **ولنا** أن غسل الرجلين شرط للصلاة، وإنما قام المسح مقامه في

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٠٨

المدة، فإذا انقضت لم يجز أن يقوم مقامه إلا بدليل؛ ولأنها طهارة لا يجوز ابتداؤها، فيمنع من استدامتها، كالمتيمم عند رؤية الماء.

[مسألة خلع خفيه بعد المسح عليهما]

(٤١٢) مسألة: قال: (فإن خلع قبل ذلك أعاد الوضوء) يعني قبل انقضاء المدة إذا خلع خفيه بعد المسح عليهما، بطل وضوءه. وبه قال النخعي، والزهري، ومكحول، والأوزاعي، وإسحاق، وهو أحد قولي الشافعي. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه يجزئه غسل قدميه. وهو مذهب أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي؛ لأن مسح الخفين ناب عن غسل الرجلين خاصة، فظهورهما يبطل ما ناب عنه، كالتيمم إذا بطل برؤية الماء وجب ما ناب عنه. وهذا الاختلاف مبني على وجوب الموالاة في الوضوء، فمن أجاز التفريق جوز غسل القدمين؛ لأن سائر أعضائه مغسولة، ولم يبق إلا غسل قدميه، فإذا غسلهما كمل وضوءه.

ومن منع التفريق أبطل وضوءه؛ لفوات الموالاة، فعلى هذا، لو خلع الخفين قبل جفاف الماء عن يديه، أجزأه غسل قدميه، وصار." [1]

"كأنه خلعهما قبل مسحه عليهما. وقال الحسن، وقتادة، وسليمان بن حرب: لا يتوضأ ولا يغسل قدميه؛ لأنه أزال الممسوح عليه بعد كمال الطهارة، فأشبه ما لو حلق رأسه بعد المسح عليه، أو قلم أظفاره بعد غسلها؛ ولأن النزع ليس بحدث، والطهارة لا تبطل إلا بالحدث. **ولنا** أن الوضوء بطل في بعض الأعضاء، فبطل في جميعها، كما لو أحدث، وما ذكروه يبطل بنزع أحد الخفين، فإنه يبطل الطهارة في القدمين جميعا، وإنما ناب مسحه عن إحداهما. وأما التيمم عن بعض الأعضاء إذا بطل، فقد سبق القول فيه في موضعه.

وحكي عن مالك أنه إذا خلع خفيه، غسل قدميه مكانه، وصحت طهارته. وإن أخره، استأنف الطهارة؛ لأن الطهارة كانت صحيحة في جميع الأعضاء إلى حين نزع الخفين، أو انقضاء المدة، وإنما بطلت في القدمين خاصة، فإذا غسلهما عقيب النزع، لم تفت الموالاة؛ لقرب غسلهما من الطهارة الصحيحة في بقية الأعضاء، بخلاف ما إذا تراخى غسلهما.

ولا يصح؛ لأن المسح قد بطل حكمه، وصار إلى أن نضيف الغسل إلى الغسل، فلم يبق للمسح حكم؛ ولأن الاعتبار في الموالاة إنما هو لقرب الغسل من الغسل، لا من حكمه، فإنه متى زال حكم الغسل بطلت

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٢١٠

الطهارة، ولم ينفع قرب الغسل شيئا؛ لكون الحكم لا يعود بعد زواله إلا بسبب جديد.

[فصل نزع العمامة بعد مسحها]

(٤١٣) فصل: وإن نزع العمامة بعد مسحها، بطلت طهارته أيضا. وعلى الرواية الأخرى، يلزمه مسح رأسه، وغسل قدميه؛ ليحصل الترتيب. ولو نزع الجبيرة بعد مسحها، فهو كنزع العمامة، إلا أنه إن كان مسح عليها في غسل يعم البدن، لم يحتج إلى إعادة غسل ولا وضوء؛ لأن الترتيب والموالاة ساقطان فيه

[فصل نزع أحد الخفين كنزعهما]

(٤١٤) فصل: ونزع أحد الخفين كنزعهما في قول أكثر أهل العلم منهم: مالك، والثوري، والأوزاعي، وابن المبارك، والشافعي، وأصحاب الرأي. ويلزمه نزع الآخر، وقال الزهري: يغسل القدم الذي نزع الخف منه، ويمسح الآخر؛ لأنهما عضوان، فأشبها الرأس والقدم، **ولنا** أنهما في الحكم كعضو واحد، ولهذا لا يجب ترتيب أحدهما على الآخر، فيبطل مسح أحدهما بظهور الآخر، كالرجل الواحدة، وبهذا فارق الرأس والقدم.

[فصل انكشاف بعض القدم من خرق كنزع الخف]

(٤١٥) فصل: وانكشاف بعض القدم من خرق كنزع الخف. فإن انكشفت ظهارته، وبقيت بطانته، لم تضر؛ لأن القدم مستورة بما يتبع الخف في البيع، فأشبه ما لو لم ينكشط." [١]

"[فصل أخرج رجله إلى ساق الخف]

(٤١٦) فصل: وإن أخرج رجله إلى ساق الخف، فهو كخلعه. وبهذا قال إسحاق، وأصحاب الرأي. وقال الشافعي لا يبين لي أن عليه الوضوء؛ لأن الرجل لم تظهر. وحكى أبو الخطاب في " رءوس المسائل "، عن أحمد رواية أخرى كذلك **ولنا**، أن استقرار الرجل في الخف شرط جواز المسح، بدليل ما لو أدخل الخف، فأحدث قبل استقرارها فيه، لم يكن له المسح، فإذا تغير الاستقرار زال شرط جواز المسح، فيبطل المسح لزوال شرطه، كزوال استتاره وإن كان إخراج القدم إلى ما دون ذلك، لم يبطل المسح؛ لأنها لم تزل عن مستقرها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١١/١

[فصل لبس الخفين وهو يدافع الأخبثين أو أحدهما]

(٤١٧) فصل: كره أحمد لبس الخفين وهو يدافع الأخبثين أو أحدهما؛ لأن الصلاة مكروهة بهذه الطهارة، واللبس يراد ليمسح عليه للصلاة. وكان إبراهيم النخعي إذا أراد أن يبول لبس خفيه ولا يرى الأمر في ذلك واسعا؛ لأن الطهارة كاملة، فأشبه ما لو لبسه إذا خاف غلبة النعاس، وإنما كرهت الصلاة؛ لأن اشتغال قلبه بمدافعة الأخبثين يذهب بخشوع الصلاة، ويمنع الإتيان بها على الكمال، وربما حمله ذلك على العجلة فيها، ولا يضر ذلك في اللبس.

[مسألة أحدث وهو مقيم فلم يمسح على خفيه حتى سافر]

(٤١٨) مسألة: قال: (ولو أحدث وهو مقيم، فلم يمسح حتى سافر، أتم على مسح مسافر منذ كان الحدث) لا نعلم بين أهل العلم خلافا، في أن من لم يمسح حتى سافر، أنه يتم مسح المسافر؛ وذلك لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليهن» وهو حال ابتدائه بالمسح كان مسافرا. وقوله: " منذ كان الحدث " يعني ابتداء المدة من حين أحدث بعد لبس الخف. هذا ظاهر مذهب أحمد وهو مذهب الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وروي عن أحمد رواية أخرى، أن ابتداءها من حين مسح بعد أن أحدث ويروى ذلك عن عمر - رضي الله عنه - فروى الخلال عنه، أنه قال امسح إلى مثل ساعتك التي مسحت، وفي لفظ، قال: يمسح المسافر إلى الساعة التي توضأ فيها.

واحتج أحمد بظاهر الحديث، قوله: يمسح المسافر على خفيه ثلاثة أيام ولياليهن ". ولأن ما قبل المسح مدة لم تبح الصلاة بمسح الخف فيها. فلم تحسب من المدة، كما قبل الحدث وقال الشعبي، وأبو ثور، وإسحاق: يمسح المقيم خمس صلوات، لا يزيد عليها. **ولنا**: ما نقله القاسم بن زكريا المطرز، في حديث صفوان: «من الحدث إلى الحدث» ؛ ولأن ما بعد الحدث زمان يستباح فيه المسح، فكان من وقته، كبعد المسح، والخبر أراد أنه يستبيح المسح دون فعله. والله أعلم.." [١]

"في أثنائها، غلب حكم الحضر، كالصلاة. فعلى هذا لو مسح أكثر من يوم وليلة، ثم دخل في الصلاة، فنوى الإقامة في أثنائها، بطلت صلاته؛ لأنه قد بطل المسح، فبطلت طهارته، فبطلت صلاته لبطلانها، ولو تلبس بالصلاة في سفينة، فدخلت البلد في أثنائها، بطلت صلاته لذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢١٢

[مسألة لا يمسح إلا على خفين أو ما يقوم مقامهما]

(٤٢٢) مسألة: قال: (ولا يمسح إلا على خفين، أو ما يقوم مقامهما؛ من مقطوع أو ما أشبهه، مما يجاوز الكعبين) . معناه والله أعلم، يقوم مقام الخفين في ستر محل الفرض، وإمكان المشي فيه، وثبوته بنفسه. والمقطوع هو الخف القصير الساق؛ وإنما يجوز المسح عليه إذا كان ساترا لمحل الفرض، لا يرى منه الكعبان؛ لكونه ضيقا أو مشدودا، وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. ولو كان مقطوعا من دون الكعبين، لم يجز المسح عليه.

وهذا الصحيح عن مالك. وحكي عنه، وعن الأوزاعي، جواز المسح؛ لأنه خف يمكن متابعة المشي فيه، فأشبه الساتر، **ولنا** أنه لا يستر محل الفرض، فأشبه اللالكة والنعلين.

[فصل لو كان للخف قدم وله شرج محاذ لمحل الفرض]

(٤٢٣) فصل: ولو كان للخف قدم وله شرج محاذ لمحل الفرض، جاز المسح عليه، إذا كان الشرج مشدودا يستر القدم، ولم يكن فيه خلل يبين منه محل الفرض. وقال أبو الحسن الآمدي: لا يجوز، **ولنا** أنه خف ساتر يمكن متابعة المشي فيه، فأشبه غير ذي الشرج.

[فصل كان الخف محرما كالقصب والحرير]

(٤٢٤) فصل: فإن كان الخف محرما؛ كالقصب والحرير، لم يستبح المسح عليه في الصحيح من المذهب، وإن مسح عليه، وصلى، أعاد الطهارة والصلاة؛ لأنه عاص بلبسه، فلم تستبح به الرخصة، كما لا يستبيح المسافر رخص السفر لسفر المعصية. ولو سافر لمعصية لم يستبح المسح أكثر من يوم وليلة؛ لأن يوما وليلة غير مختصة بالسفر، ولا هي من رخصه، فأشبه غير الرخص، بخلاف ما زاد على يوم وليلة؛ فإنه من رخص السفر، فلم يستبحه بسفر المعصية، كالقصر والجمع.

[فصل المسح على كل خف ساتر]

(٤٢٥) فصل: ويجوز المسح على كل خف ساتر، يمكن متابعة المشي فيه، سواء كان من جلود أو لبود وما أشبههما. فإن كان خشبا أو حديدا أو نحوهما، فقال بعض أصحابنا: لا يجوز المسح عليها؛ لأن." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢١٤

"الرخصة وردت في الخفاف المتعارفة للحاجة، ولا تدعو الحاجة إلى المسح على هذه في الغالب.
وقال القاضي: قياس المذهب جواز المسح عليها؛ لأنه خف ساتر يمكن المشي فيه، أشبه الجلود.

[المسح على الجورب الصفيق الذي لا يسقط إذا مشى فيه]

(٤٢٦) مسألة: قال: (وكذلك الجورب الصفيق الذي لا يسقط إذا مشى فيه) إنما يجوز المسح على الجورب بالشرطين اللذين ذكرناهما في الخف، أحدهما أن يكون صفيقا، لا يبدو منه شيء من القدم. الثاني أن يمكن متابعة المشي فيه. هذا ظاهر كلام الخرقي. قال أحمد في المسح على الجوربين بغير نعل: إذا كان يمشي عليهما، ويثبتان في رجليه، فلا بأس.

وفي موضع قال: يمسح عليهما إذا ثبتا في العقب. وفي موضع قال: إن كان يمشي فيه فلا ينثني، فلا بأس بالمسح عليه، فإنه إذا انثنى ظهر موضع الوضوء. ولا يعتبر أن يكونا مجلدين، قال أحمد: يذكر المسح على الجوربين عن سبعة، أو ثمانية، من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.

وقال ابن المنذر: ويروى إباحة المسح على الجوربين عن تسعة من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -؛ علي، وعمار، وابن مسعود، وأنس، وابن عمر، والبراء، وبلال، وابن أبي أوفى، وسهل بن سعد، وبه قال عطاء، والحسن وسعيد بن المسيب، والنخعي، وسعيد بن جبير، والأعمش، والثوري، والحسن بن صالح، وابن المبارك، وإسحاق، ويعقوب، ومحمد. وقال أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعي، ومجاهد، وعمرو بن دينار، والحسن بن مسلم، والشافعي: لا يجوز المسح عليهما، إلا أن ينعلا؛ لأنهما لا يمكن متابعة المشي فيهما، فلم يجز المسح عليهما، كالرقيقين **ولنا**: ما روى المغيرة بن شعبة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - مسح على الجوربين والنعلين» .

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وهذا يدل على أن النعلين لم يكونا عليهما؛ لأنهما لو كانا كذلك لم يذكر النعلين، فإنه لا يقال: مسحت على الخف ونعله؛ ولأن الصحابة - رضي الله عنهم -، مسحوا على الجوارب، ولم يظهر لهم مخالف في عصرهم، فكان إجماعا؛ ولأنه ساتر لمحل الفرض، يثبت في القدم، فجاز المسح عليه، كالنعل. وقولهم: لا يمكن متابعة المشي فيه. قلنا: لا يجوز المسح عليه إلا أن يكون مما يثبت بنفسه، ويمكن متابعة المشي فيه. فأما الرقيق فليس بساتر.

[فصل المسح على جورب الخرق]

(٤٢٧) فصل: وقد سئل أحمد عن جورب الخرق، يمسح عليه؟ فكره الخرق. ولعل أحمد كرهها؛ لأن الغالب." [1]

"عليها الخفة، وأنها لا تثبت بأنفسها. فإن كانت مثل جورب الصوف في الصفاقة والثبوت، فلا فرق. وقد قال أحمد، في موضع: لا يجزئه المسح على الجورب حتى يكون جوربا صفيقا، يقوم قائما في رجله لا ينكسر مثل الخفين، إنما مسح القوم على الجوربين أنه كان عندهم بمنزلة الخف، يقوم مقام الخف في رجل الرجل، يذهب فيه الرجل ويجيء

[مسألة إن كان يثبت بالنعل مسح فإذا خلع النعل انتقضت الطهارة]

(٤٢٨) مسألة: قال: (وإن كان يثبت بالنعل مسح، فإذا خلع النعل انتقضت الطهارة) . يعني أن الجورب إذا لم يثبت بنفسه، وثبت بلبس النعل، أبيح المسح عليه، وتنتقض الطهارة بخلع النعل؛ لأن ثبوت الجورب أحد شرطي جواز المسح، وإنما حصل بلبس النعل، فإذا خلعها زال الشرط، فبطلت الطهارة. كما لو ظهر القدم. والأصل في هذا حديث المغيرة. وقوله: " مسح على الجوربين والنعلين ". قال القاضي: ويمسح على الجورب والنعل، كما جاء الحديث. والظاهر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما مسح على سيور النعل التي على ظاهر القدم، فأما أسفله وعقبه فلا يسن مسحه من الخف، فكذلك من النعل

[مسألة كان في الخف خرق يبدو منه بعض القدم]

(٤٢٩) مسألة: قال: (وإذا كان في الخف خرق يبدو منه بعض القدم، لم يجز المسح عليه) وجملته أنه إنما يجوز المسح على الخف ونحوه، إذا كان ساترا لمحل الفرض، فإن ظهر من محل الفرض شيء، لم يجز المسح، وإن كان يسيرا من موضع الخرز أو من غيره، إذا كان يرى منه القدم. وإن كان فيه شق ينضم ولا يبدو منه القدم، لم يمنع جواز المسح. نص عليه. وهو مذهب معمر، وأحد قولي الشافعي. وقال الثوري، ويزيد بن هارون، وإسحاق، وابن المنذر: يجوز المسح على كل خف. وقال الأوزاعي: يمسح على الخف المخرق، وعلى ما ظهر من رجله.

وقال أبو حنيفة: إن تخرق قدر ثلاث أصابع، لم يجز، وإن كان أقل، جاز، ونحوه قال الحسن، وقال مالك: إن كثر وتفاحش، لم يجز، وإلا جاز. وتعلقوا بعموم الحديث، وبأنه خف يمكن متابعة المشي فيه،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢١٥

فأشبه الصحيح؛ ولأن الغالب على خفاف العرب كونها مخرقة. وقد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بمسحها من غير تفصيل، فينصرف إلى الخفاف الملبوسة عندهم غالبا، **ولنا** أنه غير ساتر للقدم، فلم يجز المسح عليه، كما لو كثر وتفاحش، أو قياسا على غير الخف؛ ولأن حكم ما ظهر الغسل، وما استتر المسح، فإذا اجتمعا، غلب حكم الغسل، كما لو انكشفت إحدى قدميه

[فصل المسح على اللفائف والخرق]

(٤٣٠) فصل: ولا يجوز المسح على اللفائف والخرق. نص عليه أحمد. وقيل له: إن أهل الجبل يلفون على." [١]

"أرجلهم لفائف إلى نصف الساق؟ قال: لا يجزئه المسح على ذلك، إلا أن يكون جوربا. وذلك أن اللفافة لا تثبت بنفسها، إنما تثبت بشدها، ولا نعلم في هذا خلافا.

[مسألة يمسح على ظاهر القدم]

(٤٣١) مسألة: قال: (ويمسح على ظاهر القدم) . السنة مسح أعلى الخف دون أسفله وعقبه، فيضع يده على موضع الأصابع، ثم يجرها إلى ساقه خطا بأصابعه. وإن مسح من ساقه إلى أصابعه جاز، والأول المسنون ولا يسن مسح أسفله، ولا عقبه. بذلك قال عروة، وعطاء، والحسن، والنخعي، والثوري، الأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، وابن المنذر وروي عن سعد أنه كان يرى مسح ظاهره وباطنه. وروي أيضا عن ابن عمر، وعمر بن عبد العزيز، والزهري، ومكحول، وابن المبارك، ومالك، والشافعي، لما روى المغيرة بن شعبة، قال: «وضأت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فمسح أعلى الخف وأسفله» . رواه ابن ماجه؛ ولأنه يحاذي محل الفرض، فأشبه ظاهره.

ولنا قول علي - رضي الله عنه -: «لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من ظاهره، وقد رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يمسح ظاهر خفيه» . رواه أبو داود. وعن المغيرة قال: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يمسح على الخفين على ظاهرهما» . رواه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. وعن عمر، قال: «رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - يأمر بالمسح على ظاهر الخفين إذا لبسهما وهما طاهرتان.» رواه الخلال بإسناده. ولأن باطنه ليس بمحل لفرض المسح،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢١٦

فلم يكن محلا لمسنونه، كساقه؛ ولأن مسحه غير واجب، ولا يكاد يسلم من مباشرة أذى فيه، تتنجس يده به، فكان تركه أولى، وحديثهم معلول، قاله الترمذي قال: وسألت أبا زرعة، ومحمدا - عنه فقالا: ليس بصحيح. وقال أحمد: هذا من وجه ضعيف، رواه رجاء بن حيوة، عن وراد كاتب المغيرة، ولم يلقه. وأسفل الخف ليس بمحل لفرض المسح، بخلاف أعلاه.

[فصل المجزئ في المسح على الخفين]

(٤٣٢) فصل: والمجزئ في المسح أن يمسح أكثر مقدم ظاهره خطوطا بالأصابع، وقال الشافعي: يجزئه أقل ما يقع عليه اسم المسح؛ لأنه أطلق لفظ المسح، ولم ينقل فيه تقدير، فوجب الرجوع إلى ما يتناوله الاسم. وقال أبو حنيفة: يجزئه قدر ثلاث أصابع؛ لقول الحسن: سنة المسح خطط بالأصابع. فينصرف إلى سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - وأقل لفظ الجمع ثلاث، **ولنا** أن لفظ المسح ورد مطلقا، وفسره النبي بفعله، فيجب الرجوع إلى تفسيره، وقد روى الخلال، بإسناده، عن المغيرة بن شعبة، فذكر وضوء النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: ثم «توضأ، ومسح على الخفين، فوضع يده اليمنى على خفه الأيمن، ووضع يده اليسرى على خفه الأيسر، ثم مسح." (١)

"أعلاهما مسحة واحدة، حتى كأني أنظر إلى أثر أصابعه على الخفين» .

قال ابن عقيل: سنة المسح هكذا، أن يمسح خفيه بيديه اليمنى لليمنى واليسرى لليسرى، وقال أحمد: كيفما فعله فهو جائز، باليد الواحدة أو باليدين، وقول الحسن، مع ما ذكرنا، لا يتنافيان.

[فصل المسح على الخفين بخرقة أو خشبة]

(٤٣٣) فصل: فإن مسح بخرقة أو خشبة، احتمل الإجزاء؛ لأنه مسح على خفيه، واحتمل المنع؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - مسح بيده. وإن مسح بإصبع أو إصبعين، أجزأه إذا كرر المسح بها، حتى يصير مثل المسح بأصابعه. وقيل لأحمد: يمسح بالراحتين أو بالأصابع؟ قال: بالأصابع. قيل له: أيجزئه بإصبعين؟ قال: لم أسمع.

[فصل غسل الخف]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٧/١

(٤٣٤) فصل: وإن غسل الخف، فتوقف أحمد، وأجازه ابن حامد؛ لأنه أبلغ من المسح. وقال القاضي: لا يجزئه؛ لأنه أمر بالمسح، ولم يفعله، فلم يجزه، كما لو طرح التراب على وجهه ويديه في التيمم، لكن إن أمر يديه على الخفين في حال الغسل، أو بعده أجزأه؛ لأنه قد مسح.

[مسألة مسح أسفل الخف دون أعلاه]

(٤٣٥) مسألة: قال: (وإن مسح أسفله دون أعلاه، لم يجزه) لا نعلم أحدا قال: يجزئه مسح أسفل الخف، إلا أشهب من أصحاب مالك، وبعض أصحاب الشافعي؛ لأنه مسح بعض ما يحاذي محل الفرض، فأجزأه، كما لو مسح ظاهره. والمنصوص عن الشافعي، أنه لا يجزئه؛ لأنه ليس محلا لفرض المسح، فلم يجزئ مسحه كالساق، وقد ذكرنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما مسح ظاهر الخف ولا خلاف في أنه يجزئ مسح ظاهره، قال ابن المنذر: لا أعلم أحدا يقول بالمسح على الخفين يقول: لا يجزئ المسح على أعلى الخف

[فصل المسح على عقب الخف]

(٤٣٦) فصل: والحكم في المسح على عقب الخف كالحكم في مسح أسفله؛ لأنه ليس بمحل لفرض المسح، فهو كأسفله

[مسألة الرجل والمرأة في المسح على الخفاف سواء]

(٤٣٧) مسألة: قال: والرجل والمرأة في ذلك سواء يعني في المسح على الخفاف، وسائر أحكامه وشروطه؛ لعموم الخبر؛ ولأنه مسح أقيم مقام الغسل، فاستوى فيه الرجال والنساء، كالتيمم، ولا فرق بين المستحاضة ومن به سلس البول وغيرهما. وقال بعض الشافعية: ليس لهما أن يمسحا على الخف أكثر من وقت صلاة؛ لأن الطهارة التي لبسا الخف عليها لا يستباح بها أكثر من ذلك، **ولنا** عموم قوله - عليه السلام -: «يمسح المقيم يوما وليلة، والمسافر ثلاثة أيام ولياليهن» . ولأن." [1]

"ذلك إلا توقيفا، وقال مالك بن أنس: ليس لأقله حد، يجوز أن يكون ساعة؛ لأنه لو كان لأقله حد، لكانت المرأة لا تدع الصلاة حتى يمضي ذلك الحد. **ولنا** أنه ورد في الشرع مطلقا من غير تحديد، ولا

(١) المغني لابن قدامة ١/٢١٨

حد له في اللغة، ولا في الشريعة، فيجب الرجوع فيه إلى العرف والعادة، كما في القبض، والإحراز، والتفرق، وأشباهها، وقد وجد حيض معتاد يوما، قال عطاء: رأيت من النساء من تحيض يوما، وتحيض خمسة عشر. وقال أحمد: حدثني يحيى بن آدم، قال: سمعت شريكا يقول: عندنا امرأة تحيض كل شهر خمسة عشر يوما حيضا مستقيما.

وقال ابن المنذر: قال الأوزاعي: عندنا امرأة تحيض غدوة وتطهر عشيا. يرون أنه حيض تدع له الصلاة. وقال الشافعي رأيت امرأة أثبت لي عنها أنها لم تزل تحيض يوما لا تزيد عليه، وأثبت لي عن نساء أنهن لم يزلن يحضن أقل من ثلاثة أيام. وذكر إسحاق بن راهويه عن بكر بن عبد الله المزني، أنه قال: تحيض امرأتي يومين. قال إسحاق: وقالت امرأة من أهلنا معروفة: لم أفطر منذ عشرين سنة في شهر رمضان إلا يومين. وقولهن يجب الرجوع إليه، لقوله تعالى ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ [البقرة: ٢٢٨] فلولا أن قولهن مقبول ما حرم عليهن الكتمان، وجرى ذلك مجرى قوله: ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾ [البقرة: ٢٨٣] .

ولم يوجد حيض أقل من ذلك عادة مستمرة في عصر من الأعصار، فلا يكون حيضا بحال. وحديث واثلة يرويه محمد بن أحمد الشامي، وهو ضعيف، عن حماد بن المنهال، وهو مجهول. وحديث أنس يرويه الجلد بن أيوب، وهو ضعيف. قال ابن عيينة: هو حديث لا أصل له. وقال أحمد في حديث أنس: ليس هو شيئا هذا من قبل الجلد بن أيوب، قيل: إن محمد بن إسحاق رواه، وقال: ما أراه سمعه إلا من الحسن بن دينار. وضعفه جدا. قال: وقال يزيد بن زريع: ذاك أبو حنيفة لم يحتج إلا بالجلد بن أيوب، وحديث الجلد قد روي عن علي - رضي الله عنه - م، يعارضه. فإنه قال: ما زاد على خمسة عشر استحاضة ، وأقل الحيض يوم وليلة

[فصل أقل الطهر بين الحيضتين]

(٤٤٨) فصل: وأقل الطهر بين الحيضتين ثلاثة عشر يوما؛ لأن كلام أحمد لا يختلف أن العدة تصح أن تنقضي في شهر واحد إذا قامت به البينة. وقال إسحاق: توقيت هؤلاء بالخمسة عشر باطل. وقال أبو بكر: أقل الطهر مبني على أكثر الحيض، فإن قلنا أكثره خمسة عشر يوما، فأقل الطهر خمسة عشر، وإن قلنا أكثره سبعة عشر، فأقل الطهر ثلاثة عشر. وهذا كأنه بناه على أن شهر المرأة لا يزيد على ثلاثين يوما، يجتمع لها فيه حيض وطهر، وأما إذا زاد شهرها على ذلك تصور أن يكون حيضها سبعة عشر، وطهرها خمسة عشر وأكثر.

وقال مالك، والثوري، والشافعي، وأبو حنيفة: أقل الطهر خمسة عشر. وذكر أبو ثور أن ذلك لا يختلفون فيه،." (١)

"على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: لتنظر عدة الأيام والليالي التي كانت تحيضهن قبل أن يصيبها الذي أصابها، فلتترك الصلاة قدر ذلك من الشهر، فإذا خلفت ذلك فلتغتسل، ثم لتستثفر بثوب ثم لتصل» . رواه أبو داود، والنسائي، وابن ماجه. وهو أحد الأحاديث الثلاثة التي قال الإمام أحمد: إن الحيض يدور عليها.

ولنا ما روت عائشة، قالت: «جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقالت: يا رسول الله، إني أستحاض، فلا أطهر، أفأدع الصلاة؟ فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: إنما ذلك عرق، وليس بالحيضة، فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة، فإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم، وصلي» . متفق عليه. وللنسائي وأبي داود: «إذا كان دم الحيض فإنه دم أسود يعرف، فأمسكي عن الصلاة، فإذا كان الآخر فتوضئي فإنما هو عرق» . وقال ابن عباس: أما ما رأت الدم البحراني فإنها تدع الصلاة. وقال: إنها والله لن ترى الدم الذي هو الدم بعد أيام محيضها إلا كغسالة ماء اللحم. وحديث أم سلمة إنما يدل على اعتبار العادة، ولا نزاع فيه. وحديث فاطمة هو أحد الثلاثة التي يدور عليها الحيض.

[فصل المميزة إذا عرفت التمييز]

(٤٥٠) فصل: ظاهر كلام الخرقي أن المميزة إذا عرفت التمييز جلسته من غير اعتبار تكرار. وهو ظاهر كلام أحمد فيما رويناه عنه. وكذلك قال ابن عقيل؛ لأن معنى التمييز أن يتميز أحد الدمين عن الآخر في الصفة، وهذا يوجد بأول مرة. وبهذا قال الشافعي.

وقال القاضي وأبو الحسن الآمدي: إنما تجلس المميزة من التمييز ما تكرر مرتين أو ثلاثا، بناء على الروايتين، فيما تثبت به العادة. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة، فإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم، وصلي» . أمرها بترك الصلاة إذا أقبلت الحيضة من غير اعتبار أمر آخر، ثم مده إلى حين إدباره؛ ولأن التمييز أمارة بمجرده، فلم يحتج إلى ضم غيره إليه، كالعادة، وعند القاضي: إنما تجلس من التمييز ما وافق العادة؛ لأنه يعتبر التكرار، ومتى تكرر صار عادة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٢٥

[فصل فإن لم يكن الدم الأسود مختلفا]

(٤٥١) فصل: فإن لم يكن الأسود مختلفا، مثل أن ترى في كل شهر ثلاثة أسود، ثم يصير أحمر، ويعبر أكثر الحيض، فالأسود وحده حيض. ولو لم يعبر أكثر الحيض كان جميع الدم حيضا؛ لأنه دم أمكن أن يكون حيضا، فكان حيضا، كما لو كان كله أحمر.

وإن كان مختلفا، مثل أن يرى في الشهر الأول خمسة." (١)

"يوما أو أكثر، لم يتغير الحكم الذي ذكرناه؛ لأن الأحمر محكوم بأنه استحاضة، مع اتصاله بالأسود، فمع انفصاله عنه أولى.

[فصل إذا رأت الدم في شهر خمسة أسود ثم صار أحمر واتصل]

(٤٥٣) فصل: إذا رأت في شهر خمسة أسود، ثم صار أحمر، واتصل، وفي الثاني كذلك، ثم صار الثالث كله أحمر، ثم رأت في الرابع مثل الأول، ثم رأت في الخامس خمسة أحمر، ثم صار أسود واتصل، فحيضها الأسود من الأول والثاني والرابع.

وأما الثالث والخامس فلا تمييز لها فيهما؛ لأن حكم الأسود في الخامس سقط لعبوره. فإن قلنا العادة تثبت بمرتين جلست ذلك من الأشهر الثلاثة، وهي الثالث والرابع والخامس وإن قلنا لا تثبت إلا بثلاثة، جلست ذلك من الخامس؛ لأنها قد رأت ذلك في ثلاثة أشهر، وقيل: لا تثبت لها عادة، وتجلس ما تجلسه من الخامس من الدم الأسود؛ لأنه أشبه بدم الحيض.

[فصل إذا رأت الدم في كل شهر خمسة عشر يوما دما أسود وخمسة عشر أحمر]

(٤٥٤) فصل: إذا رأت في كل شهر خمسة عشر يوما دما أسود، وخمسة عشر أحمر، فالأسود كله حيض؛ لأنه يصلح أن يكون حيضا، وقد رأت فيه أمارة الحيض، فيثبت كونه حيضا.

[مسألة لم يكن دمها منفصلا وكانت لها أيام من الشهر تعرفها]

(٤٥٥) مسألة: قال (فإن لم يكن دمها منفصلا، وكانت لها أيام من الشهر تعرفها، أمسكت عن الصلاة فيها، واغتسلت إذا جاوزتها) هذا القسم الثاني: وهي من لها عادة ولا تمييز لها؛ لكون دمها غير منفصل، أي على صفة لا تختلف ولا يتميز بعضه من بعض، على ما ذكرناه في المميزة وكذلك إن كان منفصلا إلا

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٢٧

أن الدم الذي يصلح للحيض دون أقل الحيض أو فوق أكثره، فهذه لا تمييز لها. فإذا كانت لها عادة قبل أن تستحاض، جلست أيام عادتها، واغتسلت عند انقضائها، ثم تتوضأ بعد ذلك لوقت كل صلاة، وتصلي. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا اعتبار بالعادة، إنما الاعتبار بالتمييز، فإن لم تكن مميزة استطهرت بعد زمان عادتها بثلاثة أيام، إن لم تجاوز خمسة عشر يوما، وهي بعد ذلك مستحاضة.

واحتج بحديث فاطمة الذي ذكرناه، ولنا حديث أم سلمة، وقد روي في حديث فاطمة «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لها: دعي الصلاة قدر الأيام التي كنت تحيضين فيها ثم اغتسلي وصلي.» متفق عليه وفي لفظ قال: «فإذا أقبلت الحيضة فاتركي الصلاة، فإذا ذهب قدرها فاغسلي عنك الدم، وصلي» متفق عليه

وروت أم." (١)

"حبيبة أنها سألت النبي – صلى الله عليه وسلم – عن الدم؟ فقال لها «امكثي قدر ما كانت تحبسك حيضتك، ثم اغتسلي، وصلي» رواه مسلم وروى عدي بن ثابت عن أبيه، عن جده عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال في «المستحاضة: تدع الصلاة أيام أقرائها، ثم تغتسل، وتصوم وتصلي، وتتوضأ عند كل صلاة» أخرجه أبو داود والترمذي ولا حجة له في الحديث على ترك العادة في حق من لا تمييز لها.

[فصل العادة في الحيض لا تثبت بمرة]

(٤٥٦) فصل: ولا يختلف المذهب أن العادة لا تثبت بمرة وظاهر مذهب الشافعي أنها تثبت بمرة. وقال بعضهم: تثبت بمرتين؛ لأن المرأة التي استفتت لها أم سلمة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ردها إلى الشهر الذي يلي شهر الاستحاضة؛ ولأن ذلك أقرب إليها، فوجب ردها إليه، ولنا أن العادة مأخوذة من المعاودة، ولا تحصل المعاودة بمرة واحدة، والحديث حجة لنا؛ لأنه قال «لتنظر عدة الليالي والأيام التي كانت تحيضهن من الشهر قبل أن يصيبها الذي أصابها» .

" وكان " يخبر بها عن دوام الفعل وتكراره، ولا يحصل ذلك بمرة ولا يقال لمن فعل شيئا مرة: كان يفعل. وفي الحديث الآخر: «تدع الصلاة أيام أقرائها» . والأقراء جمع، وأقله ثلاثة، وسائر الأحاديث الدالة على العادة تدل على هذا، ولا نفهم من اسم العادة فعل مرة بحال. واختلفت الرواية: هل تثبت بمرتين أو ثلاث؟ فعنه أنها تثبت بمرتين؛ لأنها مأخوذة من المعاودة، وقد عاودتها في المرة الثانية. وعنه لا تثبت إلا بثلاث؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٩/١

لظاهر الأحاديث؛ ولأن العادة لا تطلق إلا على ما كثر، وأقله ثلاثة؛ ولأن أكثر ما يعتبر له التكرار اعتبر ثلاثا، كأيام الخيار في المصراة.

[فصل تثبت العادة في الحيض بالتمييز]

(٤٥٧) فصل: وتثبت العادة بالتمييز، فإذا رأت دما أسود خمسة أيام في ثلاثة أشهر أو شهرين على الرواية الأخرى، ثم صار، أحمر، واتصل، ثم صار في سائر الأشهر دما مبهما، كانت عادتها زمن الدم الأسود.

[فصل العادة في الحيض على ضربين متفقة ومختلفة]

(٤٥٨) فصل: والعادة على ضربين: متفقة، ومختلفة، فالمتفقة أن تكون أياما متساوية، كأربعة في كل شهر، فإذا استحيضت جلست الأربعة فقط، وأما المختلفة فإن كانت على ترتيب، مثل إن كانت ترى في شهر ثلاثة، وفي الثاني أربعة، وفي الثالث خمسة، ثم تعود إلى ثلاثة، ثم إلى أربعة على ما كانت، فهذه إذا استحيضت في شهر فعرفت نوبته عملت عليه، ثم على الذي بعده، ثم على الذي بعده على العادة.." (١)

"ولم يذكر كفارة؛ ولأنه وطء نهي عنه لأجل الأذى، فأشبه الوطء في الدبر.

وللشافعي قولان كالروايتين. وحديث الكفارة مداره على عبد الحميد بن عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب، وقد قيل لأحمد: في نفسك منه شيء؟ قال: نعم لأنه من حديث فلان. أظنه قال: عبد الحميد وقال: لو صح ذلك الحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - كنا نرى عليه الكفارة. وقال في موضع: ليس به بأس، وقد روى الناس عنه. فاختلاف الرواية في الكفارة مبني على اختلاف قول أحمد في الحديث.

وقد روي عن أحمد أنه قال: إن كانت له مقدرة تصدق بما جاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وقال أبو عبد الله بن حامد؛ كفارة وطء الحائض تسقط بالعجز عنها، أو عن بعضها، ككفارة الوطء في رمضان.

[فصل في قدر كفارة وطء الحائض]

(٤٧٩) فصل: وفي قدر الكفارة روايتان: إحداهما، أنها دينار، أو نصف دينار، على سبيل التخيير، أيهما أخرج أجزأه، روي ذلك عن ابن ﻋباس، والثانية، أن الدم إن كان أحمر فهي دينار، وإن كان أصفر، فنصف دينار.

وهو قول إسحاق، وقال النخعي: إن كان في فور الدم فدينار، وإن كان في آخره فنصف دينار؛ لما روى

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٢٣٠

ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إن كان دما أحمر فدينار، وإن كان دما أصفر فنصف دينار» . رواه الترمذي والأول أصح. قال أبو داود الرواية الصحيحة: " يتصدق بدينار أو بنصف دينار ". ولأنه حكم تعلق بالحيض، فلم يفرق بين أوله وآخره، كسائر أحكامه. فإن قيل: فكيف تخير بين شيء ونصفه؟ قلنا: كما يخير المسافر بين قصر الصلاة وإتمامها، فأيهما فعل كان واجبا، كذا هاهنا.

[فصل وطئ بعد طهرها وقبل غسلها]

(٤٨٠) فصل: وإن وطئ بعد طهرها، وقبل غسلها فلا كفارة عليه. وقال قتادة، والأوزاعي: عليه نصف دينار. ولو وطئ في حال جريان الدم، لزمه دينار؛ لأنه حكم تعلق بالوطء في الحيض، فثبت قبل الغسل، كالتحريم. **ولنا** أن وجوب الكفارة بالشرع، وإنما ورد بها الخبر في الحائض، وغيرها لا يساويها؛ لأن الأذى المانع من وطئها قد زال بانقطاع الدم، وما ذكروه يبطل بما لو حلف لا يطأ حائضا، فإن الكفارة تجب بالوطء في الحيض، ولا تجب في غيره.

[فصل هل تجب الكفارة على الجاهل والناسي]

(٤٨١) فصل: وهل تجب الكفارة على الجاهل والناسي؟ على وجهين:." [1]

"عن عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لفاطمة بنت أبي حبيش: «فاغتسلي وصلي» . ولم يأمرها بالوضوء؛ ولأنه ليس بمنصوص على الوضوء منه، ولا في معنى المنصوص؛ لأن المنصوص عليه الخارج المعتاد، وليس هذا بمعتاد، **ولنا** ما روى عدي بن ثابت عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في «المستحاضة: تدع الصلاة أيام أقرائها ثم تغتسل، وتصوم وتصلي، وتتوضأ عند كل صلاة» . رواه أبو داود، والترمذي

، وعن عائشة، قالت: «جاءت فاطمة بنت أبي حبيش إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكرت خبرها، ثم قال: اغتسلي، ثم توضئي لكل صلاة وصلي» . رواه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. ولأنه خارج من السبيل، فنقض الوضوء، كالمذي. إذا ثبت هذا، فإن طهارة هؤلاء مقيدة بالوقت؛ لقوله: " تتوضأ عند كل صلاة ". وقوله: " ثم توضئي لكل صلاة ". ولأنها طهارة عذر وضرورة، فتقيدت بالوقت، كالتيمم.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٤٤

(٤٨٨ (فصل: فإن توضأ أحد هؤلاء قبل الوقت، وخرج منه شيء، بطلت طهارته؛ لأن دخوله يخرج به الوقت الذي توضأ فيه، وخروج الوقت مبطل لهذه الطهارة، كما قررناه؛ ولأن الحدث مبطل للطهارة، وإنما عفي عنه لعدم إمكان التحرز عنه مع الحاجة إلى الطهارة. وإن توضأ بعد الوقت صح، وارتفع حدثه، ولم يؤثر فيه ما يتجدد من الحدث الذي لا يمكن التحرز منه.

فإن دخل في الصلاة عقيب طهارته، أو أخرها لأمر يتعلق بمصلحة الصلاة، كلبس الثياب، وانتظار الجماعة، أو لم يعلم أنه خرج منه شيء، جاز. وإن أخرها لغير ذلك، ففيه وجهان: أحدهما، الجواز؛ لأنها طهارة أريدت للصلاة بعد دخول وقتها، فأشبهت التيمم؛ ولأنها طهارة ضرورة، فتقيدت بالوقت، كالتيمم.

والثاني، لا يجوز؛ لأنه إنما أبيح له الصلاة بهذه الطهارة مع قيام الحدث للحاجة والضرورة، ولا ضرورة هاهنا. وإن خرج الوقت بعد أن خرج منها شيء، أو أحدثت حدثا سوى هذا الخارج، بطلت الطهارة. قال أحمد، في رواية أحمد بن القاسم: إنما أمرها أن تتوضأ لكل صلاة، فتصلي بذلك الوضوء النافلة والصلاة الفائتة، حتى يدخل وقت الصلاة الأخرى، فتتوضأ أيضا. وهذا يقتضي إلحاقها بالتيمم، في أنها باقية ببقاء الوقت، يجوز لها أن تتطوع بها، وتقضي بها الفوائت، وتجمع بين الصلاتين، ما لم تحدث حدثا آخر، أو يخرج الوقت.." (١)

"بعدهم على أن النفساء تدع الصلاة أربعين يوما إلا أن ترى الطهر قبل ذلك، فتغتسل وتصلي. وقال أبو عبيد: وعلى هذا جماعة الناس، وروي هذا عن عمر، وابن عباس، وعثمان بن أبي العاص، وعائذ بن عمرو وأنس، وأم سلمة – رضي الله عنهم –. وبه قال الثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وقال مالك، والشافعي: أكثره ستون يوما.

وحكى ابن عقيل، عن أحمد، رواية مثل قولهما لأنه روي عن الأوزاعي أنه قال: عندنا امرأة ترى النفاس شهرين. وروي مثل ذلك عن عطاء أنه وجده. والمرجع في ذلك إلى الوجود، قال الشافعي غالبه أربعون يوما.

ولنا ما روى أبو سهل كثير بن زياد، عن مسة الأزدية، عن أم سلمة، قالت: «كانت النفساء تجلس على عهد النبي – صلى الله عليه وسلم – أربعين يوما وأربعين ليلة.» رواه أبو داود والترمذي، وقال: هذا الحديث لا نعرفه إلا من حديث أبي سهل، وهو ثقة. قال الخطابي: أثنى محمد بن إسماعيل على هذا الحديث. وروى الحكم بن عتيبة، عن مسة، عن أم سلمة «، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنها سألته: كم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٨/١

تجلس المرأة إذا ولدت قال: أربعين يوما، إلا أن ترى الطهر قبل ذلك» . رواه الدارقطني. ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم، فكان إجماعا، وقد حكاه الترمذي إجماعا، ونحوه حكى أبو عبيد، وما حكوه عن الأوزاعي، يحتمل أن الزيادة كانت حيضا أو استحاضة، كما لو زاد دمها عن الستين، أو كما لو زاد دم الحائض على خمسة عشر يوما.

[فصل زاد دم النفساء على أربعين يوما]

(٤٩٣) فصل: فإن زاد دم النفساء على أربعين يوما، فصادف عادة الحيض، فهو حيض، وإن لم يصادف عادة، فهو استحاضة. قال أحمد: إذا استمر بها الدم، فإن كان في أيام حيضها الذي تقعده أمسكت عن الصلاة، ولم يأتها زوجها، وإن لم يكن لها أيام كانت بمنزلة المستحاضة، يأتيها زوجها، وتتوضأ لكل صلاة، وتصوم وتصلي إن أدركها رمضان، ولا تقضي. وهذا يدل على مثل ما قلنا.

[مسألة ليس لأقل النفاس حد]

(٤٩٤) مسألة: قال: (وليس لأقله حد، أي وقت رأت الطهر اغتسلت، وهي طاهر، ولا يقربها زوجها في الفرج حتى تتم الأربعين استحبابا) وبهذا قال الثوري، والشافعي. وقال مالك، والأوزاعي، وأبو عبيد: إذا لم تر دما تغتسل وتصلي. وقال محمد بن الحسن، وأبو ثور: أقله ساعة. وقال أبو عبيد: أقله خمسة وعشرون يوما، **ولنا** أنه لم يرد في الشرع تحديده، فيرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد قليلا وكثيرا، وقد روي أن امرأة ولدت على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فلم تر دما، فسميت ذات الجفوف.

قال أبو داود: ذاكرت أبا عبد الله حديث جرير: كانت امرأة تسمى الطاهر، تضع أول النهار وتطهر آخره فجعل يعجب منه. وقال علي - رضي الله عنه - لا يحل للنفساء إذا رأت الطهر إلا أن تصلي. ولأن." (١)

"عنه، نقلها الأثرم، وغيره. ولا يأتيها زوجها، وإنما ألزمها فعل العبادات في هذا الدم؛ لأن سببها متيقن، وسقوطها بهذا الدم مشكوك فيه، فلا يزول اليقين بالشك، وأمرها بالقضاء احتياطا؛ لأن وجوب الصلاة والصوم متيقن، وسقوط الصوم بفعله في هذا الدم مشكوك فيه، فلا يزول بالشك.

والفرق بين هذا الدم وبين الزائد على الست والسبع في حق الناسية، حيث لا يجب قضاء ما صامته فيه مع الشك، أن الغالب مع عادات النساء ست أو سبع، وما زاد عليه نادر بخلاف النفاس؛ ولأن الحيض يتكرر،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٥١

فيشق إيجاب القضاء فيه، والنفاس بخلافه، وكذلك الدم الزائد عن العادة في الحيض. وقال مالك: إن رأت الدم بعد يومين أو ثلاثة، فهو نفاس، وإن تباعد ما بينهما، فهو حيض. ولأصحاب الشافعي وجهان فيما إذا رأت الدم يوما وليلة بعد طهر خمسة عشر يوما: أحدهما، يكون حيضا، والثاني، يكون نفاسا.

وقال القاضي إن رأت الدم أقل من يوم وليلة بعد طهر خمسة عشر يوما، فهو دم فساد تصلي وتصوم ولا تقضي. وهذا قول أبي ثور. وإن كان الدم الثاني يوما وليلة، فالحكم فيه كما قلناه، من أنها تصوم وتصلي وتقضي الصوم، ولنا أنه دم صادف زمن النفاس، فكان نفاسا، كما لو استمر، ولا فرق بين قليله وكثيره؛ لما ذكرناه من جعله حيضا، فإنما خالف في العبارة، فإن حكم الحيض والنفاس واحد، وأما ما صامته في زمن الطهر، فلا إعادة عليها فيه.

[فصل رأت المرأة الدم بعد وضع شيء يتبين فيه خلق الإنسان فهو نفاس]

(٤٩٧) فصل: إذا رأت المرأة الدم بعد وضع شيء يتبين فيه خلق الإنسان، فهو نفاس. نص عليه وإن رأته بعد إلقاء نطفة أو علقة، فليس بنفاس. وإن كان الملقى بضعة لم يتبين فيها شيء من خلق الإنسان، ففيها وجهان: أحدهما، هو نفاس؛ لأنه بدء خلق آدمي، فكان نفاسا، كما لو تبين فيها خلق آدمي. والثاني، ليس بنفاس؛ لأنه لم يتبين فيها خلق آدمي، فأشبهت النطفة.

[فصل إذا ولدت المرأة توأمين]

(٤٩٨) فصل: إذا ولدت المرأة توأمين، فذكر أصحابنا عن أحمد روايتين فيها: إحداهما، أن النفاس من الأول كله، أوله وآخره، قالوا: وهي الصحيحة. وهذا قول مالك، وأبي حنيفة. فعلى هذا متى انقضت مدة النفاس من حين وضعت الأول، لم يكن ما بعده نفاسا؛ لأن ما بعد ولادة الأول دم بعد الولادة، فكان نفاسا، كالمنفرد، وآخره منه؛ لأن أوله منه، فكان آخره منه، كالمنفرد. واختلف أصحابنا في الرواية الثانية، فقال الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب في " رءوس المسائل "." (١)

"الآخر، فإنها لا تجلس مما بعده من الشهور إلا ثلاثة ثلاثة. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: تجلس خمسة من كل شهر. وهذا مبني على أن العادة لا تثبت بمرة، وإن رأت خمسة في شهرين، فهل تنتقل عادتها إلى خمسة؟ يخرج على الروايتين فيما تثبت به العادة، وإن رأت الخمسة في ثلاثة أشهر، ثم

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٥٣

استحيضت، انتقلت إليها، وجلست من كل شهر خمسة، بغير خلاف بينهم.

[مسألة كانت لها أيام فرأت الطهر قبل ذلك]

(٥٠٢) مسألة: قال: (ومن كانت لها أيام فرأت الطهر قبل ذلك، فهي طاهر، تغتسل وتصلي، فإن عاودها الدم، لم تلتفت إليه حتى تجيء أيامها) الكلام في هذه المسألة في فصلين: أحدهما، في الطهر بين الدمين. والثاني، في حكم الدم العائد بعده.

فصل: أما الأول، فإن المرأة متى رأت الطهر فهي طاهر تغتسل، وتلزمها الصلاة والصيام، سواء رأته في العادة، أو بعد انقضائها، ولم يفرق أصحابنا بين قليل الطهر وكثيره؛ لقول ابن عباس: أما ما رأت الطهر ساعة فلتغتسل. ويتوجه أن انقطاع الدم متى نقص عن اليوم، فليس بطهر بناء على الرواية التي حكيناها في النفاس، أنها لا تلتفت إلى ما دون اليوم.

وهو الصحيح إن شاء الله؛ لأن الدم يجري مرة، وينقطع أخرى، وفي إيجاب الغسل على من تطهر ساعة بعد ساعة حرج ينتفي بقوله: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] . ولأننا لو جعلنا انقطاع الدم ساعة طهرا، ولا تلتفت إلى ما بعده من الدم، أفضى إلى أن لا يستقر لها حيض، فعلى هذا لا يكون انقطاع الدم أقل من يوم طهرا، إلا أن ترى ما يدل عليه، مثل أن يكون انقطاعه في آخر عادتها، أو ترى القصة البيضاء، وهو شيء يتبع الحيض أبيض، يسمى التربة.

روي ذلك عن إمامنا، وروي عنه أن القصة البيضاء هي القطنة التي تحشوها المرأة، إذا خرجت بيضاء كما دخلت لا تغير عليها فهي القصة البيضاء بضم القاف. حكي ذلك عن الزهري. وروي عن إمامنا أيضا.

وقال أبو حنيفة: ليس النقاء بين الدمين طهرا، بل لو صامت فيه فرضا لم يصح، ولزمها قضاؤه، ولا يجب عليها فيه صلاة، ولا يأتيها زوجها، فيكون الدمان وما بينهما حيضا.

وهو أحد قولي الشافعي؛ لأن الدم يسيل تارة وينقطع أخرى؛ ولأنه لو لم يكن من الحيض لم يحتسب من مدته، **ولنا** قول الله تعالى: ﴿ويسألونك عن المحيض قل هو أذى﴾ [البقرة: ٢٢٢] . وصف الحيض بكونه أذى، فإذا ذهب الأذى وجب أن يزول الحيض. وقال ابن عباس: أما ما رأت الدم البحراني." (١)

"مالك والشافعي، والليث: ما تراه من الدم حيض إذا أمكن وروي ذلك عن الزهري، وقتادة، وإسحاق لأنه دم صادف عادة، فكان حيضا كغير الحامل، **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «لا توطأ حامل

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٥٧

حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» فجعل وجود الحيض علما على براءة الرحم، فدل ذلك على أنه لا يجتمع معه.

واحتج إمامنا بحديث سالم عن أبيه «أنه طلق امرأته وهي حائض، فسأل عمر النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال مره فليراجعها، ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا» فجعل الحمل علما على عدم الحيض، كما جعل الطهر علما عليه؛ ولأنه زمن لا يعتادها الحيض فيه غالبا، فلم يكن ما تراه فيه حيضا كالآيسة قال أحمد إنما يعرف النساء الحمل بانقطاع الدم، وقول عائشة يحمل على الحبلى التي قاربت الوضع، جمعا بين قوليها، فإن الحامل إذا رأت الدم قريبا من ولادتها فهو نفاس، تدع له الصلاة كذلك قال إسحاق: وقال الحسن: إذا رأت الدم على الولد أمسكت عن الصلاة.

وقال يعقوب بن بختان سألت أحمد عن المرأة إذا ضربها المخاض قبل الولادة بيوم أو يومين تعيد الصلاة؟ قال: لا وقال إبراهيم النخعي: إذا ضربها المخاض فرأت الدم قال: هو حيض. وهذا قول أهل المدينة، والشافعي وقال عطاء: تصلي ولا تعده حيضا ولا نفاسا.

ولنا: أنه دم خرج بسبب الولادة فكان نفاسا، كالخارج بعده وإنما يعلم خروجه بسبب الولادة إذا كان قريبا منها ويعلم ذلك برؤية أماراتها؛ من المخاض ونحوه في وقته: وأما إن رأت الدم من غير علامة على قرب الوضع، لم تترك له العبادة؛ لأن الظاهر أنه دم فساد فإن تبين كونه قريبا من الوضع، كوضعه بعده بيوم أو بيومين أعادت الصوم المفروض إن صامته فيه. وإن رأته عند علامة على الوضع تركت العبادة. فإن تبين بعده عنها أعادت ما تركته من العبادات الواجبة؛ لأنها تركتها من غير حيض ولا نفاس.

[مسألة رأت الدم ولها خمسون سنة]

(٥٠٨) مسألة: قال: وإذا رأت الدم ولها خمسون سنة، فلا تدع الصوم، ولا الصلاة، وتقضي الصوم احتياطا، فإن رأته بعد الستين، فقد زال الإشكال؛ وتيقن أنه ليس بحيض، فتصوم وتصلي ولا تقضي. اختلفت الرواية عن أحمد – رحمه الله –، في هذه المسألة فالذي نقل الخرقي هاهنا، أنها لا تيأس من الحيض يقينا إلى ستين سنة، وما تراه فيما بين الخمسين والستين مشكوك فيه، لا تترك له الصلاة، ولا الصوم؛ لأن وجوبهما متيقن فلا يسقط بالشك، وتقضي الصوم المفروض احتياطا؛ لأن وجوبه كان متيقنا، وما صامته في زمن الدم مشكوك في صحته، فلا يسقط به ما تيقن وجوبه.

وروي عنه ما يدل على أنها بعد الخمسين لا تحيض. وكذلك قال إسحاق بن راهويه لا يكون حيضا بعد الخمسين، ويكون حكمها." (١)

"وقال بعضهم: تجمع بين كل صلاتي جمع بغسل واحد، وتغتسل للصبح على ما في حديث حمنة. وقد ذكرناه، وكذلك أمر به سهلة بنت سهيل وبه قال عطاء، والنخعي وأكثر أهل العلم، على أن الغسل عند انقضاء الحيض، ثم عليها الوضوء لكل صلاة، ويجزئها ذلك ويروى هذا عن عروة، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي. وقال عكرمة، وربيعة، ومالك إنما عليها الغسل عند انقضاء حيضها وليس عليها للاستحاضة وضوء؛ لأن ظاهر حديث هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة، في حديث فاطمة بنت أبي حبيش الغسل فقط؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لها: " فاغتسلي وصلي ". ولم يذكر الوضوء لكل صلاة.

ولنا: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لفاطمة إنما ذلك عرق، وليست بالحيضة، فإذا أقبلت فدعي الصلاة فإذا أدبرت فاغسلي عنك الدم وصلي، وتوضئي لكل صلاة» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وهذه زيادة يجب قبولها. وفي حديث عدي بن ثابت، عن أبيه عن جده، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في المستحاضة «تدع الصلاة أيام أقرائها، ثم تغتسل وتصلي، وتتوضأ عند كل صلاة» .

ولأنه دم خارج من الفرج، فأوجب الوضوء كدم الحيض، وهذا يدل على أن الغسل المأمور به في سائر الأحاديث مستحب غير واجب، والغسل لكل صلاة أفضل؛ لما فيه من الخروج من الخلاف، والأخذ بالثقة والاحتياط، وهو أشد ما قيل، ثم يليه في الفضل والمشقة الجمع بين كل صلاتين بغسل واحد، والاغتسال للصبح، ولذلك قال النبي – صلى الله عليه وسلم – فيه: «وهو أعجب الأمرين إلي» . ثم يليه الغسل كل يوم مرة بعد الغسل عند انقضاء الحيض، ثم تتوضأ لكل صلاة، وهو أقل الأمور ويجزئها. والله أعلم.

[فصل حكم طهارة المستحاضة]

(٥١١) فصل: وحكم طهارة المستحاضة حكم التيمم في أنها إذا توضأت في وقت الصلاة، صلت بها الفريضة، ثم قضت الفوائت، وتطوعت حتى يخرج الوقت نص على هذا أحمد وعلى قياس ذلك لها الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد. وقال الشافعي: لا تجمع بين فرضين بطهارة واحدة. ولا تقضي به فوائت، ولا تجمع بين صلاتين. كقوله في التيمم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٢/١

ويحتمله قول الخرقي لقوله: «لكل صلاة» . وحجتهم قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «توضئي لكل صلاة.» **ولنا** أنه قد روي في بعض ألفاظ حديث فاطمة: «توضئي لوقت كل صلاة.» ولأنه وضوء يبيح النفل، فيبيح الفرض، كوضوء غير المستحاضة، وحديثهم محمول على الوقت، كقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «أينما أدركتك الصلاة فصل» أي وقتها، وحديث حمنة ظاهر في الجمع بين الصلاتين بوضوء واحد؛ لأنه لم يأمرها بالوضوء بينهما، وهو مما يخفى ويحتاج إلى بيانه، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة إليه.." (١)

"[كتاب الصلاة] [فصل في الصلوات المكتوبات]

الصلاة في اللغة الدعاء، قال الله تعالى ﴿وصل عليهم إن صلاتك سكن لهم﴾ [التوبة: ١٠٣] أي ادع لهم، وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن كان مفطرا فليطعم، وإن كان صائما فليصل» . وقال الشاعر:

تقول بنتي وقد قربت مرتحلا ... يا رب جنب أبي الأوصاب والوجعا

عليك مثل الذي صليت فاغتمضي ... نوما فإن لجنب المرء مضطجعا

وهي في الشرع عبارة عن الأفعال المعلومة، فإذا ورد في الشرع أمر بصلاة أو حكم معلق عليها، انصرف بظاهره إلى الصلاة الشرعية.

وهي واجبة بالكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين حنفاء ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة وذلك دين القيمة﴾ [البينة: ٥] وأما السنة فما روى ابن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «بني الإسلام على خمس؛ شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله، وإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة، وصيام رمضان، وحج البيت من استطاع إليه سبيلا» . متفق عليه مع آي وأخبار كثيرة، نذكر بعضها في غير هذا الموضع، إن شاء الله تعالى.

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة على وجوب خمس صلوات في اليوم والليلة.

(٥١٣) فصل: والصلوات المكتوبات خمس في اليوم والليلة ولا خلاف بين المسلمين في وجوبها، ولا يجب غيرها إلا لعارض من نذر أو غيره هذا قول أكثر أهل العلم وقال أبو حنيفة: الوتر واجب؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إن الله قد زادكم صلاة وهي الوتر» وهذا يقتضي وجوبه. وقال - عليه السلام - «الوتر حق» رواه ابن ماجه

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٦٥

، **ولنا** ما روى ابن شهاب عن أنس بن مالك، قال قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «فرض الله على أمتي خمسين صلاة» فذكر الحديث، إلى أن قال «فرجعت إلى ربي، فقال: هي خمس وهي خمسون، ما يبدل القول لدي» متفق عليه وعن عبادة بن الصامت قال سمعت رسول الله." (١)

"**ولنا** أنه مأمور بها في أول الوقت بقوله تعالى: ﴿أقم الصلاة لدلوك الشمس﴾ [الإسراء: ٧٨] والأمر يقتضي الوجوب على الفور؛ ولأن دخول الوقت سبب للوجوب، فيترتب عليه حكمه حين وجوده؛ ولأنها يشترط لها نية الفريضة، ولو لم تجب لصحت بدون نية الواجب كالنافلة، وتفارق النافلة؛ فإنها لا يشترط لها ذلك، ويجوز تركها غير عازم على فعلها، وهذه إنما يجوز تأخيرها مع العزم على فعلها، كما تؤخر صلاة المغرب ليلة مزدلفة عن وقتها، وكما تؤخر سائر الصلوات عن وقتها إذا كان مشتغلا بتحصيل شرطها.

[فصل يستقر وجوب وقت صلاة الظهر بما وجبت به]

(٥١٧) فصل: ويستقر وجوبها بما وجبت به. فلو أدرك جزءا من أول وقتها ثم جن، أو حاضت المرأة، لزمهما القضاء إذا أمكنهما. وقال الشافعي وإسحاق: لا يستقر إلا بمضي زمن يمكن فعلها فيه، ولا يجب القضاء بما دون ذلك. واختاره أبو عبد الله بن بطة؛ لأنه لم يدرك من الوقت ما يمكنه أن يصلي فيه، فلم يجب القضاء، كما لو طرأ العذر قبل ذلك الوقت. **ولنا** أنها صلاة وجبت عليه، فوجب قضاؤها إذا فاتته، كالتي أمكن أداؤها، وفارقت التي طرأ العذر قبل دخول وقتها؛ فإنها لم تجب، وقياس الواجب على غيره غير صحيح.

[مسألة آخر وقت الظهر]

(٥١٨) مسألة: قال: (فإذا صار ظل كل شيء مثله فهو آخر وقتها) يعني أن الفيء إذا زاد على ما زالت عليه الشمس قدر ظل طول الشخص، فذلك آخر وقت الظهر. قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: وأي شيء آخر وقت الظهر؟ قال: أن يصير الظل مثله. قيل له: فمتى يكون الظل مثله؟ قال: إذا زالت الشمس، فكان الظل بعد الزوال مثله، فهو ذاك. ومعرفة ذلك أن يضبط ما زالت عليه الشمس، ثم ينظر الزيادة عليه، فإن كانت قد بلغت قدر الشخص، فقد انتهى وقت الظهر؛ ومثل شخص الإنسان ستة أقدام ونصف بقدمه، أو يزيد قليلا، فإذا أردت اعتبار الزيادة بقدمك مسحتها على ما ذكرناه في الزوال، ثم أسقطت منه القدر

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٦٧

الذي زالت عليه الشمس، فإذا بلغ الباقي ستة أقدام ونصف فقد بلغ المثل، فهو آخر وقت الظهر، وأول وقت العصر.

وبهذا قال مالك، والثوري، والشافعي، والأوزاعي ونحوه قال أبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور وداود وقال عطاء: لا تفريط للظهر حتى تدخل الشمس صفرة. وقال طاوس: وقت الظهر والعصر إلى الليل. وحكي عن مالك: وقت الاختيار إلى أن يصير ظل كل شيء مثله، ووقت الأداء إلى أن يبقى من غروب الشمس قدر ما يؤدى فيه العصر؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جمع بين الظهر والعصر في الحضر.

وقال أبو حنيفة: وقت الظهر إلى أن يصير ظل كل شيء مثله؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم -." [1]

"[فصل التغليس بصلاة الصبح أفضل]

(٥٤٠) فصل: وأما صلاة الصبح فالتغليس بها أفضل، وبهذا قال مالك، والشافعي وإسحاق. وروي عن أبي بكر، وعمر، وابن مسعود، وأبي موسى وابن الزبير، وعمر بن عبد العزيز، ما يدل على ذلك. قال ابن عبد البر: صح عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وعن أبي بكر وعمر وعثمان، أنهم كانوا يغلسون، ومحال أن يتركوا الأفضل، ويأتوا الدون، وهم النهاية في إتيان الفضائل.

وروي عن أحمد، - رحمه الله -، أن الاعتبار بحال المأمومين، فإن أسفروا فالأفضل الإسفار؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يفعل ذلك في العشاء، كما ذكر جابر، فكذلك في الفجر. وقال الثوري، وأصحاب الرأي: الأفضل الإسفار؛ لما روى رافع بن خديج، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «أسفروا بالفجر، فإنه أعظم للأجر» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. **ولنا** ما تقدم من حديث جابر وأبي برزة، وقول عائشة - رضي الله عنها -: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي الصبح، فتنصرف النساء متلفعات بمروطهن، ما يعرفن من الغلس.» متفق عليه.

وعن أبي مسعود الأنصاري، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - غلس بالصبح، ثم أسفر مرة، ثم لم يعد إلى الإسفار حتى قبضه الله» . رواه أبو داود. قال الخطابي: وهو صحيح الإسناد. وقالت عائشة - رضي الله عنها -: «ما صلى النبي - صلى الله عليه وسلم - صلاة لوقتها الآخر مرتين، حتى قبضه الله» . وهذا حديث غريب، وليس إسناده بمتصل. فأما الإسفار المذكور في حديثهم، فالمراد به تأخيرها حتى يتبين طلوع الفجر، وينكشف يقينا من قولهم: أسفرت المرأة، إذا كشفت وجهها.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٧١

[فصل تعجيل الصلاة التي يستحب تأخيرها]

(٥٤١) فصل: ولا يأثم بتعجيل الصلاة التي يستحب تأخيرها، ولا بتأخير ما يستحب تعجيله، إذا أخره عازما على فعله، ما لم يخرج الوقت، أو يضيق عن فعل العبادة جميعها؛ لأن جبريل صلاها بالنبي - صلى الله عليه وسلم - في أول الوقت وآخره، وصلاها النبي - صلى الله عليه وسلم - في أول الوقت وآخره «وقالا: الوقت ما بين هذين» ولأن الوجوب موسع فهو كالتكفير، يجب موسعا بين الأعيان، فإن أخر غير عازم على الفعل أثم بذلك التأخير المقترن بالعزم، وإن أخرها بحيث لم يبق من الوقت ما يتسع لجميع الصلاة أثم أيضا؛ لأن الركعة الأخيرة من جملة الصلاة، فلا يجوز تأخيرها عن الوقت، كالأولى.." [١]

"(٥٤٢) فصل: وإن أخر الصلاة عن أول وقتها بنية فعلها، فمات قبل فعلها، لم يكن عاصيا، لأنه فعل ما يجوز له فعله، والموت ليس من فعله، فلا يأثم به.

[فصل صلى قبل الوقت]

(٥٤٣) فصل: ومن صلى قبل الوقت، لم يجز صلاته، في قول أكثر أهل العلم، سواء فعله عمدا أو خطأ، كل الصلاة أو بعضها. وبه قال الزهري، والأوزاعي والشافعي، وأصحاب الرأي. وروي عن ابن عمر، وأبي موسى أنهما أعادا الفجر، لأنهما صلياها قبل الوقت. وروي عن ابن عباس في مسافر صلى الظهر قبل الزوال، يجزئه. ونحوه قال الحسن، والشعبي. وعن مالك كقولنا. وعنه فيمن صلى العشاء قبل مغيب الشفق جاهلا أو ناسيا، يعيد ما كان في الوقت، فإن ذهب الوقت قبل علمه، أو ذكر، فلا شيء عليه. ولنا أن الخطاب بالصلاة يتوجه إلى المكلف عند دخول وقتها، وما وجد بعد ذلك ما يزيله ويبرئ الذمة منه، فيبقى بحاله.

[مسألة حكم الصلاة إذا طهرت الحائض وأسلم الكافر قبل أن تغيب الشمس]

(٥٤٤) مسألة: قال: (وإذا طهرت الحائض، وأسلم الكافر، وبلغ الصبي قبل أن تغيب الشمس، صلوا الظهر فالعصر، وإن بلغ الصبي، وأسلم الكافر، وطهرت الحائض قبل أن يطلع الفجر، صلوا المغرب وعشاء الآخرة) وروي هذا القول في الحائض تطهر عن عبد الرحمن بن عوف، وابن عباس، وطاوس، ومجاهد، والنخعي، والزهري، وربيعة، ومالك، والليث، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور. قال الإمام أحمد: عامة التابعين يقولون

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٨٦

بهذا القول، إلا الحسن وحده قال: لا تجب إلا الصلاة التي طهرت في وقتها وحدها. وهو قول الثوري، وأصحاب الرأي؛ لأن وقت الأولى خرج في حال عذرها، فلم تجب كما لو لم يدرك من وقت الثانية شيئا. وحكي عن مالك أنه إذا أدرك قدر خمس ركعات من وقت الثانية، وجبت الأولى؛ لأن قدر الركعة الأولى من الخمس وقت للصلاة الأولى في حال العذر، فوجبت بإدراكه، كما لو أدرك ذلك من وقتها المختار، بخلاف ما لو أدرك دون ذلك. ولنا ما روى الأثرم، وابن المنذر، وغيرهما، بإسنادهم عن عبد الرحمن بن عوف، وعبد الله بن عباس، أنهما قالا في الحائض تطهر قبل طلوع الفجر بركعة: تصلي المغرب والعشاء، فإذا طهرت قبل أن تغرب الشمس، صلت الظهر والعصر جميعا. ولأن وقت الثانية وقت للأولى حال العذر، فإذا أدركه المعذور لزمه فرضها، كما يلزمه فرض الثانية.." (١)

"[فصل القدر الذي يتعلق به الوجوب في الصلاة]

(٥٤٥) فصل: والقدر الذي يتعلق به الوجوب قدر تكبيرة الإحرام. وقال الشافعي: قدر ركعة؛ لأن ذلك هو الذي روي عن عبد الرحمن وابن عباس، ولأنه إدراك تعلق به إدراك الصلاة، فلم يكن بأقل من ركعة كإدراك الجمعة. وقال مالك: خمس ركعات. ولنا أن ما دون الركعة تجب به الثانية، فوجبت به الأولى، كالركعة والخمس عند مالك، ولأنه إدراك فاستوى فيه القليل والكثير، كإدراك المسافر صلاة المقيم، فأما الجمعة فإنما اعتبرت الركعة بكمالها؛ لكون الجماعة شرطا فيها فاعتبر إدراك ركعة كي لا يفوته شرطها في معظمها، بخلاف مسألتنا.

[فصل أدرك المكلف من وقت الأولى من صلاتي الجمع قدرا تجب به ثم جن]

(٥٤٦) فصل: وإن أدرك المكلف من وقت الأولى من صلاتي الجمع قدرا تجب به، ثم جن أو كانت امرأة فحاضت، أو نفست، ثم زال العذر بعد وقتها، لم تجب الثانية في إحدى الروايتين، ولا يجب قضاؤها. وهذا اختيار ابن حامد. والأخرى: يجب ويلزم قضاؤها؛ لأنها إحدى صلاتي الجمع، فوجبت بإدراك جزء من وقت الأخرى، كالأولى.

ووجه الأولى أنه لم يدرك جزءا من وقتها، ولا وقت تبعها، فلم تجب، كما لو لم يدرك من وقت الأولى شيئا، وفارق مدرك وقت الثانية، فإنه أدرك وقت تبع الأولى، فإن الأولى تفعل في وقت الثانية متبوعة مقصودة يجب تقديمها، والبداية بها، بخلاف الثانية مع الأولى، ولأن من لا يجوز الجمع إلا في وقت الثانية ليس

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٢٨٧

وقت الأولى عنده وقتا للثانية بحال، فلا يكون مدركا لشيء من وقتها، ووقت الثانية وقت لهما جميعا، لجواز فعل الأولى في وقت الثانية، ومن جوز الجمع في وقت الأولى، فإنه يجوز تقديم الثانية رخصة تحتاج إلى نية التقديم، وترك التفريق، ومتى أخر الأولى إلى الثانية كانت مفعولة لا واجبة، لا يجوز تركها، ولا يجب نية جمعها، ولا يشترط ترك التفريق بينهما، فلا يصح قياس الثانية على الأولى، والأصل أن لا تجب صلاة إلا بإدراك وقتها.

[فصل الصلاة لا تجب على صبي ولا كافر ولا حائض]

(٥٤٧) فصل: وهذه المسألة تدل على أن الصلاة لا تجب على صبي، ولا كافر، ولا حائض؛ إذ لو كانت الصلاة واجبة عليهم لم يكن لتخصيص القضاء بهذه الحال معنى، وهذا الصحيح في المذهب. فأما الحائض، فقد ذكرنا حكمها في بابها، وأما الكافر فإن كان أصليا لم يلزمه قضاء ما تركه من العبادات في حال كفره، بغير خلاف نعلمه، وقد قال الله تعالى ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال: ٣٨] وأسلم في عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - خلق كثير، وبعده، فلم يؤمر." (١)

"أحد منهم بقضاء، ولأن في إيجاب القضاء عليه تنفيرا عن الإسلام، فعفي عنه. وقد اختلف أهل العلم في خطابه بفروع الإسلام في حال كفره، مع إجماعهم على أنه لا يلزمه قضاؤها بعد إسلامه، وحكي عن أحمد في هذا روايتان. وأما المرتد، فذكر أبو إسحاق بن شاقلا عن أحمد، في وجوب القضاء عليه، روايتين: إحداهما: لا يلزمه.

وهو ظاهر كلام الخرقي في هذه المسألة، فعلى هذا لا يلزمه قضاء ما ترك في حال كفره، ولا في حال إسلامه قبل ردته. ولو كان قد حج لزمه استئنافه؛ لأن عمله قد حبط بكفره، بدليل قول الله تعالى: ﴿لئن أشركت ليحبطن عملك﴾ [الزمر: ٦٥] . فصار كالكافر الأصلي في جميع أحكامه. والثانية: يلزمه قضاء ما ترك من العبادات في حال ردته، وإسلامه قبل ردته، ولا يجب عليه إعادة الحج؛ لأن العمل إنما يحبط بالإشراك مع الموت، لقوله تعالى: ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة﴾ [البقرة: ٢١٧] . فشرط الأمرين لحبوط العمل، وهذا مذهب الشافعي؛ لأن المرتد أقر بوجوب العبادات عليه، واعتقد ذلك وقدر على التسبب إلى أدائها، فلزمه ذلك، كالمحدث. ولو حاضت المرأة المرتدة لم يلزمها قضاء الصلاة في زمن حيضها؛ لأن الصلاة غير واجبة عليها في تلك الحال.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٨/١

وذكر القاضي رواية ثالثة، أنه لا قضاء عليه لما ترك في حال ردته؛ لأنه تركه في حال لم يكن مخاطبا بها لكفره، وعليه قضاء ما ترك في إسلامه قبل الردة؛ ولأنه كان واجبا عليه، ومخاطبا به قبل الردة، فبقي الوجوب عليه بحاله. قال: وهذا المذهب. وهو قول أبي عبد الله بن حامد، وعلى هذا لا يلزمه استئناف الحج إن كان قد حج؛ لأن ذمته برئت منه بفعله قبل الردة، فلا يشتغل به بعد ذلك، كالصلاة التي صلاها في إسلامه؛ ولأن الردة لو أسقطت حجه وأبطلته، لأبطلت سائر عباداته المفعولة قبل ردته.

(٥٤٨) فصل: فأما الصبي العاقل فلا تجب عليه في أصح الروايتين. وعنه أنها تجب على من بلغ عشرا وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.

فعلى قولنا إنها لا تجب عليه، متى صلى في الوقت، ثم بلغ فيه بعد فراغه منها، وفي أثنائها، فعليه إعادتها. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يجزئه، ولا يلزمه إعادتها في الموضعين؛ لأنه أدى وظيفة الوقت، فلم يلزمه إعادتها، كالبالغ. ولنا، أنه صلى قبل وجوبها عليه، وقبل سبب وجوبها، فلم تجزه عما وجد سبب وجوبها عليه، كما لو صلى قبل الوقت،." [1]

"ولأنه صلى نافلة، فلم تجزه عن الواجب، كما لو نوى نفلا، ولأنه بلغ في وقت العبادة وبعد فعلها، فلزمته إعادتها كالحج، ووظيفة الوقت في حق البالغ ظهرا واجبة، ولم يأت بها.

[فصل المجنون غير مكلف]

(٥٤٩) فصل: والمجنون غير مكلف، ولا يلزمه قضاء ما ترك في حال جنونه، إلا أن يفيق وقت الصلاة، فيصير كالصبي يبلغ. ولا نعلم في ذلك خلافا، وقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يشب، وعن المعتوه حتى يعقل» . أخرجه أبو داود، وابن ماجه، والترمذي، وقال: حديث حسن. ولأن مدته تطول غالبا، فوجوب القضاء عليه يشق، فعفي عنه.

[مسألة المغمى عليه حكمه حكم النائم]

(٥٥٠) مسألة: قال: (والمغمى عليه يقضي جميع الصلوات التي كانت في حال إغمائه) وجملة ذلك أن المغمى عليه حكمه حكم النائم، لا يسقط عنه قضاء شيء من الواجبات التي يجب قضاؤها على النائم؛ كالصلاة والصيام. وقال مالك، والشافعي: لا يلزمه قضاء الصلاة إلا أن يفيق في جزء من وقتها؛ لأن عائشة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٩/١

«سألت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن الرجل يغمى عليه، فيترك الصلاة، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: ليس من ذلك قضاء إلا أن يغمى عليه، فيفيق في وقتها، فيصليها» . وقال أبو حنيفة: إن أغمي عليه خمس صلوات قضاها، وإن زادت سقط فرض القضاء في الكل؛ لأن ذلك يدخل في التكرار، فأسقط القضاء، كالجنون. **ولنا** ما روي، أن عمارا غشي عليه أياما لا يصلي، ثم استفاق بعد ثلاث، فقال: هل صليت؟ فقيل: ما صليت منذ ثلاث. فقال: أعطوني وضوءا، فتوضأ، ثم صلى تلك الليلة وروى أبو مجلز، أن سمرة بن جندب، قال: المغمى عليه – يترك الصلاة، أو فيترك الصلاة – يصلي مع كل صلاة صلاة مثلها قال: قال عمران: زعم، ولكن ليصلهن جميعا. وروى الأثرم هذين الحديثين في " سننه ". وهذا فعل الصحابة وقولهم، ول ا نعرف لهم مخالفا، فكان إجماعا. ولأن الإغماء لا يسقط فرض الصيام، ولا يؤثر في استحقاق الولاية على المغمى عليه، فأشبه النوم. فأما حديثهم فباطل يرويه الحاكم بن سعد، وقد نهى أحمد – رحمه الله –، عن حديثه، وضعفه ابن المبارك، وقال البخاري: تركوه. وفي إسناده خارجة بن مصعب.

ولا يصح قياسه على المجنون؛ لأن المجنون تتطاول مدته غالبا، وقد رفع القلم عنه، ولا يلزمه صيام، ولا شيء." (١)

"الرأي وإسحاق.

وقال مالك، والشافعي، ومن تبعهما من أهل الحجاز: الأذان المسنون أذان أبي محذورة، وهو مثل ما وصفنا، إلا أنه يسن الترجيع، وهو أن يذكر الشهادتين مرتين مرتين، يخفض بذلك صوته، ثم يعيدهما رافعا بهما صوته، إلا أن مالكا قال: التكبير في أوله مرتان حسب، فيكون الأذان عنده سبع عشرة كلمة، وعند الشافعي تسع عشرة كلمة. واحتجوا بما روى أبو محذورة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لقنه الأذان، وألقاه عليه، فقال له تقول: أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدا رسول الله، أشهد أن محمدا رسول الله. تخفض بها صوتك، ثم ترفع صوتك بالشهادة. أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدا رسول الله، أشهد أن محمدا رسول الله.» ثم ذكر سائر الأذان. أخرجه مسلم، وهو حديث متفق عليه

، واحتج مالك بأن ابن محيريز، قال: كان الأذان الذي يؤذن به أ بو محذورة، الله أكبر الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله. متفق عليه. **ولنا**، حديث عبد الله بن زيد، والأخذ به أولى؛ لأن بلالا كان يؤذن به مع

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٢٩٠

رسول الله – صلى الله عليه وسلم – دائما، سفرا وحضرا، وأقره النبي – صلى الله عليه وسلم – على أذانه بعد أذان أبي محذورة. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل: إلى أي الأذان يذهب؟ قال: إلى أذان بلال، رواه محمد بن إسحاق، عن محمد بن إبراهيم، عن محمد بن عبد الله بن زيد، ثم وصفه.

قيل لأبي عبد الله: أليس حديث أبي محذورة بعد حديث عبد الله بن زيد؛ لأن حديث أبي محذورة بعد فتح مكة؟ فقال: أليس قد رجع النبي – صلى الله عليه وسلم – إلى المدينة؛ فأقر بلالا على أذان عبد الله بن زيد؟ وهذا من الاختلاف المباح، فإن رجع فلا بأس. نص عليه أحمد. وكذلك قال إسحاق فإن الأمرين كليهما قد صح عن النبي – صلى الله عليه وسلم –، ويحتمل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما أمر أبا محذورة بذكر الشهادتين سرا، ليحصل له الإخلاص بهما، فإن الإخلاص في الإسرار بهما أبلغ من قولهما إعلانا للإعلام، وخص أبا محذورة بذلك، لأنه لم يكن مقرا بهما حينئذ، فإن في الخبر «أنه كان مستهزئا يحكي أذان مؤذن النبي – صلى الله عليه وسلم – فسمع النبي – صلى الله عليه وسلم – صوته، فدعاه، فأمره بالأذان، قال: ولا شيء عندي أبغض من النبي – صلى الله عليه وسلم – ولا مما يأمرني به»
.

فقصد النبي – صلى الله عليه وسلم – نطقه بالشهادتين سرا ليسلم بذلك ولا يوجد هذا في غيره، ودليل هذا الاحتمال كون النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يأمر به بلالا، ولا غيره ممن كان مسلما ثابت الإسلام. والله أعلم.

[مسألة صفة الإقامة]

(٥٥٦) مسألة: قال (والإقامة: الله أكبر الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن محمدا رسول الله، حي على الصلاة، حي على الفلاح، قد قامت الصلاة، قد قامت الصلاة، الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله) وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة الإقامة مثل الأذان، ويزيد الإقامة مرتين؛ لحديث عبد الله." (١)

"بن زيد، «أن الذي علمه الأذان أمهل هنيهة، ثم قام فقال مثلها» . رواه أبو داود. وروى ابن محيريز، عن أبي محذورة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – علمه الإقامة سبع عشرة كلمة» . قال الترمذي: هذا حديث صحيح.

وقال مالك: الإقامة عشر كلمات، تقول: قد قامت الصلاة مرة واحدة؛ لما روى أنس قال «أمر بلال أن

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٩٤

يشفع الأذان، ويوتر الإقامة» . متفق عليه. **ولنا**، ما روى عبد الله بن عمر أنه قال: «إنما كان الأذان على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مرتين مرتين، والإقامة مرة مرة، إلا أنه يقول: قد قامت الصلاة، قد قامت الصلاة.» أخرجه النسائي. وفي حديث عبد الله بن زيد، أنه وصف الإقامة كما ذكرنا، رواه الإمام أحمد، عن يعقوب بن إبراهيم بن سعد، عن أبيه، عن محمد بن إسحاق، بالإسناد الذي ذكرناه. وما احتجوا به من قوله: فقام فقال مثلها. فقد قال الترمذي: الصحيح مثل ما رويناه. وقال ابن خزيمة: الصحيح ما رواه محمد بن عبد الله بن زيد عن أبيه:

" ثم استأخر غير كثير، ثم قال مثل ما قال، وجعلها وترا، إلا أنه قال: قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة ". وهذه زيادة بيان يجب الأخذ بها، وتقديم العمل بهذه الرواية المشروحة. وأما خبر أبي محذورة في تثنية الإقامة، فإن ثبت كان الأخذ بخبر عبد الله بن زيد أولى؛ لأنه أذان بلال، وقد بينا وجوب تقديمه في الأذان، وكذا في الإقامة، وخبر أبي محذورة متروك بالإجماع في الترجيع في الإقامة، ولذلك عملنا نحن وأبو حنيفة بخبره في الأذان، وأخذ بأذانه مالك والشافعي، وهما يريان إفراد الإقامة.

[مسألة آداب الأذان ومستحباته]

(٥٥٧) مسألة: قال: (ويترسل في الأذان ويحدر الإقامة) الترسل التمهل والتأني. من قولهم: جاء فلان على رسله. والحدر: ضد ذلك، وهو الإسراع، وقطع التطويل وهذا من آداب الأذان ومستحباته؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا أذنت فترسل، وإذا أقمت فاحدر» . رواه أبو داود، والترمذي، وقال: هو حديث غريب. وروى أبو عبيد، بإسناده عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال لمؤذن بيت المقدس: إذا أذنت فترسل، وإذا أقمت فاحذم.

قال الأصمعي: وأصل الحذم في المشي إنما هو الإسراع، وأن يكون مع هذا كأنه يهوي بيديه إلى خلفه. ولأن هذا معنى يحصل به الفرق بين الأذان والإقامة، فاستحب، كالإفراد، ولأن، الأذان إعلام الغائبين، والتثبيت فيه أبلغ في الإعلام، والإقامة إعلام الحاضرين، فلا حاجة إلى التثبت فيها.." (١)

"(٥٥٨) فصل: ذكر أبو عبد الله بن بطة، أنه حال ترسله ودرجه، لا يصل الكلام بعضه ببعض معربا، بل جزما. وحكاه عن ابن الأنباري، عن أهل اللغة. قال: وروي عن إبراهيم النخعي قال: شيئان مجزومان كانوا لا يعربونهما؛ الأذان، والإقامة، قال: وهذه إشارة إلى جماعتهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٩٥

[مسألة التثويب بين الأذان والإقامة]

(٥٥٩) مسألة: قال: (ويقول في أذان الصبح: الصلاة خير من النوم. مرتين) وجملته أنه يسن أن يقول في أذان الصبح: الصلاة خير من النوم. مرتين، بعد قوله: حي على الفلاح. ويسمى التثويب. وبذلك قال ابن عمر، والحسن البصري، وابن سيرين والزهري، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور، والشافعي في الصحيح عنه. وقال أبو حنيفة: التثويب بين الأذان والإقامة في الفجر، أن يقول: حي على الصلاة، مرتين. حي على الفلاح.

مرتين. ولنا، ما روى النسائي، بإسناده عن أبي محذورة، قال «قلت: يا رسول الله، علمني سنة الأذان، فذكره، إلى أن قال بعد قوله حي على الفلاح: فإن كان في صلاة الصبح، قلت: الصلاة خير من النوم، مرتين، الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله» . وما ذكروه، فقال إسحاق: هذا شيء أحدثه الناس.

وقال أبو عيسى: هذا التثويب الذي كرهه أهل العلم. وهو الذي خرج منه ابن عمر من المسجد لما سمعه.

[فصل التثويب في غير الفجر]

(٥٦٠) فصل: ويكره التثويب في غير الفجر، سواء ثوب في الأذان أو بعده؛ لما روي عن بلال، أنه قال: «أمرني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن أثوب في الفجر، ونهاني أن أثوب في العشاء.» رواه ابن ماجه. ودخل ابن عمر مسجدا يصلي فيه، فسمع رجلا يثوب في أذان الظهر، فخرج، فقيل له: أين؟ فقال: أخرجتني البدعة. ولأن صلاة الفجر وقت ينام فيه عامة الناس، ويقومون إلى الصلاة عن نوم، فاختصت بالتثويب، لاختصاصها بالحاجة إليه.

[فصل الخروج من المسجد بعد الأذان]

(٥٦١) فصل: ولا يجوز الخروج من المسجد بعد الأذان إلا لعذر. قال الترمذي: وعلى هذا العمل من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - ومن بعدهم، أن لا يخرج أحد من المسجد بعد الأذان إلا من عذر. قال أبو الشعثاء: كنا قعودا مع أبي هريرة في المسجد، فأذن المؤذن، فقام رجل من المسجد يمشي،

فأتبعه أبو هريرة بصره حتى خرج من المسجد، فقال أبو هريرة: أما هذا فقد عصى أبا القاسم – صلى الله عليه وسلم –. رواه أبو داود، والترمذي،." [1]

"أم مكتوم» . وقال – عليه السلام –: «لا يمنعكم من سحوركم أذان بلال، فإنه يؤذن بليل، لينتبه نائمكم ويرجع قائمكم» .

[فصل يستحب أن يؤذن في أول الوقت]

(٥٦٨) فصل: ويستحب أن يؤذن في أول الوقت، ليعلم الناس، فيأخذوا أهبتهم للصلاة. وروى جابر بن سمرة قال: كان بلال لا يؤخر الأذان عن الوقت، وربما أخر الإقامة شيئا. رواه ابن ماجه. وفي رواية قال: «كان بلال يؤذن إذا مالت الشمس، لا يؤخر، ثم لا يقيم حتى يخرج النبي – صلى الله عليه وسلم – فإذا خرج أقام حين يراه» . رواه أحمد، في " المسند ".

ويستحب أن يفصل بين الأذان والإقامة، بقدر الوضوء وصلاة ركعتين، يتهيئون فيها، وفي المغرب يفصل بجلسة خفيفة. وحكي عن أبي حنيفة والشافعي، أنه لا يسن في المغرب. **ولنا**، ما روى الإمام أحمد، في " مسنده " بإسناده، عن أبي بن كعب، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «يا بلال، اجعل بين أذانك وإقامتك نفسا، يفرغ الآكل من طعامه في مهل، ويقضي حاجته في مهل» .

وعن جابر بن عبد الله، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال لبلال: اجعل بين أذانك وإقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله، والشارب من شربه، والمعتصر إذا دخل لقضاء حاجته» رواه أبو داود والترمذي وروى تمام في " فوائده "، بإسناده عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «جلوس المؤذن بين الأذان والإقامة في المغرب سنة» . قال إسحاق بن منصور: رأيت أحمد خرج عند المغرب، فحين انتهى إلى موضع الصف أخذ المؤذن في الإقامة، فجلس. وروى الخلال، بإسناده عن عبد الرحمن بن أبي ليلى «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جاء وبلال في الإقامة، فقعد» وقال أحمد: يقعد الرجل مقدار ركعتين إذا أذن المغرب.

قيل من أين؟ قال: من حديث أنس وغيره: كان أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا أذن المؤذن ابتدروا السواري وصلوا ركعتين ولأن الأذان مشرع للإعلام، فيسن الانتظار ليدرك الناس الصلاة ويتهيئوا لها، دليله سائر الصلوات.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٩٦

[مسألة للمؤذن أن يكون متطهرا من الحدث الأصغر والجنابة]

مسألة: قال (ولا يستحب أبو عبد الله أن يؤذن إلا طاهرا، فإن أذن جنبا أعاد) المستحب للمؤذن أن يكون متطهرا من الحدث الأصغر والجنابة جميعا؛ لما روى أبو هريرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يؤذن إلا متوضئ» رواه الترمذي وروي موقوفا، على أبي هريرة، وهو." (١)

"بينه وبين غيره؛ لما روى أبو داود، في حديث عبد الله بن زيد «أنه رأى الأذان في المنام، فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبره، فقال: ألقه على بلال فألقاه عليه، فأذن بلال، فقال عبد الله: أنا رأيته، وأنا كنت أريده. قال: أقم أنت» . ولأنه يحصل المقصود منه.

فأشبه ما لو تولاهما معا ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث زياد بن الحارث الصدائي «إن أخا صداء أذن، ومن أذن فهو يقيم» . ولأنهما فعلان من الذكر، يتقدمان الصلاة، فيسن أن يتولاهما واحد، كالخطبتين، وما ذكروه يدل على الجواز، وهذا على الاستحباب، فإن سبق المؤذن بالأذان، فأراد المؤذن أن يقيم، فقال أحمد: لو أعاد الأذان كما صنع أبو محذورة، كما روى عبد العزيز بن رفيع، قال: رأيت رجلا أذن قبل أبي محذورة قال: فجاء أبو محذورة فأذن، ثم أقام. أخرجه الأثرم. فإن أقام من غير إعادة فلا بأس، وبذلك قال مالك، والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لما ذكروه من حديث عبد الله بن زيد.

[فصل يستحب أن يقيم في موضع أذانه]

(٥٧٤) فصل: ويستحب أن يقيم في موضع أذانه. قال أحمد: أحب إلي أن يقيم في مكانه، ولم يبلغني فيه شيء إلا حديث بلال: " لا تسبقني بآمين " يعني لو كان يقيم في موضع صلاته، لما خاف أن يسبقه بالتأمين؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما كان يكبر بعد فراغه من الإقامة، ولأن الإقامة شرعت للإعلام، فشرعت في موضعه، ليكون أبلغ في الإعلام، وقد دل على هذا حديث عبد الله بن عمر، قال: كنا إذا سمعنا الإقامة توضأنا ثم خرجنا إلى الصلاة. إلا أن يؤذن في المنارة أو مكان بعيد من المسجد، فيقيم في غير موضعه، لئلا يفوته بعض الصلاة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٢٩٩

[فصل المؤذن أملك بالأذان والإمام أملك بالإقامة]

(٥٧٥) فصل: ولا يقيم حتى يأذن له الإمام، فإن بلالا كان يستأذن النبي - صلى الله عليه وسلم - وفي حديث زياد بن الحارث الصدائي، أنه قال: فجعلت أقول للنبي - صلى الله عليه وسلم - أقيم أقيم؟ . وروى أبو حفص، بإسناده عن علي قال: المؤذن أملك بالأذان، والإمام أملك بالإقامة.

[مسألة حكم ترك الأذان]

مسألة: قال: (ومن صلى بلا أذان ولا إقامة، كرهنا له ذلك، ولا يعيد) يكره ترك الأذان للصلوات الخمس، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كانت صلواته بأذان وإقامة، والأئمة بعده، وأمر به، قال مالك بن الحويرث: «أتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - أنا ورجل نودعه، فقال: إذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكما، وليؤمكما أكبركما» متفق عليه وظاهر كلام الخرقي: أن الأذان سنة مؤكدة، وليس بواجب؛ لأنه جعل تركه مكروها. وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لأنه دعاء إلى الصلاة، فأشبه قوله: الصلاة جامعة. وقال أبو بكر عبد العزيز: هو من فروض الكفايات.

وهذا قول." (١)

"وإلا أغار، فسمع رجلا يقول: الله أكبر الله أكبر، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على الفطرة. فقال: أشهد أن لا إله إلا الله، أشهد أن لا إله إلا الله، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خرجت من النار، فنظروا فإذا صاحب معز» أخرجه مسلم.

[فصل من فاتته صلوات استحب له أن يؤذن للأولى ثم يقيم لكل صلاة إقامة]

فصل: ومن فاتته صلوات استحب له أن يؤذن للأولى، ثم يقيم لكل صلاة إقامة، وإن لم يؤذن فلا بأس. قال الأثرم؛ سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل يقضي صلاة، كيف يصنع في الأذان؟ فذكر حديث هشيم، عن أبي الزبير، عن نافع بن جبير، عن أبي عبيدة بن عبد الله، عن أبيه «أن المشركين شغلوا النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أربع صلوات يوم الخندق، حتى ذهب من الليل ما شاء الله، قال: فأمر بلالا فأذن وأقام، وصلى الظهر، ثم أمره فأقام، فصلى العصر، ثم أمره فأقام، فصلى المغرب، ثم أمره فأقام، فصلى العشاء» قال أبو عبد الله وهشام الدستوائي لم يقل كما قال هشيم، جعلها إقامة إقامة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٢/١

قلت فكأنك تختار حديث هشيم؟ قال: نعم هو زيادة، أي شيء يضره؟ وهذا في الجماعة. فإن كان يقضي وحده كان استحباب ذلك أدنى في حقه، لأن الأذان والإقامة للإعلام، ولا حاجة إلى الإعلام هاهنا، وقد روي عن أحمد في رجل فاتته صلوات فقضاها: ليؤذن، ويقم مرة واحدة، يصليها كلها. فسهل في ذلك، ورآه حسنا. وقال الشافعي نحو ذلك؛ وله قولان آخران: أحدهما، أنه يقيم ولا يؤذن. وهذا قول مالك؛ لما روى أبو سعيد قال؛ «حبسنا يوم الخندق عن الصلاة، حتى كان بعد المغرب بهوي من الليل، قال: فدعا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بلالا، فأمره فأقام الظهر، فصلاها، ثم أمره، فأقام العصر، فصلاها» . ولأن الأذان للإعلام بالوقت، وقد فات. والقول الثالث: إن رجي اجتماع الناس أذن، وإلا فلا؛ لأن الأذان مشروع للإعلام، فلا يشرع إلا مع الحاجة.

وقال أبو حنيفة: يؤذن لكل صلاة ويقيم؛ لأن ما سن للصلاة في أدائها سن في قضائها، كسائر المسنونات.

ولنا، حديث ابن مسعود، رواه الأثرم، والنسائي وغيرهما، وهو متضمن للزيادة، والزيادة من الثقة مقبولة.

وعن أبي قتادة، «أنهم كانوا مع النبي – صلى الله عليه وسلم – فناموا حتى طلعت الشمس، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: يا بلال، قم فأذن الناس بالصلاة» . متفق عليه، ورواه عمران بن حصين أيضا. قال: «فأمر بلالا فأذن، فصلينا ركعتين، ثم أمره فأقام فصلينا» . متفق عليه. **ولنا** على أبي حنيفة حديث ابن مسعود وأبي سعيد، ولأن الثانية من الفوائت صلاة وقد أذن لما قبلها، فأشبهت الثانية من المجموعتين، وقياسهم منتقض بهذا.." (١)

"[فصل حكم الأذان عند الجمع بين صلاتين]

(٥٧٩) فصل: فإن جمع بين صلاتين في وقت أولاهما، استحب أن يؤذن للأولى ويقيم، ثم يقيم للثانية. وإن جمع بينهما في وقت الثانية فهما كالفائتتين، لا يتأكد الأذان لهما؛ لأن الأولى منهما تصلى في غير وقتها، والثانية مسبوقة بصلاة قبلها. وإن جمع بينهما بإقامة واحدة فلا بأس. وقال أبو حنيفة في المجموعتين: لا يقيم للثانية؛ لأن «ابن عمر روى أنه صلى مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – المغرب والعشاء بمزدلفة بإقامة واحدة. صحيح» .

وقال مالك: يؤذن للأولى والثانية ويقيم؛ لأن الثانية منهما صلاة يشرع لها الأذان، وهي مفعولة في وقتها، فيؤذن لها كالأولى. **ولنا** على الجمع في وقت الأولى، ما روى جابر، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم –

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٠٤

جمع بين الظهر والعصر بعرفة، وبين المغرب والعشاء بمزدلفة، بأذان وإقامتين» . رواه مسلم. ولأن الأولى منهما في وقتها، فيشرع لها الأذان كما لو لم يجمعهما.

وأما إذا كان الجمع في وقت الثانية، فقد روى ابن عمر «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جمع بين المغرب والعشاء بجمع كل واحدة منهما بإقامة.» رواه البخاري. وإن جمع بينهما بإقامة، فلا بأس؛ لحديث آخر، ولأن الأولى مفعولة في غير وقتها، فأشبهت الفائتة، والثانية منهما مسبوقة بصلاة، فلا يشرع لها الأذان، كالثانية من الفوائت، وما ذهب إليه مالك يخالف الخبر الصحيح، وقد رواه في " موطئه " وذهب إلى ما سواه.

[فصل الأذان في السفر]

(٥٨٠) فصل: ويشرع الأذان في السفر للراعي وأشباهه، في قول أكثر أهل العلم، وكان ابن عمر يقيم لكل صلاة إقامة، إلا الصبح، فإنه يؤذن لها ويقيم، وكان يقول: إنما الأذان على الأمير، والإقامة على الذي يجمع الناس، وعنه، أنه كان لا يقيم في أرض تقام فيها الصلاة وعن علي أنه قال: إن شاء أذن وأقام، وإن شاء أقام وبه قال عروة، والثوري. وق ا ل الحسن، وابن سيرين: تجزئه الإقامة.

وقال إبراهيم في المسافرين: إذا كانوا رفاقا أذنوا وأقاموا، وإذا كان وحده أقام للصلاة **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يؤذن له في الحضر والسفر، وقد ذكرنا ذلك في حديث أبي قتادة، وعمران، وزياد بن الحارث، وأمر به مالك بن الحويرث وصاحبه، وما نقل عن السلف في هذا فالظاهر أنهم أرادوا الواحد وحده، وقد بينه إبراهيم النخعي في كلامه، والأذان مع ذلك أفضل؛ لما ذكرنا من حديث أبي سعيد، وحديث أنس، وروى عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «يعجب ربك من راعي غنم في رأس الشظية للجبل، يؤذن للصلاة، ويصلي، فيقول الله عز وجل: انظروا." (١)

"لا نعلم خلافا بين أهل العلم في إباحة التطوع على الراحلة في السفر الطويل. قال الترمذي: هذا عند عامة أهل العلم. وقال ابن عبد البر: أجمعوا على أنه جائز لكل من سافر سفرا يقصر فيه الصلاة أن يتطوع على دابته حيثما توجهت، يومئ بالركوع والسجود، يجعل السجود أخفض من الركوع. وأما السفر القصير وهو ما لا يباح فيه القصر، فإنه تباح فيه الصلاة على الراحلة عند إمامنا، والليث، والحسن بن حي، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٥/١

وقال مالك: لا يباح إلا في سفر طويل؛ لأنه رخصة سفر، فاختص بالطويل كالقصر. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿ولله المشرق والمغرب فأينما تولوا فثم وجه الله﴾ [البقرة: ١١٥] ، قال ابن عمر: نزلت هذه الآية في التطوع خاصة، حيث توجه بك بعيرك. وهذا مطلق يتناول بإطلاقه محل النزاع. وعن ابن عمر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «كان يوتر على بعيره» وفي رواية: «كان يسبح على ظهر راحلته حيث كان وجهه، يومئ برأسه» وكان ابن عمر يفعله متفق عليهما. وللبخاري: «إلا الفرائض» . ولمسلم، وأبي داود: «غير أنه لا يصلي عليها المكتوبة» . ولم يفرق بين قصير السفر وطويله، ولأن إباحة الصلاة على الراحلة تخفيف في التطوع، كي لا يؤدي إلى قطعها وتقليلها، وهذا يستوي فيه الطويل والقصير، والقصر والفطر يراعى فيه المشقة، وإنما توجد غالبا في الطويل.

قال القاضي: الأحكام التي يستوي فيها الطويل من السفر والقصير ثلاثة: التيمم، وأكل الميتة في المخمصة، والتطوع على الراحلة، وبقية الرخص تخص الطويل؛ الفطر، والجمع، والمسح ثلاثا.

[فصل حكم الصلاة على الراحلة]

(٦٠٧) فصل: وحكم الصلاة على الراحلة حكم الصلاة في الخوف، في أنه يومئ بالركوع والسجود، ويجعل السجود أخفض من الركوع. قال جابر: «بعثني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في حاجة، فجئت وهو يصلي على راحلته نحو المشرق، والسجود أخفض من الركوع» . رواه أبو داود. ويجوز أن يصلي على البعير والحمار وغيرهما. قال ابن عمر: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي على حمار، وهو متوجه إلى خيبر.» . رواه أبو داود، والنسائي. لكن إن صلى على حيوان نجس فلا بد أن يكون بينهما سترة طاهرة.

[فصل المصلي على الراحلة في مكان واسع]

(٦٠٨) فصل: فإن كان على الراحلة في مكان واسع، كالمنفرد في العمارية يدور فيها كيف شاء، ويتمكن من." (١)

"ابن عقيل؛ إن خرج بعضه عن مسامتة الكعبة لم تصح صلاته. وقال بعض أصحابنا: الناس في استقبالها على أربعة أضرب: منهم من يلزمه اليقين، وهو من كان معاينا للكعبة، أو كان بمكة من أهلها، أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٥/١

ناشئا بها من وراء حائل محدث كالحيطان، ففرضه التوجه إلى عين الكعبة يقينا. وهكذا إن كان بمسجد النبي - صلى الله عليه وسلم - لأنه متيقن صحة قبلته، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - لا يقر على الخطأ، وقد روى أسامة «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى ركعتين، قبل القبلة، وقال: هذه القبلة» .

الثاني: من فرضه الخبر، وهو من كان بمكة غائبا عن الكعبة من غير أهلها، ووجد مخبرا يخبره عن يقين أو مشاهدة، مثل أن يكون من وراء حائل، وعلى الحائل من يخبره، أو كان غريبا نزل بمكة، فأخبره أهل الدار، وكذلك لو كان في مصر أو قرية، ففرضه التوجه إلى محاريبهم وقبلتهم المنصوبة؛ لأن هذه القبل ينصبها أهل الخبرة والمعرفة، فجرى ذلك مجرى الخبر، فأغنى عن الاجتهاد، وإن أخبره مخبر من أهل المعرفة بالقبلة؛ أما من أهل البلد، أو من غيره، صار إلى خبره، وليس له الاجتهاد، كما يقبل الحاكم النص من الثقة، ولا يجتهد. الثالث: من فرضه الاجتهاد، وهو من عدم هاتين الحالتين، وهو عالم بالأدلة.
الرابع: من فرضه التقليد، وهو الأعمى ومن لا اجتهاد له، وعدم الحالتين، ففرضه تقليد المجتهدين. والواجب على هذين وسائر من بعد من مكة طلب جهة الكعبة، دون إصابة العين. قال أحمد: ما بين المشرق والمغرب قبلة، فإن انحرف عن القبلة قليلا لم يعد، ولكن يتحرى الوسط. وبهذا قال أبو حنيفة.
وقال الشافعي: في أحد قوليه كقولنا، والآخر: الفرض إصابة العين؛ لقول الله تعالى: ﴿وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره﴾ [البقرة: ١٤٤] ولأنه يجب عليه التوجه إلى الكعبة، فلزمه التوجه إلى عينها، كالمعاين.
ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: »ما بين المشرق والمغرب قبلة» . رواه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.
وظاهره أن جميع ما بينهما قبلة. ولأنه لو كان الفرض إصابة العين، لما صحت صلاة أهل الصف الطويل على خط مستو، ولا صلاة اثنين متباعدين يستقبلان قبلة واحدة، فإنه لا يجوز أن يتوجه إلى الكعبة مع طول الصف إلا بقدرها. فإن قيل: مع البعيد يتسع المحاذي. قلنا: إنما يتسع مع تقوس الصف، أما مع استوائه فلا. وشطر البيت: نحوه وقبله.

[فصل محاريب الكفار]
فصل: فأما محاريب الكفار فلا يجوز أن يستدل بها؛ لأن قولهم لا يستدل به، فمحاريبهم أولى، إلا أن

نعلم قبلتهم كالنصارى، نعلم أن قبلتهم المشرق، فإذا رأى محاريبهم في كنائسهم علم أنها مستقبلة المشرق.." (١)

"اتقاء سخطك وابتغاء مرضاتك، فأسألك أن تنقذني من النار، وأن تغفر لي ذنوبي، إنه لا يغفر الذنوب إلا أنت. أقبل الله عليه بوجهه، واستغفر له سبعون ألف ملك. ويقول: بسم الله ﴿الذي خلقني فهو يهدين﴾ [الشعراء: ٧٨] إلى قوله: ﴿إلا من أتى الله بقلب سليم﴾ [الشعراء: ٨٩] » .

(٦٣٤) فصل: فإذا دخل المسجد قدم رجله اليمنى وقال ما رواه مسلم، عن أبي حميد، أو أبي أسيد قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا دخل أحدكم المسجد فليقل: اللهم افتح لي أبواب رحمتك. وإذا خرج فليقل: اللهم إني أسألك من فضلك» ، وعن فاطمة بنت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قالت: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا دخل المسجد صلى على محمد وسلم، وقال: رب اغفر لي ذنوبي، وافتح لي أبواب رحمتك، وإذا خرج صلى على محمد، وقال: رب اغفر لي، وافتح لي أبواب فضلك» . رواه الترمذي.

ولا يجلس حتى يركع ركعتين؛ لما روى أبو قتادة، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين» . متفق عليه. ثم يجلس مستقبل القبلة، ويشتغل بذكر الله تعالى، أو قراءة القرآن، أو يسكت، ولا يخوض في حديث الدنيا، ولا يشبك أصابعه؛ لما روى أبو سعيد، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا كان أحدكم في المسجد فلا يشبكن؛ فإن التشبيك من الشيطان، وإن أحدكم لا يزال في صلاة ما كان في المسجد، حتى يخرج منه» . رواه أحمد، في " المسند "

[فصل إذا أقيمت الصلاة لم يشتغل عنها بنافلة]

(٦٣٥) فصل: وإذا أقيمت الصلاة، لم يشتغل عنها بنافلة، سواء خشي فوات الركعة الأولى أم لم يخش. وبهذا قال أبو هريرة، وابن عمر، وعروة، وابن سيرين، وسعيد بن جبير، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. وروي عن ابن مسعود، أنه دخل والإمام في صلاة الصبح، فركع ركعتي الفجر. وهذا مذهب الحسن، ومكحول، ومجاهد. وحماد بن أبي سليمان. وقال مالك: إن لم يخف فوات الركعة ركعهما خارج المسجد.

وقال الأوزاعي، وسعيد بن عبد العزيز، وأبو حنيفة: يركعهما إلا أن يخاف فوات الركعة الأخيرة. ولنا، قول

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣١٨

النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة» . رواه مسلم. ولأن ما يفوته مع الإمام أفضل مما يأتي به، فلم يشتغل به، كما لو خاف فوات الركعة. قال ابن عبد البر في هذه المسألة: الحجة عند التنازع السنة، فمن أدلى بها فقد فلح، ومن استعملها فقد نجا.

قال: وقد روت عائشة – رضي الله عنها – «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – خرج حين أقيمت الصلاة، فرأى ناسا يصلون، فقال: أصلاتان معا؟» . وروى نحو ذلك أنس، وعبد الله بن سرجس، وابن بحينة، وأبو هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – ورواهن." (١)

"[فصل يستحب للإمام تسوية الصفوف]

(٦٣٨) فصل: ويستحب للإمام تسوية الصفوف، يلتفت عن يمينه، فيقول: استووا. رحمكم الله. وعن يساره كذلك؛ لما ذكرنا من الحديث، وعن محمد بن مسلم، قال: «صليت إلى جنب أنس بن مالك يوما، فقال: هل تدري لم صنع هذا العود؟ قلت: لا والله. فقال: لأن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان إذا قام إلى الصلاة أخذه بيمينه، فقال: اعتدلوا، وسووا صفوفكم. ثم أخذه بيساره، وقال: اعتدلوا، وسووا صفوفكم» . رواه أبو داود. وعنه قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «سووا صفوفكم، فإن تسوية الصف من تمام الصلاة» . متفق عليه.

[مسألة الصلاة لا تنعقد إلا بقول الله أكبر]

(٦٣٩) مسألة: قال أبو القاسم: (وإذا قام إلى الصلاة فقال: الله أكبر) وجملته أن الصلاة لا تنعقد إلا بقول: " الله أكبر ". عند إمامنا، ومالك. وكان ابن مسعود، وطاوس، وأيوب، ومالك، والثوري، والشافعي، يقولون: افتتاح الصلاة التكبير. وعلى هذا عوام أهل العلم في القديم والحديث، إلا أن الشافعي قال: تنعقد بقوله: الله الأكبر. لأن الألف واللام لم تغيره عن بنيته ومعناه، وإنما أفادت التعريف.

وقال أبو حنيفة: تنعقد بكل اسم لله تعالى على وجه التعظيم، كقوله: الله عظيم. أو كبير، أو جليل. وسبحان الله. والحمد لله. ولا إله إلا الله. ونحوه. قال الحاكم: لأنه ذكر الله تعالى على وجه التعظيم، أشبه قوله: الله أكبر. واعتبر ذلك بالخطبة، حيث لم يتعين لفظها. **ولنا**، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «تحريمها التكبير» . رواه أبو داود.

«وقال للمسيء في صلاته: إذا قمت إلى الصلاة فكبر» . متفق عليه. وفي حديث رفاعة أن النبي – صلى

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٢٩

الله عليه وسلم – قال: «لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الوضوء مواضعه، ثم يستقبل القبلة، فيقول: الله أكبر» . «وكان النبي – صلى الله عليه وسلم – يفتتح الصلاة بقوله: الله أكبر» . لم ينقل عنه عدول عن ذلك حتى فارق الدنيا، وهذا يدل على أنه لا يجوز العدول عنه، وما قاله أبو حنيفة يخالف دلالة الأخبار، فلا يصار إليه، ثم يبطل بقول: اللهم اغفر لي.

ولا يصح القياس على الخطبة؛ لأنه لم يرد عن النبي – صلى الله عليه وسلم – فيها لفظ بعينه في جميع خطبه، ولا أمر به، ولا يمنع من الكلام فيها والتلفظ بما شاء من الكلام المباح، والصلاة بخلافه، وما قاله الشافعي عدول عن المنصوص، فأشبه ما لو قال: الله العظيم. وقولهم: لم تغير بنيته ولا معناه. لا يصح؛ لأنه نقله عن التنكير إلى التعريف، وكان متضمنا." (١)

"لإضمار أو تقدير. فزال، فإن قوله " الله أكبر " التقدير: من كل شيء.

ولم يرد في كلام الله تعالى، ولا في كلام رسوله – صلى الله عليه وسلم – ولا في المتعارف في كلام الفصحاء إلا هكذا، فإطلاق لفظ التكبير ينصرف إليها دون غيرها، كما أن إطلاق لفظ التسمية ينصرف إلى قول " بسم الله " دون غيره، وهذا يدل على أن غيرها ليس مثلا لها.

[فصل التكبير ركن في الصلاة]

(٦٤٠) فصل: والتكبير ركن في الصلاة، لا تنعقد الصلاة إلا به، سواء تركه عمدا أو سهوا، وهذا قول ربيعة، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر. وقال سعيد بن المسيب، والحسن، والزهري، وقتادة، والحكم، والأوزاعي: من نسي تكبيرة الافتتاح، أجزأته تكبيرة الركوع. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «تحريمها التكبير» . يدل على أنه لا يدخل في الصلاة بدونه.

[فصل لا يصح التكبير إلا مرتبا]

(٦٤١) فصل: ولا يصح التكبير إلا مرتبا، فإن نكسه لم يصح؛ لأنه لا يكون تكبيرا. ويجب على المصلي أن يسمعه نفسه إماما كان أو غيره، إلا أن يكون به عارض من طرش، أو ما يمنعه السماع، فيأتي به بحيث لو كان سميعا أو لا عارض به سمعه، ولأنه ذكر محله اللسان، ولا يكون كلاما بدون الصوت، والصوت ما يتأتى سماعه، وأقرب السامعين إليه نفسه، فمتى لم يسمعه لم يعلم أنه أتى بالقول، ولا فرق بين الرجل

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٣/١

والمرأة فيما ذكرناه.

[فصل يستحب للإمام أن يجهر بالتكبير]

(٦٤٢) فصل: ويستحب للإمام أن يجهر بالتكبير، بحيث يسمع المأمومون ليكبروا، فإنهم لا يجوز لهم التكبير إلا بعد تكبيره، فإن لم يمكنه إسماعهم، جهر بعض المأمومين ليسمعهم، أو ليسمع من لا يسمع الإمام؛ لما روى جابر، قال: «صلى بنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبو بكر خلفه، فإذا كبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كبر أبو بكر؛ ليسمعنا» . متفق عليه.

[فصل يبين التكبير ولا يمد في غير موضع المد]

(٦٤٣) فصل: ويبين التكبير، ولا يمد في غير موضع المد، فإن فعل بحيث تغير المعنى، مثل أن يمد الهمزة الأولى، فيقول: آلله. فيجعلها استفهاما، أو يمد أكبر. فيزيد ألفا، فيصير جمع كبر،." (١)

"وهو الطبل، لم يجز؛ لأن المعنى يتغير به. وإن قال: الله أكبر وأعظم وأجل. ونحوه، لم يستحب. نص عليه، وانعقدت الصلاة بالتكبيرة الأولى.

[فصل التكبير بغير العربية]

فصل: ولا يجزئه التكبير بغير العربية مع قدرته عليها. وبهذا قال الشافعي. وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: يجزئه؛ لقول الله تعالى: ﴿وذكر اسم ربه فصلى﴾ [الأعلى: ١٥] . وهذا قد ذكر اسم ربه. **ولنا**، ما تقدم من النصوص، وأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يعدل عنها، وهذا يخص ما ذكروا. فإن لم يحسن العربية، لزمه تعلم التكبير بها، فإن خشي فوات الوقت كبر بلغته. ذكره القاضي في " المجرد ". وهو مذهب الشافعي.

وقال القاضي في " الجامع ": لا يكبر بغير العربية، ويكون حكمه حكم الأخرس، كمن عجز عن القراءة بالعربية لا يعبر عنها بغيرها. والأول أصح؛ لأن التكبير ذكر الله، وذكر الله تعالى يحصل بكل لسان، وأما القرآن فإنه عربي، فإذا عبر عنه بغير العربية لم يكن قرآنا، والذكر لا يخرج بذلك عن كونه ذكرا.

[فصل فإن كان أخرس أو عاجزا عن التكبير بكل لسان]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٣٤

(٦٤٥) فصل: فإن كان أخرس أو عاجزا عن التكبير بكل لسان، سقط عنه، وقال القاضي: عليه تحريك لسانه؛ لأن الصحيح يلزمه النطق بتحريك لسانه، فإذا عجز عن أحدهما لزمه الآخر. ولا يصح هذا؛ لأنه قول عجز عنه، فلم يلزمه تحريك لسانه في موضعه كالقراءة، وإنما لزمه تحريك لسانه بالتكبير مع القدرة عليه ضرورة يوقف التكبير عليها، فإذا سقط التكبير سقط ما هو من ضرورته، كمن سقط عنه القيام، سقط عنه النهوض إليه، وإن قدر عليه. ولأن تحريك اللسان من غير نطق عبث لم يرد الشرع به، فلا يجوز في الصلاة، كالعبث بسائر جوارحه.

[فصل يأتي بالتكبير قائما]

(٦٤٦) فصل: وعليه أن يأتي بالتكبير قائما. فإن انحنى إلى الركوع بحيث يصير راكعا قبل إنهاء التكبير، لم تنعقد صلاته، إلا أن تكون نافلة؛ لسقوط القيام فيها. ويحتمل أن لا تنعقد أيضا؛ لأن صفة الركوع غير صفة القعود، ولم يأت التكبير قائما ولا قاعدا. ولو كان ممن تصح صلاته قاعدا، كان عليه الإتيان بالتكبير قبل وجود الركوع منه. وقال القاضي: إن كبر في الفريضة، في حال انحنائه إلى الركوع، انعقدت نفلا؛ لأنها امتنع وقوعها فرضا، وأمكن جعلها نفلا، فأشبه من أحرم بفريضة، فبان أنه لم يدخل وقتها.

[فصل لا يكبر المأموم حتى يفرغ إمامه من التكبير]

(٦٤٧) فصل: ولا يكبر المأموم حتى يفرغ إمامه من التكبير. وقال أبو حنيفة: يكبر معه، كما يركع معه.."
(١)

"**ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا» . متفق عليه. والركوع مثل ذلك، فإنه إنما يركع بعده، إلا أنه لا تفسد صلاته بالركوع معه، لأنه قد دخل في الصلاة، وهاهنا بخلافه. فإن كبر قبل إمامه، لم ينعقد تكبيره، وعليه استئناف التكبير بعد تكبير الإمام.

[فصل التكبير من الصلاة]

(٦٤٨) فصل: والتكبير من الصلاة. وقال أصحاب أبي حنيفة. ليس هو منها؛ بدليل إضافته إليها، بقوله: «تحريمها التكبير» ، ولا يضاف الشيء إلى نفسه. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في الصلاة: «إنما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن» . رواه مسلم وأبو داود. وما ذكروه غلط؛ فإن أجزاء الشيء تضاف

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٣٥

إليه، كيد الإنسان ورأسه وأطرافه.

[مسألة وجوب النية للصلاة]

(٦٤٩) مسألة: قال: (وينوي بها المكتوبة، يعني بالتكبيرة. ولا نعلم خلافا بين الأمة في وجوب النية للصلاة، وأن الصلاة لا تنعقد إلا بها) والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ [البينة: ٥] . والإخلاص عمل القلب، وهو النية، وإرادة الله وحده دون غيره، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الأعمال بالنيات، ولكل امرئ ما نوى» . ومعنى النية القصد، ومحلها القلب. وإن لفظ بما نواه، كان تأكيدا. فإن كانت الصلاة مكتوبة، لزمته نية الصلاة بعينها؛ ظهرا، أو عصرا، أو غيرهما، فيحتاج إلى نية شيئين؛ الفعل، والتعيين.

واختلف أصحابنا في نية الفرضية؛ فقال بعضهم: لا يحتاج إليها، لأن التعيين يغني عنها؛ لكون الظهر مثلا لا يكون إلا فرضا من المكلف. وقال ابن حامد: لا بد من نية الفرضية؛ لأن المعينة قد تكون نفلا، كظهر الصبي والمعادة، فيفتقر إلى ثلاثة أشياء؛ الفعل، والتعيين، والفرضية. ويحتمل هذا كلام الخرقي؛ لقوله: " ينوي بها المكتوبة " أي الواجبة المعينة. والألف واللام هنا للمعهود، أي أنها المكتوبة الحاضرة.

وقال القاضي: ظاهر كلام الخرقي، أنه لا يفتقر إلى التعيين؛ لأنه إذا نوى المفروضة انصرفت النية إلى الحاضرة. والصحيح أنه لا بد من التعيين، والألف واللام هنا للمعهود، كما ذكرنا، والحضور لا يكفي عن النية؛ بدليل أنه لم يغن عن نية المكتوبة، وقد يكون عليه صلوات، فلا تتعين إحداهن بدون التعيين. فأما الفائتة، فإن عينها بقلبه أنها ظهر اليوم، لم يحتج إلى نية القضاء، ولا الأداء، بل لو نواها أداء، فبان أن وقتها قد خرج وقعت قضاء من غير نية.

ولو ظن أن الوقت قد خرج، فنواها قضاء، فبان أنها في وقتها، وقعت أداء من غير نية، كالأسير إذا تحرى وصام شهرا، يريد به شهر رمضان، فوافقه، أو ما بعده، أجزأه.." (١)

"كان إذا دخل في الصلاة رفع يديه مدا» . وقال الشافعي: السنة أن يفرق أصابعه؛ لما روي عن أبي هريرة «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان ينشر أصابعه للتكبير» . **ولنا**، ما ذكرناه، وحديثهم قال الترمذي: هذا خطأ، والصحيح ما رويناه. ثم لو صح كان معناه مد أصابعه.

قال أحمد: أهل العربية قالوا: هذا الضم. وضم أصابعه. وهذا النشر. ومد أصابعه. وهذا التفريق. وفرق

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٣٦

أصابعه. ولأن النشر لا يقتضي التفريق كنشر الثوب، ولهذا يستعمل في الشيء الواحد، ولا تفريق فيه.

(٦٥٨) فصل: ويبتدئ رفع يديه مع ابتداء التكبير، ويكون انتهاؤه مع انقضاء تكبيره، ولا يسبق أحدهما صاحبه، فإذا انقضى التكبير حط يديه، فإن نسي رفع اليدين حتى فرغ من التكبير، لم يرفعهما؛ لأنه سنة فات محلها.

وإن ذكره في أثناء التكبير رفع؛ لأن محله باق. فإن لم يمكنه رفع يديه إلى المنكبين رفعهما قدر ما يمكنه. وإن أمكنه رفع إحداهما دون الأخرى رفعها؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» وإن لم يمكنه رفعهما إلا بالزيادة على المسنون رفعهما؛ لأنه يأتي بالسنة وزيادة مغلوب عليها. وقول الشافعي كقولنا في هذا الفصل جميعه.

(٦٥٩) فصل: وإن كانت يداه في ثوبه، رفعهما بحيث يمكن؛ لما روى وائل بن حجر، قال: «أتيت النبي – صلى الله عليه وسلم – في الشتاء، فرأيت أصحابه يرفعون أيديهم في ثيابهم في الصلاة» . وفي رواية، قال: ثم جئت في زمان فيه برد شديد فرأيت الناس عليهم جل الثياب، تتحرك أيديهم تحت الثياب. رواهما أبو داود وفي رواية؛ فرأيتهم يرفعون أيديهم إلى صدورهم.

(٦٦٠) فصل: والإمام والمأموم والمنفرد في هذا سواء، وكذلك الفريضة والنافلة، لأن الأخبار لا تفريق فيها. فأما المرأة فذكر القاضي فيها روايتين عن أحمد إحداهما، ترفع؛ لما روى الخلال، بإسناده عن أم الدرداء، وحفصة بنت سيرين أنهما كانتا ترفعان أيديهما. وهو قول طاوس، ولأن من شرع في حقه التكبير شرع في حقه الرفع كالرجل، فعلى هذا ترفع قليلا. قال أحمد: رفع دون الرفع. والثانية: لا يشرع؛ لأنه في معنى التجافي، ولا يشرع ذلك لها، بل تجمع نفسها في الركوع والسجود وسائر صلاتها.." (١)

"[مسألة وضع اليمنى على اليسرى في الصلاة]

(٦٦١) مسألة: قال: (ثم يضع يده اليمنى على كوعه اليسرى) أما وضع اليمنى على اليسرى في الصلاة، فمن سنتها في قول كثير من أهل العلم، يروى ذلك عن علي، وأبي هريرة، والنخعي، وأبي مجلز، وسعيد بن جبير، والثوري، والشافعي وأصحاب الرأي، وحكاه ابن المنذر عن مالك.

وظاهر مذهبه الذي عليه أصحابه إرسال اليدين، وروي ذلك عن ابن الزبير، والحسن. ولنا: ما روى قبيصة بن هلب، عن أبيه، قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يؤمنا فيأخذ شماله بيمينه» ، رواه الترمذي، وقال: حديث حسن، وعليه العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم –

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٣٤٠

والتابعين، ومن بعدهم. وعن أبي حازم، عن سهل بن سعد، قال: كان الناس يؤمرون أن يضع الرجل يده اليمنى على ذراعه اليسرى في الصلاة. قال أبو حازم: لا أعلمه إلا ينمي ذلك إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. رو اه البخاري.

وعن ابن مسعود، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – مر به وهو واضع شماله على يمينه فأخذ يمينه فوضعها على شماله» رواه أبو داود. ورواهما الأثرم. وفي (المسند) ، عن غطيف، قال: ما نسيت من الأشياء فلم أنس أني «رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – واضعا يمينه على شماله في الصلاة» .

ويستحب أن يضعها على كوعه، وما يقاربه؛ لما روى وائل بن حجر، أنه وصف صلاة النبي – صلى الله عليه وسلم – وقال في وصفه: ثم وضع يده اليمنى على ظهر كفه اليسرى والرسغ والساعد.

[مسألة وضع اليمين على الشمال تحت السرة في الصلاة]

(٦٦٢) مسألة: قال: (ويجعلهما تحت سرته) اختلفت الرواية في موضع وضعهما، فروي عن أحمد، أنه يضعهما تحت سرته. روي ذلك عن علي، وأبي هريرة وأبي مجلز، والنخعي، والثوري، وإسحاق؛ لما روي عن علي – رضي الله عنه – قال: من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة. رواه الإمام أحمد، وأبو داود. وهذا ينصرف إلى سنة النبي – صلى الله عليه وسلم – ولأنه قول من ذكرنا من الصحابة.

وعن أحمد؛ أنه يضعهما فوق السرة. وهو قول سعيد بن جبير، والشافعي؛ لما روى وائل بن حجر قال: «رأيت النبي – صلى الله عليه وسلم – يصلي فوضع يديه على صدره إحداهما على الأخرى» . وعنه أنه مخير في ذلك؛ لأن الجميع مروي،، والأمر في ذلك واسع

[مسألة الاستفتاح من سنن الصلاة]

(٦٦٣) مسألة: قال: (ويقول: سبحانك اللهم وبحمدك، وتبارك اسمك، وتعالى جدك، ولا إله غيرك) وجملته أن الاستفتاح من سنن الصلاة في قول أكثر أهل العلم، وكان مالك لا يراه، بل يكبر ويقرأ؛ لما روى أنس، قال: «كان النبي – صلى الله عليه وسلم – وأبو بكر وعمر يفتتحون الصلاة بالحمد لله رب العالمين» . متفق عليه.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤١/١

"قد صح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إلا أنه قال في حديث علي: بعضهم يقول في صلاة الليل. ولأن العمل به متروك، فإنا لا نعلم أحدا يستفتح به كله، وإنما يستفتحون بأوله.

(٦٦٤) فصل: قال أحمد: ولا يجهر الإمام بالافتتاح. وعليه عامة أهل العلم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يجهر به، وإنما جهر به عمر، ليعلم الناس. وإذا نسي الاستفتاح، أو تركه عمدا حتى شرع في الاستعاذة، لم يعد إليه؛ لأنه سنة فات محلها. وكذلك إن نسي التعوذ حتى شرع في القراءة، لم يعد إليه لذلك.

[مسألة الاستعاذة قبل القراءة في الصلاة]

(٦٦٥) مسألة: قال (ثم يستعيذ) وجملة ذلك أن الاستعاذة قبل القراءة في الصلاة سنة. وبذلك قال الحسن وابن سيرين، وعطاء، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق وأصحاب الرأي. وقال مالك: لا يستعيذ؛ لحديث أنس ولنا قول الله تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨] . وعن أبي سعيد عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أنه كان إذا قام إلى الصلاة استفتح، ثم يقول: أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم، من همزه، ونفخه، ونفثه» قال الترمذي: هذا أشهر حديث في الباب. وقال ابن المنذر جاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه كان يقول قبل القراءة: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم» . وحديث أنس قد مضى جوابه.

وصفة الاستعاذة: أن يقول: أعوذ بالله من الشيطان الرجيم. وهذا قول أبي حنيفة والشافعي؛ لقول الله تعالى ﴿فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨] وعن أحمد أنه يقول؛ أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم؛ لخبر أبي سعيد ولقول الله تعالى ﴿فاستعذ بالله إنه هو السميع العليم﴾ [فصلت: ٣٦] وهذا متضمن لزيادة، ونقل حنبل عنه: أنه يزيد بعد ذلك: إن الله هو السميع العليم. وهذا كله واسع، وكيفما استعاذ فهو حسن، ويسر الاستعاذة، ولا يجهر بها، لا أعلم فيه خلافا.

[مسألة قراءة الفاتحة في الصلاة]

(٦٦٦) مسألة: قال: (ثم يقرأ: الحمد لله رب العالمين) وجملة ذلك أن قراءة الفاتحة واجبة في الصلاة، وركن من أركانها، لا تصح إلا بها في المشهور عن أحمد. نقله عنه الجماعة. وهو قول مالك، والثوري، والشافعي وروي عن عمر بن الخطاب، وعثمان بن أبي العاص وسعيد بن جبير - رضي الله عنهم -، أنهم قالوا: لا صلاة إلا بقراءة فاتحة الكتاب وروي عن أحمد رواية أخرى، أنها لا تتعين، وتجزئ قراءة آية من

القرآن، من أي موضع كان. وهذا قول أبي حنيفة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - للمسيء في صلاته: «ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن»." (١)

"[فصل قراءة الفاتحة في كل ركعة]

(٦٧٣) فصل: ويجب قراءة الفاتحة في كل ركعة في الصحيح من المذهب. وهذا مذهب مالك، والأوزاعي، والشافعي. وعن أحمد: أنها لا تجب إلا في ركعتين من الصلاة. ونحوه عن النخعي، والثوري، وأبي حنيفة؛ لما روي، عن علي، - رضي الله عنه - أنه قال: اقرأ في الأوليين، وسبح في الأخريين. ولأن القراءة لو وجبت في بقية الركعات، لسن الجهر بها في بعض الصلوات، كالأوليين. وعن الحسن: أنه إن قرأ في ركعة واحدة، أجزأه؛ لقول الله تعالى: ﴿فاقرءوا ما تيسر من القرآن﴾ [المزمل: ٢٠] .

وعن مالك، أنه إن قرأ في ثلاث، أجزأه؛ لأنها معظم الصلاة. **ولنا**، ما روى أبو قتادة «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقرأ في الظهر في الأوليين بأم الكتاب وسورتين، ويطول الأولى، ويقصر في الثانية، ويسمع الآية أحيانا، وفي الركعتين الأخريين بأم الكتاب» متفق عليه «. وقال: صلوا كما رأيتموني أصلي» متفق عليه. وعن أبي سعيد قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا صلاة لمن لم يقرأ في كل ركعة بفاتحة الكتاب» . وعنه، وعن عبادة، قالا: «أمرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن نقرأ بفاتحة الكتاب، في كل ركعة» . رواهما إسماعيل بن سعيد الشالنجي. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - علم المسيء في صلاته كيف يصلي الركعة الأولى، ثم قال: (وافعل ذلك في صلاتك كلها) .

فيتناول الأمر بالقراءة. وعن جابر قال: (من صلى ركعة، فلم يقرأ فيها فلم يصل. إلا خلف الإمام) رواه مالك، في " الموطأ ". وحديث علي يرويه الحارث الأعور، قال الشعبي: كان كذابا. ثم هو من قول علي. وقد خالفه عمر، وجابر، والإسرار لا ينفي الوجوب؛ بدليل الأوليين من الظهر والعصر.

[فصل لا تجزئه القراءة بغير العربية في الصلاة]

(٦٧٤) فصل: ولا تجزئه القراءة بغير العربية، ولا إبدال لفظها بلفظ عربي، سواء أحسن قراءته بالعربية أو لم يحسن. وبه قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك. وقال بعض أصحابه:." (٢)

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٤٣

(٢) المغني لابن قدامة ١/٣٥٠

"أنما يجوز لمن لم يحسن العربية. واحتج بقوله تعالى: ﴿وأوحي إلي هذا القرآن لأنذركم به ومن بلغ﴾ [الأنعام: ١٩] . ولا ينذر كل قوم إلا بلسانهم ولنا قول الله تعالى: ﴿قرآنا عربيا﴾ [يوسف: ٢] .
وقوله تعالى: ﴿بلسان عربي مبين﴾ [الشعراء: ١٩٥] . ولأن القرآن معجزة؛ لفظه، ومعناه، فإذا غير خرج عن نظمه، فلم يكن قرآنا ولا مثله، وإنما يكون تفسيرا له، ولو كان تفسيره مثله لما عجزوا عنه لما تحداهم بالإتيان بسورة من مثله، أما الإنذار، فإنه إذا فسره لهم كان الإنذار بالمفسر دون التفسير. (٦٧٥) فصل: فإن لم يحسن القراءة بالعربية، لزمه التعلم، فإن لم يفعل مع القدرة عليه، لم تصح صلاته، فإن لم يقدر أو خشي فوات الوقت، وعرف من الفاتحة آية، كررها سبعا. قال القاضي: لا يجزئه غير ذلك؛ لأن الآية منها أقرب إليها من غيرها.
وكذلك إن أحسن منها أكثر من ذلك، كرره بقدره. ويحتمل أن يأتي ببقية الآي من غيرها؛ لأن هذه الآية يسقط فرضها بقراءتها، فيعدل عن تكرارها إلى غيرها، كمن وجد بعض الماء، فإنه يغسل به، ويعدل إلى التيمم. وذكر القاضي هذا الاحتمال في " الجامع ". ولأصحاب الشافعي وجهان، كما ذكرنا. فأما إن عرف بعض آية، لم يلزمه تكرارها، وعدل إلى غيرها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر الذي لا يحسن القرآن أن يقول: (الحمد لله) وغيرها.
وهي بعض آية، ولم يأمره بتكرارها.
وإن لم يحسن شيئا منها، وكان يحفظ غيرها من القرآن، قرأ منه بقدرها إن قدر، لا يجزئه غيره؛ لما روى أبو داود، عن رفاعة بن رافع، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا قمت إلى الصلاة، فإن كان معك قرآن فاقرأ به، وإلا فاحمد الله، وهلله، وكبره» ولأنه من جنسها، فكان أولى. ويجب أن يقرأ بعدد آياتها.
وهل يعتبر أن يكون بعدد حروفها؟ فيه وجهان: أحدهما، لا يعتبر؛ لأن الآيات هي المعتبرة، بدليل أنه لا يكفي عدد الحروف دونها، فأشبه من فاته صوم يوم طويل، فلا يعتبر أن يكون القضاء في يوم على قدر ساعات الأداء. والثاني: يلزمه ذلك؛ لأن الحرف مقصود؛ بدليل تقدير الحسنات به، ويخالف الصوم، إذ لا يمكن اعتبار المقدار في الساعات إلا بمشقة. فإن لم يحسن إلا آية، كررها سبعا. فإن لم يحسن شيئا من القرآن، ولا أمكنه التعلم قبل خروج الوقت، لزمه أن يقول: سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٥١

"والله أكبر، ولا حول ولا قوة إلا بالله؛ لما روى أبو داود، قال «جاء رجل إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: إني لا أستطيع أن آخذ شيئا من القرآن، فعلمني ما يجزئني منه. فقال: قل: سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله، والله أكبر، ولا حول ولا قوة إلا بالله قال: هذا لله. فما لي؟ قال: تقول: اللهم اغفر لي، وارحمني، وارزقني، واهدني، وعافني» .

ولا يلزمه الزيادة على الخمس الأول؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – اقتصر عليها، وإنما زاده عليها حين طلب الزيادة. وذكر بعض أصحاب الشافعي، أنه يزيد على هذه الخمس كلمتين، حتى تكون مقام سبع آيات. ولا يصح؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – علمه ذلك جوابا لقوله: علمني ما يجزئني. والسؤال كالمعتاد في الجواب، فكأنه قال: يجزئك هذا. وتفارق القراءة من غير الفاتحة؛ لأنه بدل من غير الجنس، فأشبه التيمم. فإن لم يحسن هذه الكلمات كلها، قال ما يحسن منها. وينبغي أن يلزمه تكرار ما يحسن منها بقدرها، كمن يحسن بعض الفاتحة. ويحتمل أن يجزئه التحميد والتهليل والتكبير؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فإن كان معك قرآن فاقرأ به، وإلا فاحمد الله، وهلله، وكبره» رواه أبو داود.

[مسألة التأمين عند فراغ الفاتحة في الصلاة]

(٦٧٦) مسألة: قال: (فإذا قال: ولا الضالين، قال: آمين) وجملته أن التأمين عند فراغ الفاتحة سنة للإمام والمأموم. روي ذلك عن ابن عمر وابن الزبير، وبه قال الثوري، وعطاء، والشافعي، ويحيى بن يحيى، وإسحاق، وأبو خيثمة، وابن أبي شيبة، وسليمان بن داود، وأصحاب الرأي.

وقال أصحاب مالك: لا يحسن التأمين للإمام؛ لما روى مالك، عن سمي، عن أبي صالح، عن أبي هريرة، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا قال الإمام غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقولوا: آمين؛ فإنه من وافق قوله قول الملائكة غفر له» . وهذا دليل على أنه لا يقولها. **ولنا**، ما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إذا أمن الإمام فأمنوا، فإنه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له» متفق عليه وروى وائل بن حجر «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان إذا قال: ولا الضالين. قال: آمين، ورفع بها صوته» ، رواه أبو داود ورواه الترمذي، وقال: ومد بها صوته. وقال: هو حديث حسن ، وقد قال بلال للنبي – صلى الله عليه وسلم –: (لا تسبقني بآمين) . وحديثهم لا حجة لهم فيه، وإنما قصد به تعريفهم موضع تأمينهم، وهو عقيب قول الإمام: (ولا الضالين) . لأنه موضع تأمين الإمام، ليكون تأمين الإمام والمأمومين في وقت واحد موافقا لتأمين الملائكة، وقد جاء هذا مصرحا به، كما قلنا، وهو ما

روي عن الإمام أحمد، في " مسنده ". عن أبي هريرة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: إذا قال الإمام: ولا الضالين. فقولوا: آمين. فإن الملائكة تقول: آمين. والإمام يقول: آمين. فمن وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه» ، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في اللفظ الآخر: (إذا أمن الإمام) .

يعني إذا شرع في التأمين." (١)

"(٦٧٧) فصل: ويسن أن يجهر به الإمام والمأموم فيما يجهر فيه بالقراءة، وإخفاؤها فيما يخفي فيه. وقال أبو حنيفة، ومالك في إحدى الروايتين عنه: يسن إخفاؤها؛ لأنه دعاء. فاستحب إخفاؤه كالتشهد.

ولنا «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: آمين. ورفع بها صوته» ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بالتأمين عند تأمين الإمام، فلو لم يجهر به لم يعلق عليه، كحالة الإخفاء. وما ذكروه يبطل بآخر الفاتحة، فإنه دعاء ويجهر به، ودعاء التشهد تابع له. فيتبعه في الإخفاء، وهذا تابع للقراءة فيتبعها في الجهر.

فصل: فإن نسي الإمام التأمين أمن المأموم، ورفع صوته؛ ليذكر الإمام، فيأتي به، لأنه سنة قولية إذا تركها الإمام أتى بها المأموم، كالاستعاذة، وإن أخفاها الإمام جهر بها المأموم؛ لما ذكرناه. وإن ترك التأمين نسيانا، أو عمدا، حتى شرع في قراءة السورة، لم يأت به؛ لأنه سنة فات محلها.

(٦٧٩) فصل: في " آمين " لغتان: قصر الألف، ومدها، مع التخفيف فيهما، قال الشاعر:

تباعد مني فطحل إذ دعوته ... أمين فزاد الله ما بيننا بعدا

وأنشدوا في الممدود:

يا رب لا تسلبني حبها أبدا ... ويرحم الله عبدا قال آمينا

ومعنى " آمين " اللهم استجب لي. قاله الحسن.

وقيل: هو اسم من أسماء الله عز وجل. ولا يجوز التشديد فيها؛ لأنه يحيل معناها، فيجعله بمعنى قاصدين، كما قال الله تعالى: ﴿ولا آمين البيت الحرام﴾ [المائدة: ٢] .

(٦٨٠) فصل: يستحب أن يسكت الإمام عقيب قراءة الفاتحة سكتة يستريح فيها، ويقرأ فيها من خلفه الفاتحة، كي لا ينازعوه فيها. وهذا مذهب الأوزاعي، والشافعي، وإسحاق. وكرهه مالك، وأصحاب الرأي.

ولنا، ما روى أبو داود، وابن ماجه أن، سمرة، حدث، أنه حفظ عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٥٢

سكتتين؛ سكتة إذا كبر، وسكتة إذا فرغ من قراءة (غير المغضوب عليهم ولا الضالين) فأنكر عليه عمران، فكتبا في ذلك إلى أبي بن كعب، فكان في كتابه إليهما، أن سمرة قد حفظ. قال أبو سلمة بن عبد الرحمن: للإمام سكتتان، فاغتنموا فيهما القراءة بفاتحة الكتاب، إذا دخل في الصلاة وإذا قال ولا الضالين.." (١)

"ولا يصل قراءته بتكبيرة الركوع، جاء عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أنه كان له سكتتان؛ سكتة عند افتتاح الصلاة، وسكتة إذا فرغ من القراءة» . وهذا هو حديث سمرة. كذلك رواه أبو داود، وغيره.

[مسألة إذا فرغ من القراءة كبر للركوع]

(٦٨٨) مسألة: (فإذا فرغ كبر للركوع) أما الركوع فواجب بالنص والإجماع؛ قال الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا﴾ [الحج: ٧٧] . وأجمعت الأمة على وجوبه في الصلاة على القادر عليه. وأكثر أهل العلم يرون أن يبتدئ الركوع بالتكبير، وأن يكبر في كل خفض ورفع، منهم: ابن مسعود، وابن عمر، وجابر، وأبو هريرة، وقيس بن عباد، ومالك، والأوزاعي، وابن جابر، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي وعوام العلماء من الأمصار.

وروي عن عمر بن عبد العزيز، وسالم، والقاسم، وسعيد بن جبير، أنهم كانوا لا يتمون التكبير. ولعلهم يحتجون بأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يعلمه المسيء في صلاته، ولو كان منها لعلمه إياه. ولم تبلغهم السنة عن النبي – صلى الله عليه وسلم –. **ولنا**، ما روى أبو هريرة، قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا قام إلى الصلاة يكبر حين يقوم، ثم يكبر حين يركع، ثم يقول: سمع الله لمن حمده حين يرفع صلبه من الركوع، ثم يقول، وهو قائم: ربنا ولك الحمد، ثم يكبر حين يهوي، ثم يكبر حين يرفع رأسه، ثم يكبر حين يسجد، ثم يكبر حين يرفع رأسه، ثم يفعل ذلك في الصلاة كلها حتى يقضيها. ويكبر حين يقوم من الثنتين بعد الجلوس. وقد قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا كبر فكبروا.» متفق عليهما.

وكان أبو هريرة يكبر في كل خفض ورفع، ويقول، أنا أشبهكم صلاة برسول الله – صلى الله عليه وسلم – . رواه البخاري. وعن ابن مسعود قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يكبر في كل خفض ورفع، وقيام وقعود، وأبو بكر، وعمر.» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٣/١

وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صلوا كما رأيتموني أصلي» . ولأنه شروع في ركن، فشرع فيه التكبير، كحالة ابتداء الصلاة، ولأنه انتقال من ركن إلى ركن، فشرع فيه ذكر يعلم به المأموم انتقاله ليقتدي به، كحالة الرفع من الركوع.

(٦٨٩) فصل: ويسن الجهر به للإمام ليسمع المأموم، فيقتدي به في حال الجهر والإسرار جميعا، كقولنا في تكبيرة الإحرام، فإن لم يجهر الإمام بحيث يسمع الجميع، استحب لبعض المأمومين رفع صوته؛ ليسمعهم، كفعل أبي بكر، - رضي الله عنه -، حين صلى النبي - صلى الله عليه وسلم - بهم في مرضه قاعدا، وأبو بكر إلى جنبه يقتدي به، والناس يقتدون بأبي بكر.." (١)

"[مسألة رفع اليدين في الصلاة]

(٦٩٠) مسألة: قال: (ويرفع يديه كرفعه الأول) يعني يرفعهما إلى حذو منكبيه، أو إلى فروع أذنيه، كفعله عند تكبيرة الإحرام، ويكون ابتداء رفعه عند ابتداء تكبيره، وانتهاؤه عند انتهائه. وبهذا قال ابن عمر، وابن عباس، وجابر، وأبو هريرة، وابن الزبير، وأنس، والحسن وعطاء، وطاوس، ومجاهد، وسالم، وسعيد بن جبير، وغيرهم من التابعين، وهو مذهب ابن المبارك، والشافعي، وإسحاق، ومالك في إحدى الروايتين عنه. وقال الثوري، وأبو حنيفة: لا يرفع يديه إلا في الافتتاح. وهو قول إبراهيم النخعي؛ لما روي عن «عبد الله بن مسعود، أنه قال: ألا أصلي لكم صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فصلى، فلم يرفع يديه إلا في أول مرة» . قال الترمذي: حديث ابن مسعود حسن روى يزيد بن زياد، عن ابن أبي ليلى، عن البراء بن عازب، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يرفع يديه إذا افتتح الصلاة، ثم لا يعود» . قالوا والعمل بهذين الحديثين أولى لأن ابن مسعود كان فقيها، ملازما لرسول الله - صلى الله عليه وسلم -، عالما بأحواله، وباطن أمره وظاهره، فتقدم روايته على رواية من لم يكن حاله كحاله.

قال إبراهيم النخعي لرجل روى حديث وائل بن حجر: لعل وائلا لم يصل مع النبي - صلى الله عليه وسلم - إلا تلك الصلاة. فترى أن نترك رواية عبد الله، الذي لعله لم يفته مع النبي - صلى الله عليه وسلم - صلاة، ونأخذ برواية هذا. أو كما قال. ولنا، ما روى الزهري عن سالم عن أبيه، قال: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا استفتح الصلاة رفع يديه حتى يحاذي بهما منكبيه، وإذا أراد أن يركع وبعدما يرفع رأسه من الركوع، ولا يفعل ذلك في السجود» . قال البخاري: قال علي بن المديني - وكان أعلم أهل زمانه -: حق على المسلمين أن يرفعوا أيديهم لهذا الحديث. وحديث أبي حميد، الذي ذكرنا في أول

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٥٧

الباب وقد رواه، في عشرة من الصحابة، منهم أبو قتادة، فصدقوه، وقالوا: هكذا كان يصلي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. ورواه سوى هذين عمر، وعلي، ووائل بن حجر، ومالك بن الحويرث، وأنس، وأبو هريرة، وأبو أسيد، وسهل بن سعد، ومحمد بن مسلمة، وأبو موسى، وجابر بن عمير الليثي، فصار كالمتواتر الذي لا يتطرق إليه شك مع كثرة رواته، وصحة سنده، وعمل به الصحابة والتابعون، وأنكروا على من لم يعمل به. قال الحسن: رأيت أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - يرفعون أيديهم إذا كبروا، وإذا ركعوا، وإذا رفعوا رءوسهم كأنها المراوح. قال أحمد، وقد سئل عن الرفع فقال: إي لعمري. ومن يشك في هذا، كان ابن عمر إذا رأى من لا يرفع، حصبه وأمره أن يرفع. فأما حديثاهم فضعيفان. فأما حديث ابن مسعود، فقال ابن المبارك: لم يثبت. وحديث البراء، قال ابن عيينة: حدثنا يزيد بن أبي زياد، عن ابن أبي ليلى، ولم يقل: ثم لا يعود. فلما قدمت الكوفة." (١)

"ثم اعتدل فلم يصوب ولم يقنع، ووضع يديه على ركبتيه» . وقالت عائشة: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا ركع لم يرفع رأسه، ولم يصوبه ولكن بين ذلك.» متفق عليه قال أحمد: ينبغي له إذا ركع أن يلقم - صلى الله عليه وسلم - راحتيه ركبتيه، ويفرق بين أصابعه، ويعتمد على ضبعيه وساعديه، ويسوي ظهره، ولا يرفع رأسه ولا ينكسه، وقد جاء الحديث، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه كان إذا ركع لو كان قدح ماء على ظهره ما تحرك. وذلك لاستواء ظهره.

والواجب من ذلك الانحناء، بحيث يمكنه مس ركبتيه بيديه؛ لأنه لا يخرج عن حد القيام إلى الركوع إلا به، ولا يلزمه وضعهما، وإنما ذلك مستحب، فإن كانتا عليلتين، لا يمكنه وضعهما، انحنى ولم يضعهما، وإن كانت إحداهما عليلة وضع الأخرى.

(٦٩٢) فصل: ويستحب أن يجافي عضديه عن جنبيه، فإن أبا حميد ذكر «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - وضع يديه على ركبتيه كأنه قابض عليهما، ووتر يديه فنحاهما عن جنبيه» حديث صحيح.

[فصل الطمأنينة في الركوع]

(٦٩٣) فصل: ويجب أن يطمئن في ركوعه. ومعناه أن يمكث إذا بلغ حد الركوع قليلا. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: الطمأنينة غير واجبة لقوله تعالى: ﴿اركعوا واسجدوا﴾ [الحج: ٧٧] . ولم يذكر الطمأنينة، والأمر بالشيء يقتضي حصول الإجزاء به. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - للمسيء في صلاته:

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٥٨

«ثم اركع حتى تطمئن راكعا» متفق عليه. وروى أبو قتادة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «أسوأ الناس سرقة الذي يسرق من صلاته. قيل: وكيف يسرق من صلاته؟ قال: لا يتم ركوعها ولا سجودها وقال: لا تجزئ صلاة لا يقيم الرجل صلبه فيها في الركوع والسجود» رواه البخاري.
والآية حجة لنا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - فسر الركوع بفعله وقوله، فالمراد بالركوع ما بينه النبي - صلى الله عليه وسلم -.

[فصل رفع رأسه وشك هل ركع أولا أو هل أتى بقدر الإجزاء أو لا]
(٦٩٤) فصل: وإذا رفع رأسه، وشك هل ركع أو لا، أو هل أتى بقدر الإجزاء أو لا؟ لم يعتد به، وعليه أن يعود فيركع حتى يطمئن راكعا؛ لأن الأصل عدم ما شك فيه، إلا أن يكون ذلك وسواسا، فلا يلتفت إليه، وهكذا الحكم في سائر الأركان.." (١)
"[مسألة التسبيح في الركوع]
(٦٩٥) مسألة: قال: (ويقول: سبحان ربي العظيم ثلاثا. وهو أدنى الكمال، وإن قال مرة أجزأه) وجملة ذلك أنه يشرع أن يقول في ركوعه: سبحان ربي العظيم. وبه قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وقال مالك: ليس عندنا في الركوع والسجود شيء محدود، وقد سمعت أن التسبيح في الركوع والسجود. **ولنا**، ما روى عقبة بن عامر، قال: «لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم. قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: اجعلوها في ركوعكم» . وعن ابن مسعود، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا ركع أحدكم فليقل ثلاث مرات: سبحان ربي العظيم. وذلك أدناه.» أخرجهما أبو داود وابن ماجه.
وروى حذيفة، أنه سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول «إذا ركع: سبحان ربي العظيم ثلاث مرات» . رواه الأثرم ورواه أبو داود، ولم يقل: ثلاث مرات ويجزئ تسبيحة واحدة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بالتسبيح في حديث عقبة ولم يذكر عددا، فدل على أنه يجزئ أدناه، وأدنى الكمال ثلاث؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث ابن مسعود " وذلك أدناه ".
قال أحمد في رسالته: جاء الحديث عن الحسن البصري أنه قال: التسبيح التام سبع، والوسط خمس، وأدناه ثلاث. وقال القاضي: الكامل في التسبيح، إن كان منفردا، ما لا يخرجه إلى السهو، وفي حق الإمام ما لا يشق على المأمومين، ويحتمل أن يكون الكمال عشر تسبيحات؛ لأن أنسا روى، أن النبي - صلى

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٦٠

الله عليه وسلم – كان يصلي كصلاة عمر بن عبد العزيز فحزروا ذلك بعشر تسبيحات. وقال بعض أصحابنا: الكمال أن يسبح مثل قيامه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قد روى عنه البراء قال: «قد رمقت محمدا – صلى الله عليه وسلم – وهو يصلي، فوجدت قيامه، فركعته، فاعتداله بعد ركوعه، فسجدته، فجلسته ما بين السجدتين، فسجدته، فجلسته ما بين التسليم والانصراف قريبا من السواء.» متفق عليه، إلا أن البخاري قال: ما خلا القيام والقعود قريبا من السواء.

(٦٩٦) فصل: وإن قال: سبحان ربي العظيم وبحمده. فلا بأس، فإن أحمد بن نصر روى عن أحمد، أنه سئل عن تسبيح الركوع والسجود، سبحان ربي العظيم، أعجب إليك، أو سبحان ربي العظيم وبحمده؟ فقال: قد جاء هذا وجاء هذا، وما أدفع منه شيئا.

وقال أيضا: إن قال: " وبحمده ". في الركوع والسجود، أرجو أن لا يكون به بأس؛ وذلك لأن حذيفة روى في بعض طرق حديثه، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يقول في ركوعه: (سبحان ربي العظيم وبحمده) ، وفي سجوده: (سبحان ربي الأعلى وبحمده) ، وهذه زيادة يتعين الأخذ بها. وروي عن أحمد، أنه قال: أما أنا فلا أقول: وبحمده.

وحكى ذلك ابن المنذر عن الشافعي وأصحاب الرأي. ووجه ذلك أن الرواية بدون هذه الزيادة أشهر وأكثر، وهذه الزيادة قال." (١)

"أبو داود: نخاف أن لا تكون محفوظة. وقيل: هذه الزيادة من رواية ابن أبي ليلى. فيحتمل أن أحمد تركها لضعف ابن أبي ليلى عنده.

[فصل تكبير الخفض والرفع وتسبيح الركوع والسجود]

(٦٩٧) فصل: والمشهور عن أحمد أن تكبير الخفض والرفع، وتسبيح الركوع والسجود، وقول: سمع الله لمن حمده، وربنا ولك الحمد، وقول: ربي اغفر لي – بين السجدتين –، والتشهد الأول، واجب. وهو قول إسحاق، وداود. وعن أحمد: أنه غير واجب.

وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يعلمه المسيء في صلاته، ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، ولأنه لو كان واجبا لم يسقط بالسهو، كالأركان. ولنا، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر به – وأمره للوجوب –، وفعله. وقال «صلوا كما رأيتموني أصلي» ، وقد روى أبو داود، عن

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٦١

علي بن يحيى بن خلاد عن عمه، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا تتم صلاة لأحد من الناس حتى يتوضأ إلى قوله: ثم يكبر، ثم يركع حتى تطمئن مفاصله، ثم يقول: سمع الله لمن حمده، حتى يستوي قائما ثم يقول: الله أكبر، ثم يسجد حتى يطمئن ساجدا، ثم يقول: الله أكبر. ويرفع رأسه حتى يستوي قاعدا، ثم يقول: الله أكبر. ثم يسجد حتى تطمئن مفاصله، ثم يرفع رأسه فيكبر. فإذا فعل ذلك فقد تمت صلاته» .

وهذا نص في وجوب التكبير، ولأن مواضع هذه الأذكار أركان الصلاة. فكان فيها ذكر واجب كالقيام وأما حديث المسيء في صلاته فقد ذكر في الحديث الذي رويناه تعليمه ذلك، وهي زيادة يجب قبولها، على أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يعلمه كل الواجبات، بدليل أنه لم يعلمه التشهد ولا السلام، ويحتمل أنه اقتصر على تعليمه ما رآه أساء فيه، ولا يلزم من التساوي في الوجوب التساوي في الأحكام، بدليل واجبات الحج.

[فصل الزيادة في التسبيح في الصلاة]

(٦٩٨) فصل: وإذا كان إماما، لم يستحب له التطويل، ولا الزيادة في التسبيح. قال القاضي: لا يستحب له التطويل، ولا الزيادة على ثلاث؛ كي لا يشق على المأمومين. وهذا إذا لم يرضوا بالتطويل، فإن كانت الجماعة يسيرة، ورضوا بذلك، استحب له التسبيح الكامل، على ما ذكرناه، وكذلك إن كان وحده

[فصل قراءة القرآن في الركوع والسجود]

(٦٩٩) فصل: ويكره أن يقرأ في الركوع والسجود، لما روي عن علي - رضي الله عنه - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن قراءة القرآن في الركوع والسجود» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وقال - صلى الله عليه وسلم -: «إني نهيت أن أقرأ راكعا وساجدا، فأما الركوع فعظموا الرب فيه، وأما السجود فاجتهدوا في." (١)

"افتتح الصلاة رفع يديه حذو منكبيه، وإذا كبر، للركوع وإذا رفع رأسه من الركوع رفعهما كذلك، ويقول: سمع الله لمن حمده» وظاهره أنه رفع يديه حين أخذ في رفع رأسه.

كقوله: (إذا كبر) أي أخذ في التكبير، ولأنه حين الانتقال، فشرع الرفع منه كحال الركوع ولأنه محل رفع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٢/١

المأموم، فكان محلا لرفع الإمام كالركوع، ولا تختلف الرواية في أن المأموم يبتدئ الرفع عند رفع رأسه، لأنه ليس في حقه ذكر بعد الاعتدال، والرفع إنما جعل هيئة للذكر، بخلاف الإمام، ثم ينتصب قائما ويعتدل، قال أبو حميد في صفة صلاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «وإذا رفع رأسه استوى قائما، حتى يعود كل فقار إلى مكانه» متفق عليه.

وقالت عائشة عن النبي – صلى الله عليه وسلم –: «كان إذا رفع رأسه من الركوع لم يسجد حتى يستوي قائما» . رواه مسلم. وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – للمسيء في صلاته «ثم ارفع حتى تعتدل قائما» متفق عليه.

(٧٠٤) فصل: وهذا الرفع والاعتدال عنه واجب، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة، وبعض أصحاب مالك: لا يجب؛ لأن الله تعالى لم يأمر به، وإنما أمر بالركوع والسجود والقيام، فلا يجب غيره، ولأنه لو كان واجبا لتضمن ذكرا واجبا، كالقيام الأول. **ولنا**، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر به المسيء في صلاته، وداوم على فعله، فيدخل في عموم قوله: «صلوا كما رأيتموني أصلي» .

وقولهم: لم يأمر الله به. قلنا قد أمر بالقيام، وهذا قيام، ثم أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – يجب امتثاله، وقد أمر به. وقولهم " لا يتضمن ذكرا واجبا " ممنوع، ثم هو باطل بالركوع والسجود، فإنهما ركنان، ولا ذكر فيهما واجب، على قولهم.

[فصل يسن الجهر بالتسميع]

(٧٠٥) فصل: ويسن الجهر بالتسميع للإمام، كما يسن الجهر بالتكبير؛ لأنه ذكر مشروع عند الانتقال من ركن، فيشرع الجهر به للإمام، كالتكبير.

[مسألة قول ربنا ولك الحمد في حق كل مصل]

(٧٠٦) مسألة: قال: (ثم يقول: ربنا ولك الحمد، ملء السموات وملء الأرض، وملء ما شئت من شيء بعد) وجملته أن يشرع قول (ربنا ولك الحمد) في حق كل مصل، في المشهور عن أحمد، وهذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم ابن مسعود، وابن عمر، وأبو هريرة، وبه قال الشعبي، وابن سيرين وأبو بردة، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وعن أحمد رواية أخرى: لا يقوله المنفرد. فإنه قال في رواية." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٦٥

"كما نقل الإمام، وفي حديث ابن أبي أوفى «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: سمع الله لمن حمده، اللهم ربنا لك الحمد» ، وكذلك في حديث بريدة؛ فاستحب الاقتداء به في القولين، وقال الشافعي: السنة أن يقول: ربنا لك الحمد؛ لأن الواو للعطف، وليس هاهنا شيء يعطف عليه.

ولنا أن السنة الاقتداء بالنبي - صلى الله عليه وسلم - ولأن إثبات الواو أكثر حروفا، ويتضمن الحمد مقدرا ومظهرا، فإن التقدير: ربنا حمدناك ولك الحمد. فإن الواو لما كانت للعطف ولا شيء هاهنا تعطف عليه ظاهرا، دلت على أن في الكلام مقدرا، كقوله: " سبحانك اللهم وبحمدك "، أي وبحمدك سبحانك، وكيفما قال جاز، وكان حسنا؛ لأن كلا قد وردت السنة به.

[مسألة لا يشرع للمأموم قول سمع الله لمن حمده]

(٧٠٨) مسألة: قال: (فإن كان مأموما، لم يزد على قول: ربنا ولك الحمد) لا أعلم في المذهب خلافا أنه لا يشرع للمأموم قول: " سمع الله لمن حمده "، وهذا قول ابن مسعود، وابن عمر، وأبي هريرة، والشعبي، ومالك، وأصحاب الرأي، وقال ابن سيرين، وأبو بردة، وأبو يوسف، ومحمد، والشافعي، وإسحاق: يقول ذلك كالإمام؛ لحديث بريدة، ولأنه ذكر شرع للإمام فيشرع للمأموم، كسائر الأذكار. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا قال الإمام سمع الله لمن حمده، فقولوا: ربنا ولك الحمد» .

وهذا يقتضي أن يكون قولهم " ربنا ولك الحمد " عقيب قوله " سمع الله لمن حمده " بغير فصل؛ لأن الفاء للتعقيب، وهذا ظاهر يجب تقديمه على القياس، وعلى حديث بريدة، لأن هذا صحيح مختص بالمأموم، وحديث بريدة في إسناده جابر الجعفي، وهو عام، وتقديم الصحيح الخاص أولى، فأما قول: " ملء السماء " وما بعده، فظاهر المذهب أنه لا يسن للمأموم، نص عليه أحمد في رواية أبي داود وغيره، وهو قول أكثر الأصحاب؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - اقتصر على أمرهم بقول: " ربنا ولك الحمد ". فدل على أنه لا يشرع في حقهم سواه. ونقل الأثرم عن أحمد كلاما يدل على أنه مسنون، قال: وليس يسقط خلف الإمام عنه غير: " سمع الله لمن حمده ". وهذا اختيار أبي الخطاب، ومذهب الشافعي؛ لأنه ذكر مشروع في الصلاة، أشبه سائر الأذكار.

[فصل موضع قول ربنا ولك الحمد]

فصل: وموضع قول: " ربنا ولك الحمد " في حق الإمام والمنفرد، بعد الاعتدال من الركوع؛ لأنه في حال

رفعه يشرع في حقه قول: " سمع الله لمن حمده "، فأما المأموم ففي حال رفعه؛ لأن قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده. فقولوا: ربنا ولك الحمد» . يقتضي تعقيب قول الإمام قول." (١)

"المأموم، والمأموم يأخذ في الرفع عقيب قول الإمام: سمع الله لمن حمده. فيكون قوله: ربنا ولك الحمد حينئذ، والله أعلم.

[فصل إذا زاد على الذكر المأثور بعد الرفع من الركوع]

(٧١٠) فصل: إذا زاد على قول: " ملء السماء وملء الأرض، وملء ما شئت من شيء بعد "، فقد نقل أبو الحارث، عن أحمد أنه إن شاء قال: أهل الثناء والمجد. قال أبو عبد الله: وأنا أقول ذلك. فظاهر هذا أنه يستحب ذلك، وهو اختيار أبي حفص، وهو الصحيح؛ لأن أبا سعيد روى، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقول: «ربنا ولك الحمد، ملء السماء وملء الأرض، وملء ما شئت من شيء بعد، أهل الثناء والمجد، أحق ما قال العبد وكلنا لك عبد: لا مانع لما أعطيت، ولا معطي لما منعت، ولا ينفع ذا الجد منك الجد» . رواه أبو داود، والأثرم. وعن ابن أبي أوفى، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - زاد: «اللهم طهرني بالثلج والبرد والماء البارد، اللهم طهرني من الذنوب والخطايا كما ينقى الثوب الأبيض من الدنس» . رواه مسلم

، وقد «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يطيل القيام بين الركوع والسجود» ، وقال أنس: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا قال: سمع الله لمن حمده. قام حتى نقول: قد أوهم، ثم يسجد ويقعد بين السجدتين حتى نقول: قد أوهم.» رواه مسلم. وليست حالة سكوت، فيعلم أنه - عليه السلام - قد كان يزيد على هذه الكلمات، لكونها لا تستغرق هذا القيام كله، وروي عن أحمد، أنه قيل له: أفلا يزيد على هذا فيقول: أهل الثناء والمجد؟ فقال: قد روي ذلك، وأما أنا فأقول هذا، إلى " ما شئت من شيء بعد " فظاهر هذا أنه لا يستحب ذلك في الفريضة اتباعا لأكثر الأحاديث الصحيحة.

[فصل إذا قال مكان سمع الله لمن حمده من حمد الله سمع له]

(٧١١) فصل: إذا قال مكان " سمع الله لمن حمده ": " من حمد الله سمع له ". لم يجزئه. وقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٧/١

أصحاب الشافعي: يجزئه؛ لأنه أتى باللفظ والمعنى. **ولنا** أنه عكس اللفظ المشروع، فلم يجزئه، كما لو قال في التكبير: الأكبر الله. ولا نسلم أنه أتى بالمعنى؛ فإن قوله: سمع الله لمن حمده. صيغة خبر، تصلح دعاء، واللفظ الآخر صيغة شرط وجزاء، لا تصلح لذلك، فهما متغايران.

[فصل إذا رفع رأسه من الركوع فعطس فقال ربنا ولك الحمد]

(٧١٢) فصل: إذا رفع رأسه من الركوع، فعطس، فقال: ربنا ولك الحمد. ينوي بذلك لما عطس وللرفع، فروي." (١)

"صحاح. والصحيح الأول؛ لأن ابن عمر قال: ولا يفعل ذلك في السجود.

في حديثه الصحيح؛ ولما وصف أبو حميد صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يذكر رفع اليدين في السجود، والأحاديث العامة مفسرة بالأحاديث المفصلة، التي رويناها، فلا يبقى فيها اختلاف.

[مسألة أول ما يقع منه على الأرض عند السجود ركبتاه]

(٧١٧) مسألة: قال: (ويكون أول ما يقع منه على الأرض ركبتاه، ثم يداه، ثم جبهته وأنفه) هذا المستحب في مشهور المذهب، وقد روي ذلك عن عمر - رضي الله عنه - وبه قال مسلم بن يسار، والنخعي، وأبو حنيفة، والثوري، والشافعي. وعن أحمد رواية أخرى أنه يضع يديه قبل ركبتيه. وإليه ذهب مالك؛ لما روي عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا سجد أحدكم فليضع يديه قبل ركبتيه ولا يبرك بروك البعير» . رواه النسائي.

ولنا، ما روى وائل بن حجر، قال: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه، وإذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه» . أخرجه أبو داود، والنسائي، والترمذي. قال الخطابي: هذا أصح من حديث أبي هريرة. وروي عن أبي سعيد، قال: «كنا نضع اليدين قبل الركبتين، فأمرنا بوضع الركبتين قبل اليدين.» وهذا يدل على نسخ ما تقدمه، وقد روى الأثرم حديث أبي هريرة: «إذا سجد أحدكم فليبدأ بركبتيه قبل يديه، ولا يبرك بروك الفحل» .

(٧١٨) فصل: والسجود على جميع هذه الأعضاء واجب، إلا الأنف، فإن فيه خلافا سنذكره إن شاء الله، وبهذا قال طاوس، والشافعي في أحد قوليه وإسحاق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٨/١

وقال مالك، وأبو حنيفة، والشافعي في القول الآخر: لا يجب، السجود على غير الجبهة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (سجد وجهي. وهذا يدل على أن السجود على الوجه، ولأن الساجد على الوجه يسمى ساجدا، ووضع غيره على الأرض لا يسمى به ساجدا، فالأمر بالسجود ينصرف إلى ما يسمى به ساجدا دون غيره، ولأنه لو وجب السجود على هذه الأعضاء لوجب كشفها كالجبهة. وذكر الآمدي هذا رواية عن أحمد. وقال القاضي في " الجامع ": وهو ظاهر كلام أحمد؛ فإنه قد نص في المريض يرفع شيئا يسجد عليه، أنه يجزئه، ومعلوم أنه قد أخل بالسجود على يديه. **ولنا** ما روى ابن عباس قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «أمرت بالسجود على سبعة أعظم؛ اليدين، والركبتين، والقدمين، والجبهة» . متفق عليه. وروي عن ابن عمر رفعه: «إن اليدين يسجدان كما يسجد الوجه، فإذا وضع أحدكم وجهه فليضع يديه، وإذا رفعه فليرفعهما» . رواه الإمام أحمد، وأبو داود، والنسائي.

وسجود الوجه لا ينفي سجود ما عداه، وسقوط الكشف لا يمنع وجوب السجود، فإنا نقول كذلك في الجبهة على رواية، وعلى الرواية الأخرى فإن الجبهة هي الأصل." (١)

"أو ذيله، فالصلاة صحيحة رواية واحدة. وهذا مذهب مالك، وأبي حنيفة. وممن رخص في السجود على الثوب في الحر والبرد عطاء، وطاوس، والنخعي، والشعبي، والأوزاعي، ومالك، وإسحاق، وأصحاب الرأي. ورخص في السجود على كور العمامة الحسن، ومكحول، وعبد الرحمن بن يزيد. وسجد شريح على برنسه، وقال أبو الخطاب: لا يجب مباشرة المصلي بشيء من أعضاء السجود إلا الجبهة، فإنها على روايتين. وقد روى الأثرم، قال: سألت أبا عبد الرحمن عن السجود على كور العمامة؟ فقال: لا يسجد على كورها، ولكن يحسر العمامة.

وهذا يحتمل المنع، وهو مذهب الشافعي؛ لما روي عن خباب، قال: «شكونا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حر الرمضاء في جباهنا وأكفنا. فلم يشكنا.» رواه مسلم. ولأنه سجد على ما هو حامل له، أشبه ما إذا سجد على يديه. **ولنا** ما روى أنس، قال: «كنا نصلي مع النبي - صلى الله عليه وسلم - فيضع أحدنا طرف الثوب من شدة الحر في مكان السجود.» رواه البخاري، ومسلم. وعن ثابت بن الصامت «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلى في بني عبد الأشهل، وعليه كساء ملتف به يضع يديه عليه، يقيه برد الحصى» . وفي رواية: «فرأيته واضعا يديه على قرنه إذا سجد» . رواه ابن ماجه.

ورويعن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه سجد على كور العمامة» ، وهو ضعيف. وقال الحسن: كان

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٣٧٠

القوم يسجدون على العمامة والقلنسوة، ويده في كمه. ولأنه عضو من أعضاء السجود، فجاز السجود على حائله، كالقدمين. فأما حديث خباب فالظاهر أنهم طلبوا منه تأخير الصلاة، أو تسقيف المسجد، أو نحو ذلك، مما يزيل عنهم ضرر الرمضاء في جباههم وأكفهم، أما الرخصة في السجود على كور العمامة، فالظاهر أنهم لم يطلبوه؛ لأن ذلك إنما طلبه الفقراء، ولم يكن لهم عمائم، ولا أكمام طوال يتقون بها الرمضاء، فكيف يطلبون منه الرخصة فيها؟ ولو احتمل ذلك، لكنه لا يتعين. فلم يحمل عليه دون غيره؟ ولذلك لم يعملوا به في الأكف. قال أبو إسحاق: المنصوص عن الشافعي أنه لا يجب كشفهما.
قال: وقد قيل فيه قول آخر، إنه يجب. وإن سجد على يديه لم يصح، رواية واحدة؛ لأنه سجد على عضو من أعضاء السجود، فالسجود يؤدي إلى تداخل السجود، بخلاف مسألتنا. وقال القاضي في " الجامع ": لم أجد عن أحمد نصا." (١)

"**ولنا**، ما روى الحارث عن علي قال. قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا تقع بين السجدتين» . وعن أنس، قال: قال لي رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إذا رفعت رأسك من السجود فلا تقع كما يقعي الكلب» . رواهما ابن ماجه. وفي صفة جلوس رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في حديث أبي حميد: ثم ثنى رجله اليسرى، وقعد عليها. وفي حديث عائشة: «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يفترش رجله اليسرى، وينصب اليمنى، وينهى عن عقبة الشيطان» . وهذه الأحاديث أكثر وأصح، فتكون أولى. وأما ابن عمر، فإنه كان يفعل ذلك لكبره، ويقول: لا تقتدوا بي.

[مسألة يقول بين السجدتين رب اغفر لي رب اغفر لي]
مسألة: قال: (ويقول: رب اغفر لي رب اغفر لي) المستحب عند أبي عبد الله أن يقول بين السجدتين: رب اغفر لي، رب اغفر لي: يكرر ذلك مرارا، والواجب منه مرة، وأدنى الكمال ثلاث، والكمال منه مثل الكمال في تسبيح الركوع والسجود، على ما مضى من اختلاف الروايتين، واختلاف أهل العلم مثل ما ذكرنا في تسبيح الركوع والسجود. والأصل في هذا ما روى حذيفة «، أنه صلى مع النبي – صلى الله عليه وسلم – فكان يقول بين السجدتين: رب اغفر لي، رب اغفر لي» . احتج به أحمد، رواه النسائي، وابن ماجه. وروي عن ابن عباس أنه قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول بين السجدتين. اللهم اغفر لي، وارحمني، واهدني، وعافني؛ وارزقني» . رواه أبو داود، وابن ماجه، إلا أنه قال: في صلاة الليل. وإن

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٧٢

قال: رب اغفر لنا. أو: اللهم اغفر لنا، مكان: رب اغفر لي. جاز

[مسألة إذا فرغ من الجلسة بين السجدتين]

(٧٣٣) مسألة: قال: (ثم يكبر، ويخر ساجدا) وجملته أنه إذا فرغ من الجلسة بين السجدتين، سجد سجدة أخرى على صفة الأولى، سواء. وهي واجبة إجماعا. وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - يسجد سجدتين لم يختلف عنه في ذلك.

[فصل شروع المأموم في أفعال الصلاة من الرفع والوضع بعد فراغ الإمام]

(٧٣٤) فصل: والمستحب أن يكون شروع المأموم في أفعال الصلاة؛ من الرفع والوضع، بعد فراغ الإمام منه، ويكره فعله معه في قول أكثر أهل العلم. واستحب مالك أن تكون أفعاله مع أفعال الإمام. **ولنا**، ما روى البراء قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا قال: سمع الله لمن حمده، لم نزل قياما حتى نراه قد وضع جبهته في الأرض، ثم نتبعه» . متفق عليه. وللبخاري: «لم يحن أحد منا ظهره حتى يقع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ساجدا، ثم نقع سجودا بعده» .

وعن أبي موسى، قال: «إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خطبنا، فبين لنا سنتنا، وعلمنا صلاتنا فقال: إذا صليتم فأقيموا صفوفكم، وليؤمكم أحدكم، فإذا كبر فكبروا - إلى قوله - فإذا ركع فاركعوا، فإن الإمام يركع قبلكم ويرفع قبلكم، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: فتلك بتلك» . رواه مسلم، وفي لفظ: «فمهما." (١)

"وجملته أنه إذا قضى سجدته الثانية نهض للقيام مكبرا، والقيام ركن، والتكبير واجب، في إحدى الروايتين. واختلفت الرواية عن أحمد: هل يجلس للاستراحة؟ فروي عنه: لا يجلس.

وهو اختيار الخرقي، وروي ذلك عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس، وبه يقول مالك، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وقال أحمد: أكثر الأحاديث على هذا. وذكر عن عمر، وعلي، وعبد الله.

وقال النعمان بن أبي عياش: أدركت غير واحد من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - يفعل ذلك. أي لا يجلس.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٧/١

قال الترمذي: وعليه العمل عند أهل العلم. وقال أبو الزناد: تلك السنة. والرواية الثانية: أنه يجلس. اختارها الخلال. وهو أحد قولي الشافعي. قال الخلال: رجع أبو عبد الله إلى هذا.

يعني ترك قوله بترك الجلوس؛ لما روى مالك بن الحويرث «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يجلس إذا رفع رأسه من السجود قبل أن ينهض» . متفق عليه وذكره أيضا أبو حميد في صفة صلاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهو حديث حسن صحيح، فيتعين العمل به، والمصير إليه. وقيل: إن كان المصلي ضعيفا جلس للاستراحة؛ لحاجته إلى الجلوس، وإن كان قويا لم يجلس؛ لغناه عنه، وحمل جلوس النبي – صلى الله عليه وسلم – على أنه كان في آخر عمره، عند كبره وضعفه، وهذا فيه جمع بين الأخبار، وتوسط بين القولين.

فإذا قلنا: يجلس؛ فيحتمل أنه يجلس مفترشا على صفة الجلوس بين السجدتين، وهو مذهب الشافعي؛ لقول أبي حميد في صفة صلاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم -: «ثم ثنى رجله، وقعد، واعتدل حتى يرجع كل عضو في موضعه، ثم نهض» . وهذا صريح في كيفية جلسة الاستراحة، فيتعين المصير إليه. وقال الخلال: روى عن أحمد من لا أحصيه كثرة، أنه يجلس على أليتيه. قال القاضي: يجلس على قدميه وأليتيه، مفضيا بهما إلى الأرض؛ لأنه لو جلس مفترشا لم يأمن السهو، فيشك هل جلس عن السجدة الأولى أو الثانية؟ وبهذا يأمن ذلك.

وقال أبو الحسن الآمدي: لا يختلف أصحابنا أنه لا يلصق أليتيه بالأرض في جلسة الاستراحة، بل يجلس معلقا عن الأرض. وعلى كلتي الروايتين ينهض إلى القيام على صدور قدميه معتمدا على ركبتيه، ولا يعتمد على يديه. قال القاضي: لا يختلف قوله، أنه لا يعتمد على الأرض، سواء قلنا: يجلس للاستراحة أو لا يجلس. وقال مالك، والشافعي: السنة أن يعتمد على يديه في النهوض؛ لأن مالك بن الحويرث قال في صفة صلاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «، إنه لما رفع رأسه من السجدة الثانية استوى قاعدا، ثم اعتمد على الأرض» . رواه النسائي.

ولأن ذلك أعون للمصلي. **ولنا** ما روى وائل بن حجر، قال: «رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إذا سجد وضع ركبتيه." (١)

"فأما الاستعاذة فاختلفت الرواية عن أحمد فيها في كل ركعة، فعنه أنها تختص بالركعة الأولى. وهو قول عطاء، والحسن، والنخعي، والثوري؛ لحديث أبي هريرة هذا، ولأن الصلاة جملة واحدة فالقراءة فيها

---

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٣٨٠

كلها كالقراءة الواحدة، ولذلك اعتبرنا الترتيب في القراءة في الركعتين، فأشبه ما لو سجد للتلاوة في أثناء قراءته.

فإذا أتى بالاستعاذة في أولها كفى ذلك كالاستفتاح. فعلى هذه الرواية، إذا ترك الاستعاذة في الأولى لنسيان أو غيره، أتى بها في الثانية، والاستفتاح بخلاف ذلك. نص عليه؛ لأن الاستفتاح لافتتاح الصلاة، فإذا فات في أولها فات محله. والاستعاذة للقراءة، وهو يستفتحها في الثانية، وإن شرع في القراءة قبل الاستعاذة، لم يأت بها في تلك الركعة؛ لأنها سنة فات محلها.

والرواية الثانية، يستعيذ في كل ركعة. وهو قول ابن سيرين، والشافعي، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨] . فيقتضي ذلك تكرير الاستعاذة عند تكرير القراءة، ولأنها مشروعة للقراءة، فتكرر بتكررها، كما لو كانت في صلاتين.

[فصل المسبوق إذا أدرك الإمام فيما بعد الركعة الأولى]

فصل: والمسبوق إذا أدرك الإمام فيما بعد الركعة الأولى لم يستفتح، وأما الاستعاذة، فإن قلنا: تختص بالركعة الأولى. لم يستعذ؛ لأن ما يدركه المأموم مع الإمام آخر صلاته فإذا قام للقضاء استفتح واستعاذ. نص على هذا أحمد. وإن قلنا: يستعيذ في كل ركعة. استعاذ؛ لأن الاستعاذة في أول قراءة كل ركعة، فإذا أراد المأموم القراءة استعاذ؛ لقول الله تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨]

[مسألة إذا صلى ركعتين جلس للتشهد]

(٧٤٣) مسألة: قال: (فإذا جلس فيها للتشهد يكون كجلوسه بين السجدتين) وجملته أنه إذا صلى ركعتين جلس للتشهد، وهذا الجلوس والتشهد فيه مشروعان بلا خلاف، وقد نقله الخلف عن السلف، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - نقلا متواترا، والأمة تفعله في صلاتها؛ فإن كانت الصلاة مغربا أو رباعية، فهما واجبان فيها، على إحدى الروايتين. وهو مذهب الليث، وإسحاق. والأخرى: ليسا بواجبين. وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لأنهما يسقطان بالسهو، فأشبها السنن. **ولنا**، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعله، وداوم على فعله، وأمر به» في حديث ابن عباس، فقال: " قولوا: التحيات لله ". وسجد للسهو حين نسيه.

وقد قال: «صلوا كما رأيتموني أصلي.» وإنما سقط بالسهو إلى بدل، فأشبه جبرانات الحج تجبر بالدم، بخلاف السنن، ولأنه أحد التشهدين، فكان واجبا كالآخر. وصفة الجلوس لهذا التشهد كصفة الجلوس

بين السجدتين؛ يكون مفترشا كما وصفنا. وسواء كان آخر صلاته أو لم يكن. وبهذا قال الثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي، وقال مالك: يكون متوركا." (١)

"على كل حال؛ لما روى ابن مسعود «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يجلس في وسط الصلاة وآخرها متوركا» .

وقال الشافعي: إن كان متوسطا كقولنا، وإن كان آخر صلاته كقول مالك. ولنا، حديث أبي حميد «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جلس – يعني للتشهد – فافترش رجله اليسرى، وأقبل بصدر اليمنى على قبلته.» وقال وائل بن حجر: قلت: لأنظرن إلى صلاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. «فلما جلس – يعني للتشهد – افترش رجله اليسرى، ووضع يده اليسرى على فخذه اليسرى، ونصب رجله اليمنى» . وهذان حديثان صحيحان حسنان، يتعين الأخذ بهما، وتقديمهما على حديث ابن مسعود؛ لصحتهما وكثرة رواتهما، فإن أبا حميد ذكر حديثه في عشرة من الصحابة فصدقوه، وهما متأخران عن ابن مسعود ، وإنما يؤخذ بالآخر فالآخر من أمر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقد بين أبو حميد في حديثه الفرق بين التشهدين، فتكون زيادة، والأخذ بالزيادة واجب.

[مسألة المصلي إذا جلس للتشهد]

(٧٤٤) مسألة: قال: (ثم يبسط كفه اليسرى على فخذه اليسرى، ويده اليمنى على فخذه اليمنى، ويحلق الإبهام مع الوسطى؛ ويشير بالسبابة) وجملته أنه يستحب للمصلي إذا جلس للتشهد وضع اليد اليسرى على فخذ اليسرى، مبسوطة مضمومة الأصابع، مستقبلا بجميع أطراف أصابعها القبلة، ويضع يده اليمنى على فخذه اليمنى، يقبض منها الخنصر والبنصر، ويحلق الإبهام مع الوسطى، ويشير بالسبابة، وهي الإصبع التي تلي الإبهام؛ لما روى وائل بن حجر «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – وضع مرفقه الأيمن على فخذه اليمنى، ثم عقد من أصابعه الخنصر والتي تليها، وحلق حلقة بإصبعه الوسطى والإبهام، ورفع السبابة مشيرا بها» .

قال أبو الحسن الآمدي، وقد روي عن أبي عبد الله أنه يجمع أصابعه الثلاث، ويعقد الإبهام كعقد الخمسين؛ لما روى ابن عمر، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – وضع يده اليمنى على ركبته اليمنى، وعقد ثلاثا وخمسين، وأشار بالسبابة» . رواه مسلم. وقال الآمدي: وروي أنه يبسط الخنصر والبنصر؛

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٨٢

ليكون مستقبلا بهما القبلة.

والأول أولى؛ اقتداء بالنبي - صلى الله عليه وسلم -. ويشير بالسبابة، يرفعها عند ذكر الله تعالى في تشهده؛ لما روينا، ولا يحركها؛ لما روى عبد الله بن الزبير «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يشير بإصبعه ولا يحركها» . رواه أبو داود. وفي لفظ: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا قعد - يدعو - وضع يده اليمنى على فخذه اليمنى، ويده اليسرى على فخذه اليسرى، وأشار بإصبعه.»

[مسألة أفضل التشهد]

(٧٤٥) مسألة: قال: (ويتشهد، فيقول: «التحيات لله، والصلوات والطيبات، السلام عليك أيها النبي." [١]

"وروي عن مسروق، قال: كنا إذا جلسنا مع أبي بكر كأنه على الرضف حتى يقوم. رواه الإمام أحمد.

وقال حنبل: رأيت أبا عبد الله يصلي، فإذا جلس في الجلسة بعد الركعتين أخف الجلوس، ثم يقوم كأنه على الرضف، وإنما قصد الاقتداء بالنبي - صلى الله عليه وسلم - وصاحبه. ولأن الصحيح من التشهدات ليس فيه تسمية ولا شيء من هذه الزيادات، فيقتصر عليها، ولم تصح التسمية عند أصحاب الحديث، ولا غيرها مما وقع الخلاف فيه، وإن فعله جاز؛ لأنه ذكر.

(٧٤٨) فصل: وإذا أدرك بعض الصلاة مع الإمام، فجلس الإمام في آخر صلاته، لم يزد المأموم على التشهد الأول، بل يكرره.

نص عليه أحمد فيمن أدرك مع الإمام ركعة، قال: يكرر التشهد، ولا يصلي على النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا يدعو بشيء مما يدعى به في التشهد الأخير؛ لأن ذلك إنما يكون في التشهد الذي يسلم عقيبه، وليس هذا كذلك.

[مسألة إذا فرغ من التشهد الأول نهض قائما]

(٧٤٩) مسألة: قال: (ثم ينهض مكبرا كنهوضه من السجود) يعني إذا فرغ من التشهد الأول نهض قائما على صدر قدميه، معتمدا على ركبتيه، على ما ذكرناه في نهوضه من السجود في الركعة الأولى، ولا يقدم إحدى رجليه عند النهوض. كذلك قال ابن عباس. وكرهه إسحاق. وروي عن ابن عباس أن ذلك يقطع الصلاة. ورخص فيه مجاهد، وإسحاق للشيخ. **ولنا**، أنه لم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٣/١

كرهه ابن عباس، ويمكن الشيخ أن يعتمد على يديه، فيستغني عنه، ولا تبطل الصلاة به، لأنه ليس بعمل كثير، ولا وجد فيه ما يقتضي البطلان.

(٧٥٠) فصل: ثم يصلي الثالثة والرابعة كالثانية، إلا أنه: لا يقرأ فيهما شيئا بعد الفاتحة، ولا يجهر فيهما في صلاة الجهر. وسيأتي بيان ذلك، إن شاء الله تعالى.

[مسألة التورك في التشهد الثاني]

(٧٥١) مسألة: قال: (فإذا جلس للتشهد الأخير تورك، فنصب رجله اليمنى، وجعل باطن رجله اليسرى تحت فخذه اليمنى، ويجعل أليتيه على الأرض) السنة عند إمامنا، - رحمه الله -، التورك في التشهد الثاني. وإليه ذهب مالك، والشافعي. وقال الثوري، وأصحاب الرأي: يجلس مفترشا كجلوسه في الأول؛ لما ذكرنا من حديث وائل بن حجر، وأبي حميد، في صفة جلوس النبي - صلى الله عليه وسلم -.

ولنا قول أبي حميد: حتى «إذا كانت الركعة التي يقضي فيها صلاته أخر رجله اليسرى، وجلس متوركا على شقه الأيسر.» وهذا بيان الفرق بين التشهدين، وزيادة يجب الأخذ بها والمصير إليها، والذي." (١)

"احتجوا به في التشهد الأول، لا نزاع بيننا فيه، وأبو حميد - راوي حديثهم - بين في حديثه أن افتراشه كان في التشهد الأول، وأنه تورك في الثاني، فيجب المصير إلى قوله وبيانه.

فأما صفة التورك، فقال الخرقي: ينصب رجله اليمنى، ويجعل باطن رجله اليسرى تحت فخذه اليمنى، ويجعل أليتيه على الأرض. وذكر القاضي مثل ذلك؛ لما روي عن عبد الله بن الزبير قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا قعد في الصلاة جعل قدمه اليسرى تحت فخذه وساقه، وفرش قدمه اليمنى.» رواه مسلم، وأبو داود وفي بعض ألفاظ حديث أبي حميد، قال: «جلس النبي - صلى الله عليه وسلم - على أليتيه، وجعل بطن قدمه عند مأبض اليمنى، ونصب قدمه اليمنى» .

وروى الأثرم في صفته، قال: رأيت أبا عبد الله يتورك في الرابعة في التشهد، فيدخل رجله اليسرى، يخرجها من تحت ساقه الأيمن، ولا يقعد على شيء منها، وينصب اليمنى، ويفتح أصابعه، وينحي عجزه كله، ويستقبل بأصابعه اليمنى القبلة، وركبته اليمنى على الأرض ملزقة. وهكذا ذكر أبو الخطاب، وأصحاب الشافعي، وإن أبا حميد، قال في صفة صلاة النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإذا كان في الرابعة أفضى بوركه اليسرى إلى الأرض، وأخرج قدميه من ناحية واحدة.» رواه أبو داود، وأيهما فعل فحسن.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٣٨٦

[فصل التشهد والجلوس]

(٧٥٢) فصل: وهذا التشهد والجلوس له من أركان الصلاة، وممن قال بوجوبه عمر، وابنه وأبو مسعود البدري، والحسن، والشافعي. ولم يوجبه مالك، ولا أبو حنيفة، إلا أن أبا حنيفة أوجب الجلوس قدر التشهد. وتعلقا بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يعلمه الأعرابي، فدل على أنه غير واجب. **ولنا**، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر به فقال: قولوا: التحيات لله.» وأمره يقتضي الوجوب، وفعله، وداوم عليه، وقد روي عن ابن مسعود أنه قال: «كنا نقول، قبل أن يفرض علينا التشهد: السلام على الله قبل عباده، السلام على جبريل، السلام على ميكائيل. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لا تقولوا: السلام على الله. ولكن قولوا: التحيات لله. إلى آخره»

وهذا يدل أنه فرض بعد أن لم يكن مفروضا، وحديث الأعرابي يحتمل أنه كان قبل أن يفرض التشهد، ويحتمل أنه ترك تعليمه لأنه لم يره أساء في تركه.

[مسألة التورك في كل تشهد يسلم فيه]

(٧٥٣) مسألة: قال: (ولا يتورك إلا في صلاة فيها تشهدان في الأخير منهما) وجملته أن جميع جلسات الصلاة لا يتورك فيها إلا في تشهد ثان. وقال الشافعي: يسن التورك في كل تشهد يسلم فيه، وإن لم يكن ثانيا، كتشهد الصبح والجمعة وصلاة التطوع؛ لأنه تشهد يسن تطويله، فسن فيه التورك كالثاني. **ولنا**، حديث وائل بن حجر «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما جلس للتشهد افترش رجله اليسرى، ونصب." (١)

"اللهم كما صنت وجهي عن السجود لغيرك فصن وجهي عن المسألة لغيرك. وقال: كان عبد الرحمن يقوله في سجوده. وقال: سمعت الثوري يقوله في سجوده.

(٧٦٤) فصل: ولا يجوز أن يدعو في صلاته بما يقصد به ملاذ الدنيا وشهواتها، بما يشبه كلام الآدميين وأمانيهم، مثل: اللهم ارزقني جارية حسناء، ودارا قوراء، وطعاما طيبا، وبستانا أنيقا. وقال الشافعي: يدعو بما أحب؛ لقوله - عليه السلام -، في حديث ابن مسعود، في التشهد: " ثم ليتخير من الدعاء أعجبه إليه ". متفق عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٧/١

ولمسلم: " ثم ليتخير بعد من المسألة ما شاء أو ما أحب ". وفي حديث أبي هريرة: «إذا تشهد أحدكم فليتعوذ من أربع، ثم يدعو لنفسه ما بدا له» . **ولنا** قوله – عليه السلام –: «إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الآدميين، إنما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن» . أخرجه مسلم. وهذا من كلام الآدميين، ولأنه كلام آدمي يخاطب بمثله، أشبه تشميت العاطس، ورد السلام، والخبر محمول على أنه يتخير من الدعاء المأثور وما أشبهه.

(٧٦٥) فصل: فأما الدعاء بما يتقرب به إلى الله عز وجل مما ليس بمأثور، ولا يقصد به ملاذ الدنيا، فظاهر كلام الخرقي وجماعة من أصحابنا أنه لا يجوز، ويحتمله كلام أحمد؛ لقوله: ولكن يدعو بما جاء وبما يعرف. وحكى عنه ابن المنذر، أنه قال: لا بأس أن يدعو الرجل بجميع حوائجه؛ من حوائج دنياه وآخرته. وهذا هو الصحيح، إن شاء الله تعالى؛ لظواهر الأحاديث، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: " ثم ليتخير من الدعاء "، وقوله: " ثم يدعو لنفسه بما بدا له ". وقوله: " ثم ليدع بعد بما شاء ". وروي عن أنس، قال: «جاءت أم سليم إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقالت: يا رسول الله: علمني دعاء أدعو به في صلاتي. فقال: احمدي الله عشرا، وسبحي الله عشرا، ثم سلي ما شئت. يقول: نعم نعم نعم» . رواه الأثرم

،." (١)

"خده: السلام عليكم ورحمة الله، السلام عليكم ورحمة الله» . رواه أبو داود، وروى عبد الله بن زيد نحوه عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، وعن علي – رضي الله عنه – «أنه كان يسلم عن يمينه وعن يساره: السلام عليكم، السلام عليكم.» رواهما سعيد.، ولأن ذكر الرحمة تكرير للثناء، فلم يجب. كقوله: وبركاته، وقال ابن عقيل: الأصح أنه لا يجزئه لأن الصحيح عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه كان يقول: السلام عليكم ورحمة الله ولأنه سلام في الصلاة ورد مقرونا بالرحمة، فلم يجز بدونها، كالتسليم على النبي – صلى الله عليه وسلم – في التشهد.

[فصل نكس السلام في الصلاة فقال عليكم السلام]

(٧٧٣) فصل: فإن نكس السلام فقال: عليكم السلام. لم يجزه. قال القاضي: فيه وجه آخر، أنه يجزئ. وهو قول الشافعي؛ لأن المقصود يحصل، وليس هو بقرآن يعتبر فيه النظم. **ولنا** أن النبي – صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٣/١

وسلم - قاله مرتبا، وأمر به كذلك. وقال لأبي تميمة: «لا تقل عليك السلام. فإن عليك السلام تحية الموتى» . رواه أحمد، في المسند، ولأنه ذكر يؤتى به في أحد طرفي الصلاة، فلم يجز منكسا، كالتكبير.

[فصل قال في الصلاة سلام عليكم منكرا منونا]

(٧٧٤) فصل: فإن قال: سلام عليكم: منكرا منونا، ففيه وجهان: أحدهما، يجزئه. وهو مذهب الشافعي؛ لأن التنوين قام مقام الألف واللام، ولأن أكثر ما ورد في القرآن من السلام بغير ألف ولام كقوله تعالى: ﴿سلام عليكم بما صبرتم﴾ [الرعد: ٢٤] . وقوله: ﴿يقولون سلام عليكم﴾ [النحل: ٣٢] . وقوله: ﴿وقال لهم خزنتها سلام عليكم﴾ [الزمر: ٧٣] . ولأنا أجزنا التشهد بتشهد ابن عباس، وأبي موسى، وفيهما: سلام عليك. بغير ألف ولام، والتسليمتان واحد. والآخر: لا يجزئه؛ لأنه يغير صيغة السلام الوارد، ويخل بحرف يقتضي الاستغراق، فيتغير المعنى، فلم يجزئ، كما لو أثبت اللام في التكبير. وقال أبو الحسن الآمدي: لا فرق بين أن ينون التسليم أو لا ينونه؛ لأن حذف التنوين لا يخل بالمعنى؛ بدليل ما لو وقف عليه.

[فصل يسن أن يلتفت عن يمينه في التسليمة الأولى وعن يساره في الثانية]

(٧٧٥) فصل: ويسن أن يلتفت عن يمينه في التسليمة الأولى، وعن يساره في الثانية، كما جاءت السنة، في حديث ابن مسعود، «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يسلم حتى يرى بياض خده عن يمينه وعن يساره» . ويكون التفاته في الثانية أوفى؛ لما روى يحيى بن محمد بن صاعد، بإسناده عن عمار، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه كان يسلم عن يمينه، حتى يرى بياض خده الأيمن، وإذا سلم عن يساره يرى بياض خده." (١)

"فيما أسر به. وقال ابن الزبير: إذا جهر فلا تقرأ، وإذا خافت فاقرأ. وروي معنى ذلك عن سعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، والحسن والقاسم بن محمد، ونافع بن جبير، والحكم، والزهري، وقال أبو سلمة بن عبد الرحمن: للإمام سكتتان، فاغتنموا فيهما القراءة بفاتحة الكتاب؛ إذا دخل في الصلاة، وإذا قال: ولا الضالين. وقال عروة بن الزبير: أما أنا فأغتنم من الإمام اثنتين، إذا قال: غير المغضوب عليهم ولا الضالين، فأقرأ عندها، وحين يختم السورة، فأقرأ قبل أن يركع.

وقال الثوري، وابن عيينة، وأبو حنيفة: لا يقرأ الإمام بحال؛ لما ذكرنا في المسألة التي قبل هذا. **ولنا**، قول

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٨/١

النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإذا أسررت بقراءتي فاقرءوا» . رواه الترمذي، والدارقطني. ولأن عموم الأخبار يقتضي القراءة في حق كل مصل، فخصصناها بما ذكرناه من الأدلة، وهي مختصة بحال الجهر، وفيما عداه يبقى على العموم، وتخصيص حالة ا لجهر بامتناع الناس من القراءة فيها يدل على أنهم كانوا يقرءون في غيرها. قال الإمام أحمد - رحمه الله تعالى -، في الإمام يقرأ وهو لا يسمع: يقرأ. قيل له: أليس قد قال الله تعالى: ﴿وإذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا﴾ [الأعراف: ٢٠٤] ؟ فقال: هذا إلى أي شيء يستمع؟ . ويسن له قراءة السورة مع الفاتحة في مواضعها.

[مسألة من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة]

(٧٨٨) مسألة: قال: فإن لم يفعل فصلاته تامة؛ لأن من كان له إمام فقراءة الإمام له قراءة وجملة ذلك أن القراءة غير واجبة على المأموم فيما جهر به الإمام، ولا فيما أسر به. نص عليه أحمد، في رواية الجماعة. وبذلك قال الزهري، والثوري، وابن عيينة، ومالك، وأبو حنيفة وإسحاق، وقال الشافعي، وداود: يجب؛ لعموم قوله - عليه السلام - «لا صلاة لمن لا يقرأ بفاتحة الكتاب» غير أنه خص في حال الجهر بالأمر بالإنصات، ففيما عداه يبقى على العموم. **ولنا** ما روى الإمام أحمد، عن وكيع، عن سفيان، عن موسى بن أبي عائشة، عن عبد الله بن شداد، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من كان له إمام فإن قراءة الإمام له قراءة» . ورواه الخلال بإسناده عن، شعبة، عن موسى، مطولا. وأخبرناه أبو الفتح بن البطي في حديث ابن البحتري، بإسناده عن منصور، عن موسى، عن عبد الله بن شداد،
قال: «كان رجل يقرأ خلف رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فجعل رجل يومئ إليه أن لا يقرأ، فأبى إلا أن يقرأ، فلما قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال له الرجل: ما لك تقرأ خلف الإمام؟ فقال: ما لك تنهاني أن أقرأ؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: إذا كان لك إمام يقرأ فإن قراءته لك قراءة» . وقد ذكرنا حديث جابر: " إلا وراء الإمام ". وروى الخلال، والدارقطني عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «يكفيك قراءة الإمام، خافت أو جهر» ولأن القراءة لو كانت." (١)

"من المغرب أو العشاء، فقام ليقضي، أيجهر أو يخافت؟ قال: إن شاء جهر، وإن شاء خافت. ثم قال: إنما الجهر للجماعة، قلت له: وكذلك إذا صلى وحده المغرب والعشاء، إن شاء جهر، وإن شاء لم يجهر؟ قال: نعم، إنما الجهر للجماعة. وكذلك قال طاوس، فيمن فاتته بعض الصلاة وهو قول الأوزاعي

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٠٦

ولا فرق بين القضاء والأداء. وقال الشافعي: يسن للمنفرد الجهر؛ لأنه غير مأمور بالإنصات إلى أحد، فأشبه الإمام. **ولنا**، أنه لا يتحمل القراءة عن غيره، فأشبه المأموم في سكتات الإمام، ويفارق الإمام، فإنه يقصد إسماع المأمومين، ويتحمل القراءة عنهم. وإلى هذا أشار أحمد في قوله: إنما الجهر للجماعة، فقد توسط المنفرد بين الإمام والمأموم، وفارقهما في كونه لا يقصد إسماع غيره، ولا الإنصات له، فكان مخيرا بين الحالين.

[فصل إن قضى الصلاة في جماعة]

(٧٩٣) فصل: فأما إن قضى الصلاة في جماعة، فإن كانت صلاة نهار أسر، سواء قضاها في ليل أو نهار لأنها صلاة نهار، ولا أعلم في هذا خلافا. فإن كانت الفائتة صلاة جهر فقضاها في ليل، جهر في ظاهر كلام أحمد، لأنها صلاة ليل فعلها ليلا، فيجهر فيها كالمؤداة وإن قضاها نهارا، فقال أحمد: إن شاء لم يجهر فيحتمل الإسرار. وهو مذهب الأوزاعي والشافعي؛ لأن صلاة النهار عجماء، وهذه صلاة نهار وروى أبو هريرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا رأيتم من يجهر بالقراءة في صلاة النهار فارجموه بالبعر» . رواه أبو حفص، بإسناده.

وهذه قد صارت صلاة نهار، ولأنها صلاة مفعولة بالنهار، فأشبه الأداء فيه، ويحتمل أن يجهر فيها، ليكون القضاء على وفق الأداء، وهو قول أبي حنيفة، وأبي ثور، وابن المنذر. ولا فرق عند هؤلاء بين المنفرد والإمام وظاهر كلام أحمد أنه مخير بين الأمرين، لشبه الصلاة المقضية بالحالين.

[مسألة قراءة السورة بعد الفاتحة مسنونة]

(٧٩٤) مسألة: قال: (ويقرأ في الصبح بطوال المفصل، وفي الظهر في الركعة الأولى: بنحو الثلاثين آية، وفي الثانية بأيسر من ذلك، وفي العصر على النصف من ذلك، وفي المغرب، بسور آخر المفصل، وفي العشاء الآخرة " والشمس وضحاها " وما أشبهها) وجملة ذلك، أن قراءة السورة بعد الفاتحة مسنونة في الركعتين من كل صلاة. لا نعلم في هذا خلافا. ويستحب أن يكون على الصفة التي بين الخرقي؛ اقتداء برسول الله - صلى الله عليه وسلم - واتباعا لسنته، ففي حديث أبي برزة «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقرأ في صلاة الغداة بالستين إلى المائة» . متفق عليه. وعن جابر بن سمرة «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقرأ في الفجر ب ﴿ق والقرآن المجيد﴾ [ق: ١] ونحوها، فكانت صلاته بعد إلى التخفيف» . وقال قطبة بن مالك: «سمعت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقرأ في الفجر والنخل

باسقات» رواهما مسلم وروى النسائي، أنه قرأ فيها الروم. وروى ابن ماجه عن عبد الله بن السائب قال: «قرأ النبي - صلى الله عليه وسلم - في صلاة الصبح ب المؤمنون. فلما أتى على ذكر عيسى أصابته شرقة، فركع» . وروى أبو داود، وابن ماجه عن عمرو بن حريث قال: «كأني أسمع صوت النبي - صلى الله عليه وسلم - يقرأ في صلاة الغداة فلا أقسم بالخنس الجوار الكنس»." (١)

"وكان - عليه السلام - يطيل تارة ويقصر أخرى، بحسب الأحوال وروي عنه أنه قال - عليه السلام -: «إني لأدخل في الصلاة وأنا أريد أن أطيلها فأسمع بكاء الصبي فأخفف؛ مخافة أن أشق على أمه»

[فصل إطالة الركعة الأولى من كل صلاة]

(٧٩٦) فصل:: ويستحب أن يطيل الركعة الأولى من كل صلاة؛ ليلحقه القاصد للصلاة وقال الشافعي: يكون الأوليان متساويين؛ لحديث أبي سعيد: «حزرنا قيام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الركعتين الأوليين من الظهر قدر الثلاثين آية» ولأن الأخريين متساويتان فكذلك الأوليان. ووافقنا أبو حنيفة في الصبح، خاصة، ووافق الشافعي في سائر الصلوات. **ولنا**، ما روى أبو قتادة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان يقرأ في الركعتين الأوليين من الظهر بفاتحة الكتاب وسورتين، يطول في الأولى، ويقصر في الثانية، ويسمع الآية أحيانا، وكان يقرأ في العصر في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورتين، يطول في الأولى ويقصر في الثانية، وكان يطول في الركعة الأولى من صلاة الصبح، ويقصر في الثانية» . متفق عليه وروى أبو داود هذا الحديث، وفيه قال: " فظننا أنه يريد بذلك أن يدرك الناس الركعة الأولى.

وعن عبد الله بن أبي أوفى: «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقوم في الركعة الأولى من صلاة الظهر حتى لا يسمع وقع قدم» وحديث أبي سعيد قد رواه ابن ماجه: وفي الركعة الأخرى قدر النصف من ذلك. وهذا أولى؛ لأنه يوافق الأحاديث الصحيحة، ثم لو قدرنا التعارض وجب تقديم حديث أبي قتادة؛ لأنه أصح، ويتضمن زيادة، وهي ضبط التفريق بين الركعتين. قال أحمد، - رحمه الله -، في الإمام يطول في الثانية، يعني أكثر من الأولى: يقال له في هذا تعلم. وقال أيضا، في الإمام يقصر في الأولى ويطول في الآخرة: لا ينبغي هذا، يقال له، ويؤمر.

[فصل قراءة السورة في ركعتين في الصلاة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٨/١

(٧٩٧) فصل: قال أحمد في رواية أبي طالب، وإسحاق بن إبراهيم: لا بأس بالسورة في ركعتين؛ وذلك لما روى زيد بن ثابت، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قرأ في المغرب بالأعراف في الركعتين كلتيهما» وروى الخلال بإسناده عن عائشة، – رضي الله عنها – «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يقسم البقرة في الركعتين» ، وبإسناده عن الزهري قال: أخبرني أنس قال: صلى بنا أبو بكر – رضي الله عنه – صلاة الفجر، فافتتح سورة البقرة، فقرأ بها في ركعتين، فلما سلم قام إليه عمر فقال ما كدت تفرغ حتى تطلع الشمس فقال: لو طلعت لألفتنا غير غافلين.
وقد «قرأ النبي – صلى الله عليه وسلم – بسورة المؤمنون، فلما أتى على ذكر عيسى أخذته شرقة فركع»." (١)

"والدليل على جوازه ما روى أبو بكر الأثرم، وابن أبي داود بإسنادهما عن عائشة أنها كانت يؤمها عبد لها في المصحف وسئل الزهري عن رجل يقرأ في رمضان في المصحف فقال: كان خيارنا يقرءون في المصاحف وروي ذلك عن عطاء، ويحيى الأنصاري وعن الحسن، ومحمد في التطوع ولأن ما جاز قراءته ظاهرا جاز نظيره كالحافظ، ولا نسلم أن ذلك يحتاج إلى عمل طويل، وإن كان كثيرا فهو متصل واختصت الكراهة بمن يحفظ لأنه يشتغل بذلك عن الخشوع في الصلاة والنظر إلى موضع السجود لغير حاجة.
وكره في الفرض على الإطلاق؛ لأن العادة أنه لا يحتاج إلى ذلك فيها وأبيحت في غير هذين الموضعين لموضع الحاجة إلى سماع القرآن والقيام به والله أعلم

[مسألة زيادة القراءة على أم الكتاب في الركعتين غير الأوليين]
(٨٠١) مسألة: قال (ولا يزيد على قراءة أم الكتاب في الأخريين من الظهر والعصر، وعشاء الآخرة والركعة الأخيرة من المغرب) وجملة ذلك أنه لا تسن زيادة القراءة على أم الكتاب في الركعتين غير الأوليين قال ابن سيرين: لا أعلمهم يختلفون في أنه يقرأ في الركعتين الأوليين بفاتحة الكتاب وسورة، وفي الأخريين بفاتحة الكتاب. وروي ذلك عن ابن مسعود وأبي الدرداء، وجابر، وأبي هريرة، وعائشة رواه إسماعيل بن سعيد. الشالنجي عنهم بإسناده إلا حديث جابر فرواه أحمد، وهو قول مالك وأبي حنيفة، واختلف قول الشافعي فمرة قال كذلك ومرة قال: يقرأ بسورة مع الفاتحة في كل ركعة وروي ذلك عن ابن عمر. لما روى الصنابحي قال: صليت خلف أبي بكر الصديق المغرب، فدنوت منه حتى إن ثيابي تكاد تمس ثيابه، فقرأ في الركعة

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤١٠

الأخيرة بأم الكتاب، وهذه الآية ﴿ربنا لا تزغ قلوبنا﴾ [آل عمران: ٨] **ولنا**: حديث أبي قتادة «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقرأ في الظهر في الركعتين الأوليين بأم الكتاب وسورتين، وفي الركعتين الأخريين بأم الكتاب، ويسمعنا الآية أحيانا» وكتب عمر إلى شريح: أن اقرأ في الركعتين الأوليين بأم الكتاب وسورة، وفي الأخريين بأم الكتاب.

وما فعله الصديق - رحمه الله - إنما قصد به الدعاء، لا القراءة. ليكون موافقا لفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - وبقية أصحابه ولو قدر." (١)

"أنه قصد بذلك القراءة فليس بموجب ترك حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - وفعله، ثم قد ذكرنا مذهب عمر وغيره من الصحابة بخلاف هذا. فأما إن دعا إنسان في الركعة الآخرة بآية من القرآن مثل ما فعل الصديق فقد روي عن أحمد أنه سئل عن ذلك؟ فقال: إن شاء قاله، ولا ندري أكان ذلك قراءة من أبي بكر أو دعاء؟ فهذا يدل على أنه لا بأس بذلك؛ لأنه دعاء في الصلاة فلم يكره، كالدعاء في التشهد

[مسألة ستر العورة في الصلاة]

(٨٠٢) مسألة: قال (ومن كان من الرجال وعليه ما يستر ما بين سرته وركبته، أجزأه ذلك) وجملة ذلك أن ستر العورة عن النظر بما لا يصف البشرة واجب، وشرط لصحة الصلاة. وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب مالك: سترها واجب، وليس بشرط لصحة الصلاة. وقال بعضهم: هي شرط مع الذكر دون السهو. احتجوا على أنها ليست شرطا بأن وجوبها لا يختص بالصلاة، فلم يكن شرطا، كاجتناب الصلاة في الدار المغصوبة. **ولنا** ما روت عائشة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار» رواه أبو داود والترمذي، وقال حديث حسن، وقال سلمة بن الأكوع «قلت يا رسول الله، إني أكون في الصيد في القميص الواحد؟ قال: نعم، وازرره ولو بشوكة» . حديث حسن.

وما ذكروه ينتقض بالإيمان والطهارة، فإنها تجب لمس المصحف، والمسألة ممنوعة، قال ابن عبد البر: احتج من قال الستر من فرائض الصلاة، بالإجماع على إفساد من ترك ثوبه وهو قادر على الاستتار به، وصلى عريانا، قال: وهذا أجمعوا عليه كلهم. إذا ثبت هذا، فالكلام في حد العورة، والصالح في المذهب، أنها من الرجل ما بين السرة والركبة. نص عليه أحمد في رواية جماعة، وهو قول مالك، والشافعي، وأبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٢/١

حنيفة وأكثر الفقهاء، وفيه رواية أخرى أنها الفرجان. قال مهنا، سألت أحمد ما العورة؟ قال: الفرج والدبر. وهذا قول ابن أبي ذئب وداود لما روى أنس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم خيبر، حسر الإزار عن فخذه، حتى إني لأنظر إلى بياض فخذ النبي - صلى الله عليه وسلم -.» رواه البخاري (وقال حديث أنس أسند، وحديث جرهد أحوط)

، وروت عائشة قالت: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في بيته كاشفا عن فخذه، فاستأذن أبو بكر، فأذن له وهو على ذلك، ثم استأذن عمر فأذن له وهو على ذلك.» وهذا يدل على أنه ليس بعورة، ولأنه ليس بمخرج للحدث، فلم يكن عورة، كالساق.." (١)

"ووجه الرواية الأولى، ما روى الخلال بإسناده، والإمام أحمد في (مسنده) ؛ عن جرهد، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رآه قد كشف عن فخذه، فقال: غط فخذك؛ فإن الفخذ من العورة» قال البخاري: حديث أنس أسند، وحديث جرهد أحوط وروى الدارقطني «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لعلي: لا تكشف فخذك، ولا تنظر فخذ حي، ولا ميت» وهذا صريح في الدلالة، فكان أولى.

وروى أبو بكر، بإسناده، عن أبي أيوب الأنصاري، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أسفل السرة وفوق الركبتين من العورة» وروى الدارقطني، بإسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا زوج أحدكم عبده أمته أو أجيره، فلا ينظر إلى شيء من عورته؛ فإن ما تحت السرة إلى الركبة عورة» . وفي لفظ: «ما بين سرته وركبته من عورته» . رواه أبو بكر، وفي لفظ: «إذا زوج أحدكم خادمه، عبده، أو أجيره، فلا ينظر إلى ما دون السرة وفوق الركبة» . رواه أبو داود. وهذه نصوص يتعين تقديمها، والأحاديث السابقة تحمل على أن غير الفرجين عورة غير مغلظة، والمغلظة هي الفرجان.

وهذا نص، والحر والعبد في هذا سواء، لتناول النص لهما جميعا. (٨٠٣) فصل: وليست سرته وركبتاه من عورته. نص عليه أحمد في مواضع. وهذا قال به مالك، والشافعي، وقال أبو حنيفة الركبة من العورة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الركبة من العورة» . **ولنا** ما تقدم من حديث أبي أيوب، وعمرو بن شعيب؛ ولأن الركبة حد فلم تكن من العورة كالسرة. وحديثهم يرويه أبو الجنوب، لا يثبته أهل النقل.

وقد قبل أبو هريرة سرة الحسن، ولو كانت عورة لم يفعلا ذلك. (٨٠٤) فصل: والواجب الستر بما يستر لون البشرة، فإن كان خفيفا يبين لون الجلد من ورائه، فيعلم بياضه أو حمرته، لم تجز الصلاة فيه؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٣/١

الستر لا يحصل بذلك. وإن كان يستر لونه، ويصف الخلقة، جازت الصلاة؛ لأن هذا لا يمكن التحرز منه، وإن كان الساتر صفيقا.

[فصل انكشف من العورة يسير في الصلاة]

(٨٠٥) فصل: فإن انكشف من العورة يسير. لم تبطل صلاته. نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي: تبطل لأنه حكم تعلق بالعورة، فاستوى قليله وكثيره، كالنظر. **ولنا**: ما روى أبو داود، بإسناده عن أيوب، عن عمرو بن سلمة الجرمي قال: «انطلق أبي وافدا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في نفر من قومه، فعلمهم الصلاة، وقال: يؤمكم أقرؤكم. فكنت أقرأهم فقدموني، فكنت أؤمهم وعلي بردة لي صفراء صغيرة، وكنت إذا سجدت انكشفت عني،." (١)

"فقالت امرأة من النساء: واروا عنا عورة قارئكم. فاشتروا لي قميصا عمانيا، فما فرحت بشيء بعد الإسلام فرحي به.» ورواه أبو داود،، والنسائي أيضا، عن عاصم الأحول، عن عمرو بن سلمة، قال: «فكنت أؤمهم في بردة موصلة فيها فتق، فكنت إذا سجدت فيها خرجت استي» .

وهذا ينتشر ولم ينكر، ولا بلغنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنكره ولا أحد من أصحابه؛ ولأن ما صحت الصلاة مع كثيره حال العذر، فرق بين قليله وكثيره في غير حال العذر، كالمشي، ولأن الاحتراز من اليسير يشق، فعفي عنه كيسير الدم. إذا ثبت هذا فإن حد الكثير ما فحش في النظر، ولا فرق في ذلك بين الفرجين وغيرهما. واليسير ما لا يفحش، والمرجع في ذلك إلى العادة، إلا أن المغلظة يفحش منها ما لا يفحش من غيرها، فيعتبر ذلك في المانع من الصلاة.

وقال أبو حنيفة: إن انكشف من المغلظة قدر الدرهم أو من المخففة أقل من ربعها، لم تبطل الصلاة. وإن كان أكثر، بطلت. **ولنا**، أن هذا شيء لم يرد الشرع بتقديره، فرجع فيه إلى العرف، كالكثير من العمل في الصلاة، والتفرق والإحراز، والتقدير بالتحكم من غير دليل لا يسوغ.

[فصل انكشفت عورته عن غير عمد في الصلاة فسترها في الحال]

(٨٠٦) فصل: فإن انكشفت عورته عن غير عمد، فسترها في الحال، من غير تطاول الزمان، لم تبطل؛ لأنه يسير من الزمان، أشبه اليسير في القدر. وقال التميمي في "كتابه ": إن بدت عورته وقتا واستترت وقتا،

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤١٤

فلا إعادة عليه؛ لحديث عمرو بن سلمة. ولم يشترط اليسير، ولا بد من اشتراطه؛ لأن الكثير يفحش انكشاف العورة فيه، ويمكن التحرز منه، فلم يعف عنه، كالكثير من القدر.

[مسألة كان على عاتقه شيء من اللباس في الصلاة]

(٨٠٧) مسألة: قال: إذا كان على عاتقه شيء من اللباس وجملة ذلك، أنه يجب أن يضع المصلي على عاتقه شيئا من اللباس، إن كان قادرا على ذلك. وهو قول ابن المنذر. وحكي عن أبي جعفر، أن الصلاة لا تجزئ من لم يخمر منكبيه. وقال أكثر الفقهاء: لا يجب ذلك، ولا يشترط لصحة الصلاة. وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأنهما ليسا بعورة، فأشبها بقية البدن. **ولنا**، ما روى أبو هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لا يصلي الرجل في الثوب الواحد، ليس على عاتقه منه شيء» . رواه البخاري، ومسلم، وأبو داود، وابن ماجه، وغيرهم.

وهذا نهي يقتضي التحريم، ويقدم على القياس. وروى أبو داود، عن بريدة، قال: «نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يصلي في لحاف لا يتوشح به وأن يصلي في سراويل، ليس عليه رداء» . ويشترط ذلك لصحة الصلاة في ظاهر المذهب، لأنه منهي عن تركه في الصلاة، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه، ولأنها سترة واجبة في الصلاة، والإخلال بها يفسدها، كستر العورة. وذكر القاضي، أنه نقل عن أحمد، ما يدل على أنه ليس بشرط، وأخذه من رواية مثنى بن جامع، عن أحمد فيمن صلى وعليه سراويل، وثوبه على إحدى عاتقيه، والأخرى مكشوفة: يكره. قيل له: يؤمر أن يعيد؟ فلم ير عليه إعادة. وهذا يحتمل أنه لم ير." (١)

"وجملة ذلك أن الجماعة مشروعة للعراة. وبه قال قتادة. وقال مالك، والأوزاعي، وأصحاب الرأي: يصلون فرادى. قال مالك: ويتباعد بعضهم من بعض. وإن كانوا في ظلمة صلوا جماعة، ويتقدمهم إمامهم. وقال الشافعي في القديم كقولهم. وقال في موضع آخر: الجماعة والانفراد سواء؛ لأن في الجماعة الإخلال بسنة الموقف، وفي الانفراد الإخلال بفضيلة الجماعة، فيستويان، ووافقنا في أن إمامهم يقوم وسطهم على مشروعية الجماعة للنساء العراة؛ لأن موقف إمامتهن في وسطهن، فما حصل في حقهن إخلال بفضيلة الموقف، ووافقنا في الرجال إذا كان معهم مكتس يصلح أن يؤمهم، **ولنا**، أنه يمكنهم الجماعة من غير ضرر، فلزمهم كالمستترين، وقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «صلاة الرجل في الجميع تفضل على

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤١٥

صلاته وحده بسبع وعشرين درجة» . عام في كل مصل، ولا تسقط الجماعة لتعذر سببها في الموقف، كما لو كانوا في مكان ضيق لا يمكن أن يتقدم م إمامهم. وإذا شرعت الجماعة لعراة النساء، مع أن الستر في حقهن آكد، والجماعة في حقهن أخف، فللرجال أولى وأحرى، وغض البصر يحصل بكونهم صفا واحدا، يستر بعضهم بعضا.

إذا ثبت هذا، فإنهم يصلون صفا واحدا، ويكون إمامهم في وسطهم، ليكون أستر له، وأغض لأبصارهم عنه. وكذلك سن لإمامة النساء القيام وسطهن في كل حال. لأنهن عورات، فإن كان مع الرجال نساء عراة تنحين عنهم؛ لئلا يرى بعضهم بعضا، ويصلين جماعة أيضا كالرجال، إلا أن الجماعة في حقهن أدنى منها في حق الرجال، كما لو كانوا غير عراة. فإن كان الجميع في مجلس، أو في مكان ضيق، صلى الرجال، واستدبرهم النساء، ثم صلى النساء واستدبرهن الرجال؛ لئلا يرى بعضهم عورات بعض. فإن كان الرجال لا يسعهم صف واحد، والنساء وقفوا صفوفا، وغضوا أبصارهم عمن بين أيديهم؛ لأنه موضع ضرورة.

[مسألة العراة إذا صلوا قعودا]

(٨٢٩) مسألة: قال: وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله، رواية أخرى، أنهم يسجدون بالأرض اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله -، في العراة إذا صلوا قعودا؛ فروي عنه أنهم يومئون بالركوع والسجود؛ لأن القيام سقط عنهم لحفظ عوراتهم، فيسقط السجود؛ لأن ظهورها بالسجود أكثر وأفحش، فوجب أن يسقط. وروي أنهم يسجدون بالأرض؛ لأن السجود آكد من القيام؛ لكونه مقصودا في نفسه، ولا يسقط فيما يسقط فيه القيام، وهو صلاة النافلة، فلهذا لم يسقط وقد اختلف عن أحمد، في القيام أيضا؛ فروي عنه أن العراة يصلون قياما، فإنه قال في العراة: يقوم إمامهم في وسطهم. وروى عنه الأثرم أنه قال: إن توارى بعضهم ببعض؛ فصلوا قياما، فهذا لا بأس به.

قيل: فيومئون أم يسجدون؟ قال: سبحان الله، السجود لا بد منه. فهذا يدل على أن السجود لا يسقط، وأن الأفضل القيام في الخلوة، إلا أن الخلال قال: هذا توهم من الأثرم، ومعنى قوله: يقوم في وسطهم. كقوله تعالى: (إلا ما دمت عليه قائما) . لم يرد به القيام على رجل.

[فصل فإن كان مع العراة واحد له ثوب لزمته الصلاة فيه]

(٨٣٠) فصل: فإن كان مع العراة واحد له ثوب، لزمته الصلاة فيه، لأنه قادر على السترة. فإن أعاره وصلى

عريانا، لم تصح صلاته؛ لتركه الواجب عليه. ويستحب أن يعيره بعد صلاته فيه لغيره، ليصلي فيه؛ لقول." (١)

"الله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ٢] . ولا يجب عليه ذلك، بخلاف ما لو كان معه طعام فاضل عن حاجته، ووجد من به ضرورة، لزم إعطاؤه إياه؛ لأنها حال ضرورة، فإذا بذله لهم صلى فيه واحد بعد واحد، ولم تجز لهم الصلاة عراة؛ لأنهم قادرون على الستر، إلا أن يخافوا ضيق الوقت، فيصلي فيه واحد والباقون عراة.

وقال الشافعي: لا يصلي أحد عريانا. وينتظر الثوب وإن خرج الوقت. ولا يصح، فإن الوقت آكد من القيام، بدليل ما لو كانوا في سفينة في موضع ضيق، لا يمكن جميعهم الصلاة فيه قياما صلى واحد بعد واحد، إلا أن يخافوا فوات الوقت فيصلون قعودا، نص الشافعي على هذا. والقيام آكد من السترة عنده. وعلى رواية لنا، والوجه الآخر أقيس عندي، فإن المحافظة على الشرط مع إمكانه أولى مع إدراك الوقت، بدليل ما لو جد ما لا يمكنه استعماله إلا بعد فوات الوقت، أو سترة يخاف فوات الوقت إن تشاغل بالمخشي إليها، والاستتار بها. فأولى أن يكون الوقت مقدما على الستر. فإن امتنع صاحب الثوب من إعارتهم، أو ضاق الوقت عن أكثر من صلاة.

فالمستحب أن يؤمهم صاحب الثوب، ويقف بين أيديهم، فإن كان أميا وهم قراء، صلى الباقون جماعة على ما أسلفنا. قال القاضي: يصلي هو منفردا، وإذا أراد صاحب الثوب إعارة ثوبه، ومعهم نساء، استحب أن يبدأ بهن؛ لأنهن آكد في الستر. وإذا صلين فيه أخذه. فإذا تضايق الوقت، وفيهم قارئ، فالمستحب أن يبدأ به؛ ليكون إمامهم. وإن أعاده لغير القارئ صار حكمه كحكم صاحب الثوب. فإن استووا، ولم يكن الثوب لواحد منهم، أقرع بينهم، فمن خرجت له القرعة فهو أحق. وإن لم يستووا فالأولى به من تستحب البداية بإعارته، على ما ذكرنا.

[مسألة كان في الطين والمطر ولم يمكنه السجود على الأرض إلا بالتلوث]

(٨٣١) مسألة: قال: ومن كان في ماء وطين أومأ إيماء وجملة ذلك، أنه إذا كان في الطين و المطر ولم يمكنه السجود على الأرض إلا بالتلوث بالطين والبلل بالماء، فله الصلاة على دابته، يومئ بالركوع والسجود، وإن كان راجلا أومأ بالسجود أيضا، ولم يلزمه السجود على الأرض. قال الترمذي. روي عن أنس بن مالك

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٨/١

أنه صلى على دابته في ماء وطين. وفعله جابر بن زيد، وأمر به طاوس، وعمارة بن غزية قال الترمذي: والعمل على هذا عند أهل العلم، وبه يقول إسحاق.

وقال أصحاب الشافعي: لا يجوز أن يصلي الفرد على الراحلة لأجل المطر؛ لحديث أبي سعيد، ولأن السجود والقيام من أركان الصلاة فلم يسقط بالمطر، كبقية أركانها. **ولنا**، ما روى يعلى بن أمية، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه انتهى إلى مضيق، ومعه أصحابه، والسماء من فوقهم، والبلة من أسفل منهم، فصلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على راحلته، وأصحابه على ظهور دوابهم، يومئون إيماء، يجعلون السجود أخفض من الركوع.» رواه الأثرم، والترمذي. وقال: تفرد به عمر بن الرماح البلخي، وقد روى عنه غير واحد من أهل العلم،

قال القاضي أبو يعلى: سألت أبا عبد الله الدامغاني، فقال: مذهب أبي حنيفة أن يصلي على الراحلة في المطر والمرض. وقال أصحاب الشافعي: لا يجوز أن يصلي الفرض على الراحلة لأجل المطر والمرض. وعن مالك كالمذهبين.

واحتج من منع ذلك بحديث أبي سعيد الخدري: «فأبصرت عيناي." [1]

"رسول الله - صلى الله عليه وسلم - انصرف وعلى جبهته وأنفه أثر الماء والطين.» وهذا حديث صحيح. **ولنا**، ما رويناه من الحديث. وفعل أنس قال أحمد، - رحمه الله -: قد صلى أنس وهو متوجه إلى سرابيط. في يوم مطر المكتوبة على الدابة رواه الأثرم بإسناده، وذكره الإمام أحمد، ولم ينقل عن غيره خلافه، فيكون إجماعا، ولأن المطر عذر يبيح الجمع، فأثر في أفعال الصلاة كالسفر يؤثر في القصر. وأما حديث أبي سعيد فيحتمل أن الطين كان يسيرا لا يؤثر في تلويث الثياب.

[فصل الصلاة على الراحلة]

(٨٣٢) فصل: فأما الصلاة على الراحلة لأجل المرض، ففيه روايتان: إحداهما، يجوز. اختارها أبو بكر؛ لأن المشقة بالنزول في المرض أشد منها بالنزول في المطر، فإذا أثر المطر في إباحة الصلاة على الراحلة فالمرض أولى.

والثانية لا يجوز ذلك. واحتج لها أحمد بأن ابن عمر كان ينزل مرضاه، ولأنه قادر على الصلاة أو على السجود، فلم يجز تركه كغير المرض، والفرق بينه وبين المطر، أن النزول في المطر يبلل ثيابه ويلوثها، ولا

(١) المغني لابن قدامة ١/ ٤٢٩

يتمكن من الصلاة بالمشقة، ونزول المريض يؤثر في حصوله على الأرض، وهو أسكن له وأمكن من كونه على الظهر، وقد اختلفت جهة المشقة، فالمشقة على المريض في نفس جهة النزول، لا في الصلاة على الأرض، والمشقة على الممطور في الصلاة على الأرض، لا في النزول. ومع هذا الاختلاف لا يصح الإلحاق، فإن خاف المريض من النزول ضررا غير محتمل، كالانقطاع عن الرفقة، أو العجز عن الركوب، أو زيادة المرض، ونحو هذا، صلى على الراحلة كما ذكرنا في صلاة الخوف

[فصل صلى على الراحلة لمرض أو مطر]

(٨٣٣) فصل: ومتى صلى على الراحلة لمرض أو مطر، فليس له ترك الاستقبال. وهو ظاهر كلام الخرقي، حيث قال: ولا يصلي في غير هاتين الحالتين فرضا ولا نافلة، إلا متوجها إلى الكعبة، ولأن قوله تعالى: ﴿وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره﴾ [البقرة: ١٤٤] [سورة البقرة] عام، خرج منه حال الخوف في صلاة الفرض، محافظة على بقاء النفس، ففيما عداه يبقى الاستقبال لعموم الآية.

[مسألة إذا انكشف من المرأة الحرة شيء سوى وجهها أعادت الصلاة]

(٨٣٤) مسألة: قال: وإذا انكشف من المرأة الحرة شيء سوى وجهها، أعادت الصلاة لا يختلف المذهب في أنه يجوز للمرأة كشف وجهها في الصلاة، ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم. وأنه ليس لها كشف ما عدا وجهها وكفيها، وفي الكفين روايتان. واختلف أهل العلم؛ فأجمع أكثرهم على أن لها أن تصلي مكشوفة الوجه، وأجمع أهل العلم على أن للمرأة الحرة أن تخمر رأسها إذا صلت، وعلى أنها إذا صلت وجميع رأسها مكشوف أن عليها الإعادة. وقال أبو حنيفة: القدمان ليسا من العورة؛ لأنهما يظهران غالبا، فهما." (١)

"[فصل المستحب أن تصلي المرأة في درع]

(٨٣٥) فصل: والمستحب أن تصلي المرأة في درع - وهو القميص، لكنه سابغ يغطي قدميها -، وخمار - يغطي رأسها وعنقها -، وجلباب - وهو الملحفة، تلتحف به من فوق الدرع -؛ روي نحو ذلك عن عمر، وابنه، وعائشة، وعبيدة السلماني، وعطاء، وهو قول الشافعي. قال أحمد: قد اتفق عامتهم على الدرع والخمار، وما زاد فهو خير وأستر، ولأنه إذا كان عليها جلباب، فإنها تجافيه راكعة وساجدة؛ لئلا تصفها ثيابها، فتبين عجيزتها، ومواضع عوراتها المغلظة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٣٠

[فصل يجزئها من اللباس الستر الواجب]

(٨٣٦) فصل: ويجزئها من اللباس الستر الواجب على ما بينا بحديث «أم سلمة، أنها سألت رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: أتصلي المرأة في درع وخمار، ليس عليها إزار؟ قال: نعم، إذا كان الدرع سابغا يغطي ظهور قدميها» . وقد روي عن ميمونة، وأم سلمة، أنهما كانتا تصليان في درع وخمار، ليس عليهما إزار. رواه مالك، في الموطأ. وقال أحمد: قد اتفق عامتهم على الدرع والخمار. ولأنها سترت ما يجب عليها ستره، فأجزأتها صلاتها كالرجل.

[فصل فإن انكشف من المرأة شيء يسير من غير الوجه والكفين الصلاة]

(٨٣٧) فصل: فإن انكشف من المرأة شيء يسير من غير الوجه والكفين فلا أعلم فيها قولا صحيحا صريحا. وظاهر قول الخرقي " إذا انكشف من المرأة الحرة شيء سوى وجهها وكفيها أعادت " يقتضي بطلان الصلاة بانكشاف اليسير؛ لأنه شيء، يمكن حمل ذلك على الكثير، لما قررنا في عورة الرجل أنه يعفى فيها عن اليسير. فكذا هاهنا. ولأنه يشق التحرز من اليسير، فعفي عنه قياسا على يسير عورة الرجل.

[فصل يكره أن تنتقب المرأة وهي تصلي]

(٨٣٨) فصل: ويكره أن تنتقب المرأة وهي تصلي لأنه يخل بمباشرة المصلى بجبهتها وأنفها، ويجري مجرى تغطية الفم للرجل، وقد نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عنه. قال ابن عبد البر وقد أجمعوا على أن على المرأة أن تكشف وجهها في الصلاة والإحرام.

[فصل صلاة الأمة مكشوفة الرأس]

(٨٣٩) فصل: قال: وصلاة الأمة مكشوفة الرأس جائزة هذا قول عامة أهل العلم. لا نعلم أحدا خالف في هذا إلا الحسن، فإنه من بين أهل العلم أوجب عليها الخمار إذا تزوجت، أو اتخذها الرجل لنفسه، واستحب لها عطاء أن تقنع إذا صلت، ولم يوجبه. ولنا، أن عمر – رضي الله عنه – ضرب أمة لآل أنس رآها متقنعة، وقال: اكشفي رأسك،." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٣٢

"فيمن ترك صلاة سنة: يصليها، ويعيد كل صلاة صلاها وهو ذاكر لما ترك من الصلاة. وقد روي عن ابن عمر – رضي الله عنه – ما يدل على وجوب الترتيب، ونحوه عن النخعي، والزهري، وربيعة، ويحيى الأنصاري، ومالك، والليث، وأبي حنيفة، وإسحاق.

وقال الشافعي: لا يجب؛ لأن قضاء الفريضة فائتة، فلا يجب الترتيب فيه، كالصيام. **ولنا**، ما روي: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – فاته يوم الخندق أربع صلوات، فقضاهن مرتبات. وقال: «صلوا كما رأيتموني أصلي» . وروى الإمام أحمد، بإسناده، عن أبي جمعة حبيب بن سباع، وكان قد أدرك النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إن النبي – صلى الله عليه وسلم – عام الأحزاب صلى المغرب، فلما فرغ قال: هل علم أحد منكم أني صليت العصر؟ فقالوا: يا رسول الله ما صليتها. فأمر المؤذن فأقام الصلاة، فصلى العصر، ثم أعاد المغرب.»

وهذا يدل على وجوب الترتيب. وروى أبو حفص بإسناده عن نافع، عن ابن عمر، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «من نسي صلاة فلم يذكرها إلا وهو مع الإمام فليصل مع الإمام، فإذا فرغ من صلاته فليعد الصلاة التي نسي، ثم ليعد الصلاة التي صلاها مع الإمام» . رواه أبو يعلى الموصلي، في مسنده، بإسناد حسن. وروي موقوفا عن ابن عمر ولأنهما صلاتان مؤقتتان، فوجب الترتيب فيهما. كالمجموعتين. إذا ثبت هذا، فإنه يجب الترتيب فيها وإن كثرت، وقد نص عليه أحمد.

وقال مالك، وأبو حنيفة: لا يجب الترتيب في أكثر من صلاة يوم وليلة؛ ولأن اعتباره فيما زاد على ذلك يشق، ويفضي إلى الدخول في التكرار، فسقط، كالترتيب في قضاء صيام رمضان. **ولنا** أنها صلوات واجبات، تفعل في وقت يتسع لها، فوجب فيها الترتيب كالخمس، وإفضاؤه إلى التكرار لا يمنع وجوب الترتيب، كترتيب الركوع على السجود، وهذا الترتيب شرط في الصلاة، فلو أخل به لم تصح صلاته، بدليل ما ذكرناه من حديث أبي جمعة، وحديث ابن عمر، ولأنه ترتيب واجب في الصلاة، فكان شرطا لصحتها، كترتيب المجموعتين، والركوع والسجود. إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب، وهي إذا أحرم بالحاضرة، ثم ذكر في أثنائها أن عليه فائتة، والوقت متسع، فإنه يتمها، ويقضي الفائتة، ثم يعيد الصلاة التي كان فيها، سواء كان إماما أو مأموما أو منفردا. هذا ظاهر كلام الخرقي وأبي بكر، وهو قول ابن عمر، ومالك، والليث، وإسحاق، في المأموم.

وهو الذي نقله الجماعة عن أحمد في المأموم، ونقل عنه جماعة في المنفرد، أنه يقطع الصلاة ويقضي الفائتة. وهو قول النخعي، والزهري، وربيعة، ويحيى الأنصاري في المنفرد وغيره، وروى حرب عن أحمد،

في الإمام: ينصرف، ويستأنف المأمومون. قال أبو بكر: لا ينقلها غير حرب، وقد نقل عنه في المأموم، أنه يقطع، وفي المنفرد، أنه يتم الصلاة. وكذلك حكم الإمام يجب أن يكون مثله، فيكون في الجميع أداء روايتان." (١)

"إحداهما يتمها.

وقال طاوس والحسن والشافعي وأبو ثور: يتم صلاته، ويقضي الفائتة لا غير. **ولنا** على وجوب الإعادة، حديث ابن عمر، وحديث أبي جمعة، ولأنه ترتيب واجب، فوجب اشتراطه لصحة الصلاة، كترتيب المجموعتين. **ولنا** على أنه يتم الصلاة قوله تعالى: ﴿ولا تبطلوا أعمالكم﴾ [محمد: ٣٣] . وحديث ابن عمر، وحديث أبي جمعة أيضا، قال: يتعين حمله على أنه ذكرها وهو في الصلاة، فإنه لو نسيها حتى يفرغ من الصلاة لم يجب قضاؤها، ولأنها صلاة ذكر فيها فائتة، فلم تفسد كما لو كان مأموما، فإن ظاهر المذهب أنه يمضي فيها. قال أبو بكر: لا يختلف كلام أحمد، إذا كان وراء الإمام، أنه يمضي مع الإمام، ويعيدهما جميعا ".

واختلف قوله إذا كان وحده، قال: والذي أقول، أنه يمضي، لأنه يشنع أن يقطع ما دخل فيه قبل أن يتمه، فإن مضى الإمام في صلاته بعد ذكره، انبنت صلاة المأمومين على ائتمام المفترض بالمتنفل، والأولى أن ذلك يصح؛ لما سنذكره فيما بعد، إن شاء الله تعالى. وإذا قلنا: يمضي في صلاته فليس ذلك بواجب فإن الصلاة تصير نفلا فلا يلزم ائتمامه. قال مهنا: قلت لأحمد: إني كنت في صلاة العتمة، فذكرت أني لم أكن صليت المغرب، فصليت العتمة، ثم أعدت المغرب والعتمة؟ قال: أصبت. فقلت: أليس كان ينبغي أن أخرج حين ذكرتها؟ قال: بلى. قلت: فكيف أصبت؟ قال: كل جائز.

[فصل ذكر صلاة وهو في أخرى]

(٨٤٦) فصل: وقول الخرقي: " ومن ذكر صلاة وهو في أخرى " يدل على أنه متى صلى ناسيا للفائتة أن صلاته صحيحة وقد نص أحمد على هذا في رواية الجماعة، قال: متى ذكر الفائتة وقد سلم، أجزأته، ويقضي الفائتة. وقال مالك: يجب الترتيب مع النسيان. ولعل من يذهب إلى ذلك يحتج بحديث أبي جمعة وبالقياس على المجموعتين. **ولنا**، عموم قوله - صلى الله عليه وسلم - «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» . ولأن المنسية ليس عليها أمارة، فجاز أن يؤثر فيها النسيان، كالصيام.

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٣٥

وأما حديث أبي جمعة، فإنه من رواية ابن لهيعة، وفيه ضعف، ويحتمل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ذكرها وهو في الصلاة. وأما المجموعتان فإنما لم يعذر بالنسيان؛ لأن عليهما أمارة، وهو اجتماع الجماعة، بخلاف مسألتنا، ولا فرق بين أن يكون قد سبق منه ذكر الفائتة أو لم يسبق منه لها ذكر، نص عليه أحمد؛ لعموم ما ذكرناه من الدليل، والله أعلم.." (١)

"[مسألة خشي فوات الوقت قبل قضاء الفائتة]

(٨٤٧) مسألة: قال: (ومن خشي خروج الوقت اعتقد وهو فيها أن لا يعيدها، وقد أجزأته) يعني إذا خشي فوات الوقت، قبل قضاء الفائتة، وإعادة التي هو فيها، سقط عنه الترتيب حينئذ، ويتم صلاته، ويقضي الفائتة حسب. وقوله " اعتقد أن لا يعيدها ". يعني لا يغير نيته عن الفرضية ولا يعتقد أنه يعيدها، هذا هو الصحيح في المذهب، وكذلك لو لم يكن دخل فيها، لكن لم يبق من وقتها قدر يصليهما جميعا فيه، فإنه يسقط الترتيب، ويقدم الحاضرة، وهو قول سعيد بن المسيب، والحسن، والأوزاعي، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وعن أحمد رواية أخرى، أن الترتيب واجب مع سعة الوقت وضيقه. اختارها الخلال. وهو مذهب عطاء، والزهري، والليث، ومالك. ولا فرق بين أن تكون الحاضرة جمعة أو غيرها. قال أبو حفص: هذه الرواية تخالف ما نقله الجماعة، فإما أن يكون غلطا في النقل، وإما أن يكون قورا قديما لأبي عبد الله. وقال القاضي: وعندي أن المسألة رواية واحدة، أن الترتيب يسقط، لأنه قال في رواية مهنا في رجل نسي صلاة وهو في المسجد يوم الجمعة عند حضور الجمعة: يبدأ بالجمعة، هذه يخاف فوتها. فقيل له: كنت أحفظ عنك أنه إذا صلى وهو ذاكر لصلاة فائتة أنه يعيد هذه وهذه. فقال: كنت أقول هذا.

فظاهر هذا أنه رجع عن قوله الأول وفيه رواية ثالثة، إن كان وقت الحاضرة يتسع لقضاء الفوائت وجب الترتيب، وإن كان لا يتسع سقط الترتيب في أول وقتها. نقل ابن منصور في من يقضي صلوات فوائت، فتحضر صلاة، أيؤخرها إلى آخر الوقت، فإذا صلاها يعيدها؟ فقال: لا، بل يصليها في الجماعة إذا حضرت، إذا كان لا يطمع أن يقضي الفوائت كلها إلى آخر وقت هذه الصلاة التي حضرت، فإن طمع في ذلك قضى الفوائت، ما لم يخش فوت هذه الصلاة، ولا قضاء عليه إذا صلى مرة. وهذه الرواية اختيار أبي حفص العكبري. وعلل القاضي هذه الرواية بأن الوقت لا يتسع لقضاء ما في الذمة، وفعل الحاضرة، فسقط الترتيب، وإن كان يمكنه القضاء والشروع في أداء الحاضرة، كذا هاهنا. ويمكن أن تحمل هذه الرواية على أنه قدم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٦/١

الجماعة على الترتيب مشروطا لضيق الوقت عن قضاء الفوائت جميعها وقد ذكر بعض أصحابنا أن في تقديم الجماعة على الترتيب روايتين، ولعله أشار إلى هذه الرواية.

فأما من ذهب إلى تقديم الترتيب بكل حال، فحجته قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها متى ذكرها» . وهذا عام في حال ضيق الوقت وسعته، ولأنه ترتيب مستحق مع سعة الوقت فيستحق مع ضيقه، كترتيب الركوع والسجود والطهارة. **ولنا** أن الحاضرة صلاة ضاق وقتها عن أكثر منها، فلم يجز له تأخيرها، كما لو لم يكن عليه فائتة. ولأن الحاضرة آكد من الفائتة، بدليل أنه يقتل بتركها، ويكفر على رواية، ولا يحل له تأخيرها عن وقتها، والفائتة بخلاف ذلك، وقد ثبت «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما نام عن صلاة الفجر أخرها شيئا، وأمرهم." [١]

"أو العصر ثم الظهر ثم العصر؛ لأنه أمكنه أداء فرضه بيقين، فلزمه كما لو نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها، وقد نقل أبو داود، عن أحمد، في رجل فرط في صلاة يوم العصر، ويوم الظهر، صلوات لا يعرفها قال: يعيد حتى لا يكون في قلبه شيء. وظاهر هذا أنه يقضي حتى يتيقن براءة ذمته. وهذا مذهب أبي حنيفة

[فصل ترك الترتيب بالجهل بوجوبه]

(٨٤٩) فصل: ولا يعذر في ترك الترتيب بالجهل بوجوبه، وقال زفر: يعذر بذلك. **ولنا** أنه ترتيب واجب في الصلاة، فلم يسقط بالجهل كالترتيب في المجموعتين والركوع والسجود، ولأن الجهل بأحكام الشرع مع التمكن من العلم لا يسقط أحكامها كالجهل بتحريم الأكل في الصوم.

[فصل إذا كثرت الفوائت عليه يتشاغل بالقضاء]

(٨٥٠) فصل: إذا كثرت الفوائت عليه يتشاغل بالقضاء، ما لم يلحقه مشقة في بدنه أو ماله، أما في بدنه فأن يضعف أو يخاف المرض، وأما في المال فأن ينقطع عن التصرف في ماله، بحيث ينقطع عن معاشه، أو يستضر بذلك. وقد نص أحمد على معنى هذا. فإن لم يعلم قدر ما عليه فإنه يعيد حتى يتيقن براءة ذمته. قال أحمد في رواية صالح، في الرجل يضيع الصلاة: يعيد حتى لا يشك أنه قد جاء بما قد ضيع. ويقتصر على قضاء الفرائض، ولا يصلي بينها نوافل، ولا سننها؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – فاتته

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٣٧

أربع صلوات يوم الخندق، فأمر بلالا فأقام فصلى الظهر، ثم أمره فأقام فصلى العصر، ثم أمره فأقام فصلى المغرب، ثم أمره فأقام فصلى العشاء. ولم يذكر أنه صلى بينهما سنة، ولأن المفروضة أهم، فالاشتغال بها أولى، إلا أن تكون الصلوات يسيرة، فلا بأس بقضاء سننها الرواتب، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - فاتته صلاة الفجر، فقضى سنتها قبلها.

فصل: وإن نسي صلاة من يوم، لا يعلم عينها، أعاد صلاة يوم وليلة. نص عليه أحمد. وهو قول أكثر أهل العلم؛ وذلك لأن التعيين شرط في صحة الصلاة المكتوبة، ولا يتوصل إلى ذلك هاهنا إلا بإعادة الصلوات الخمس فلزمه.

[فصل نام في منزل في السفر فاستيقظ بعد خروج وقت الصلاة]

(٨٥١) فصل: وإذا نام في منزل في السفر، فاستيقظ بعد خروج وقت الصلاة، فالمستحب. له أن ينتقل عن ذلك المنزل، فيصلي في غيره. نص عليه أحمد؛ لما روى أبو هريرة، قال: «عرسنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فلم نستيقظ حتى طلعت الشمس، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ليأخذ كل رجل منكم برأس راحلته، فإن هذا منزل حضر فيه الشيطان. قال ففعلنا. ثم دعا بالماء فتوضأ، ثم سجد سجدتين، ثم أقيمت الصلاة، فصلى الغداة» . وروى نحوه أبو قتادة، وعمران بن حصين. متفق عليها. ويستحب أن يقضي ركعتي الفجر قبل الفريضة؛ لما تقدم من الحديث.

فإن أراد التطوع بصلاة أخرى، كره له ذلك، وكذلك حكم الصوم، لا يتطوع به وعليه فريضة، فإن فعل صح تطوعه؛ بدليل حديث ابن عمر في الذي ينسى فريضة فلا يذكرها إلا وراء الإمام، فإنه يتممها، فحكم له بصحتها.." (١)

"فأما السنن الرواتب، فلا يكره قضاؤها قبل الفرائض، كما ذكرنا في ركعتي الفجر.

(٨٥٢) فصل: فإن أخر الصلاة لنوم أو غيره حتى خاف خروج الوقت إن تشاغل بركعتي الفجر، فإنه يبدأ بالفرض، ويؤخر الركعتين.

نص عليه أحمد في رواية جماعة، منهم: أبو الحارث، نقل عنه، إذا انتبه قبل طلوع الشمس، وخاف أن تطلع الشمس بدأ بالفريضة؛ فإنه إذا قدمت الحاضرة على الفائتة، مع الإخلال بالترتيب الواجب مراعاة لوقت الحاضرة، فتقديمها على السنة أولى. وهكذا إن استيقظ لا يدري أطلعت الشمس، أو لا، بدأ بالفريضة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٩/١

أيضا، نص عليه أحمد؛ لأن الأصل بقاء الوقت، وإمكان الإتيان بالفريضة فيه.

[فصل قضاء الفوائت في جماعة]

(٨٥٣) فصل: ويستحب قضاء الفوائت في جماعة؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم الخندق فاته أربع صلوات فقضاهن في جماعة، وحديث أبي قتادة وغيره، حين قام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم الخندق عن صلاة الفجر هو وأصحابه، فصلى بهم جماعة، ولا يلزمه القضاء أكثر من مرة عند استيقاظه، أو ذكره لها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم ينقل عنه أنه قضى غير مرة، وقال - عليه السلام - «من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها» . لم يزد على ذلك، وقد روى عمران بن حصين، قال: «سرنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فعرس بنا من السحر، فما استيقظنا إلا بحر الشمس؛ قال: فقام القوم دهشين مسرعين؛ لما فاتهم من صلاتهم فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: اركبوا. فركبنا، فسرنا حتى طلعت الشمس، ثم نزل ونزلنا، وقضى القوم من حوائجهم، وتوضئوا، فأمر بلالا، فأذن وصلى ركعتي الفجر، وصلينا، ثم أمره فأقام، فصلى بنا، فقلنا: يا رسول الله ألا نصلي هذه الصلاة لوقتها؟ قال: لا، لا ينهاكم الله عن الربا ويقبله منكم. رواه»
الأثرم، واحتج به أحمد.

[فصل أسلم في دار الحرب فترك صلوات أو صياما لا يعلم وجوبه]

فصل: ومن أسلم في دار الحرب، فترك صلوات، أو صياما لا يعلم وجوبه، لزمه قضاؤه. وبذلك قال الشافعي. وعند أبي حنيفة لا يلزمه. **ولنا** أنها عبادة تجب مع العلم بها، فلزمته مع الجهل كما لو كان في دار الإسلام.

[مسألة يؤدب الغلام على الطهارة والصلاة إذا تمت له عشر سنين]

(٨٥٥) مسألة: قال: (ويؤدب الغلام على الطهارة والصلاة إذا تمت له عشر سنين.) معنى التأديب، الضرب والوعيد والتعنيف، قال القاضي: يجب على ولي الصبي أن يعلمه الطهارة والصلاة إذا بلغ سبع سنين ويأمره بها، ويلزمه أن يؤدبه عليها إذا بلغ عشر سنين.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٤٠

"البخاري، ومسلم، وأبو داود، وابن ماجه، والأثرم. وروى مسلم، وأبو داود، وابن ماجه عن أبي هريرة، قال: «سجدنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في ﴿إذا السماء انشقت﴾ [الانشقاق: ١] /و ﴿اقرأ باسم ربك﴾ [العلق: ١] » وروى عبد الله بن مسعود، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قرأ سورة النجم، فسجد فيها، وما بقي أحد من القوم إلا سجد» . رواه البخاري، ومسلم، وأبو داود.

وأبو هريرة إنما أسلم بالمدينة سنة سبع، وهو أولى من حديث ابن عباس، لأنه إثبات. ثم إن ترك السجود يدل على أنه ليس بواجب، والسجود يدل على أنه مسنون، ولا تعارض بينهما، وحديث أبي الدرداء قال أبو داود إسناده واه. ثم لا دلالة فيه، إذ يجوز أن يكون سجود غير المفصل إحدى عشرة فيكون مع سجدات المفصل أربع عشرة.

(٨٥٨) فصل: فعلى الرواية الأولى ليست " ص " من عزائم السجود، وهو قول علقمة، والشافعي، وروي ذلك عن ابن عباس، وابن م سعود.

والرواية الثانية: هي من العزائم. وهو قول الحسن، ومالك والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، لحديث عمرو بن العاص. وروي عن عمر وابنه وعثمان، أنهم كانوا يسجدون فيها. وروى أبو داود، بإسناده عن ابن عباس، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - سجد فيها. وحديث أبي الدرداء يدل على أنه سجد فيها. **ولنا**، ما روى أبو داود، عن أبي سعيد. قال: «قرأ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو على المنبر ص فلما بلغ السجدة نزل فسجد، وسجد الناس معه، فلما كان يوم آخر قرأها، فلما بلغ السجدة تشزن الناس للسجود، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: إنما هي توبة نبي، ولكني رأيتكم تشزنتم للسجود فنزل، فسجد، وسجدوا» .

وروى أبو داود عن ابن عباس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - سجد في ص، وقال: سجدها داود توبة، ونحن نسجدها شكرا» . أخرجه النسائي. وروى أبو داود عن ابن عباس، قال: ليس " ص " من عزائم السجود. والحديث الذي ذكرناه للرواية الأخرى، يدل على أن النبي - صلى الله عليه وسلم - سجد فيها، فيكون سجودا للشكر، كما بينه في حديث ابن عباس.

(٨٥٩) مسألة: قال: (في الحج منها سجدتان) وبهذا قال الشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر. وممن كان يسجد في الحج سجدتين عمر، وعلي، وعبد الله بن عمر، وأبو الدرداء، وأبو موسى، وأبو عبد

الرحمن السلمي، وأبو العالية، وزر. وقال ابن عباس: فضلت سورة الحج بسجدتين.
وقال الحسن، وسعيد بن جبير،." [1]

"وجابر بن زيد، والنخعي، ومالك، وأبو حنيفة: ليست الأخيرة سجدة؛ لأنه جمع فيها بين الركوع والسجود. فقال ﴿يا أيها الذين آمنوا اركعوا واسجدوا﴾ [الحج: ٧٧] فلم تكن سجدة، كقوله ﴿يا مريم اقنتي لربك واسجدي واركعي مع الراكعين﴾ [آل عمران: ٤٣] . ولنا حديث عمرو بن العاص، الذي ذكرناه. وروى أبو داود، والأثرم عن عقبة بن عامر، قال: «قلت لرسول الله - صلى الله عليه وسلم -: في سورة الحج سجدتان؟ قال: نعم، ومن لم يسجدهما فلا يقرأهما.» وأيضا فإنه قول من سمينا من الصحابة لم نعرف لهم مخالفا في عصرهم، فيكون إجماعا.
وقال أبو إسحاق: أدركت الناس منذ سبعين سنة يسجدون في الحج سجدتين. وقال ابن عمر: لو كنت تاركا إحداهما لتركت الأولى. وذلك لأن الأولى إخبار، والثانية أمر، واتباع الأمر أولى. وذكر الركوع لا يقتضي ترك السجود، كما ذكر البكاء في قوله ﴿خروا سجدا وبكيا﴾ [مريم: ٥٨] ، وقوله: ﴿ويخرون للأذقان يبكون ويزيدهم خشوعا﴾ [الإسراء: ١٠٩] .

[فصل مواضع السجود في القرآن]
(٨٦٠) فصل: ومواضع السجود: آخر الأعراف: ﴿وله يسجدون﴾ [الأعراف: ٢٠٦] ، وفي الرعد ﴿وظلالهم بالغدو والآصال﴾ [الرعد: ١٥] ، وفي النحل: ﴿ويفعلون ما يؤمرون﴾ [النحل: ٥٠] وفي بني إسرائيل: ﴿ويزيدهم خشوعا﴾ [الإسراء: ١٠٩] . وفي مريم: ﴿خروا سجدا وبكيا﴾ [مريم: ٥٨] وفي الحج: ﴿إن الله يفعل ما يشاء﴾ [الحج: ١٨] وقوله: ﴿وافعلوا الخير لعلكم تفلحون﴾ [الحج: ٧٧] . وفي الفرقان: ﴿وزادهم نفورا﴾ [الفرقان: ٦٠] . وفي النمل: ﴿رب العرش العظيم﴾ [النمل: ٢٦] . وفي الم السجدة: ﴿وهم لا يستكبرون﴾ [السجدة: ١٥] . وفي حم تنزيل: ﴿وهم لا يسأمون﴾ [فصلت: ٣٨] . وآخر النجم: ﴿فاسجدوا لله واعبدوا﴾ [النجم: ٦٢] . وفي الانشقاق: ﴿وإذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون﴾ [الانشقاق: ٢١] . وآخر ﴿اقرأ باسم ربك﴾ [العلق: ١] .
وقال مالك: السجود في حم عند: ﴿إن كنتم إياه تعبدون﴾ [فصلت: ٣٧] . لأن الأمر بالسجود هناك

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٢/١

فيها. **ولنا**، أن تمام الكلام في الثانية، فكان السجود بعدها، كما في سورة النحل عند قوله: ﴿ويفعلون ما يؤمرون﴾ [النحل: ٥٠] وذكر السجود في التي قبلها، كذا هاهنا.." (١)

"[مسألة لا يسجد للتلاوة إلا وهو طاهر]

(٨٦١) مسألة: قال: (ولا يسجد إلا وهو طاهر) . وجملة ذلك، أنه يشترط للسجود ما يشترط لصلاة النافلة؛ من الطهارتين من الحدث والنجس، وستر العورة، واستقبال القبلة، والنية، ولا نعلم فيه خلافا. إلا ما روي عن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - في الحائض تسمع السجدة، تومئ برأسها. وبه قال سعيد بن المسيب، قال، ويقول: اللهم لك سجدت. وعن الشعبي في من سمع السجدة على غير وضوء يسجد حيث كان وجهه.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يقبل الله صلاة بغير طهور» . فيدخل في عمومه السجود. ولأنه صلاة فيشترط له ذلك، كذات الركوع، ولأنه سجود، فيشترط له ذلك كسجود السهو.

(٨٦٢) فصل: وإذا سمع السجدة غير متطهر، لم يلزمه الوضوء ولا التيمم. وقال النخعي: يتيمم، ويسجد. وعنه: يتوضأ، ويسجد. وبه قال الثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي. **ولنا** أنها تتعلق بسبب، فإذا فات لم يسجد كما لو قرأ سجدة في الصلاة، فلم يسجد، فإنه لا يسجد بعدها.

[مسألة يكبر إذا سجد إذا سجد للتلاوة]

(٨٦٣) مسألة: قال: (ويكبر إذا سجد) وجملة ذلك، أنه إذا سجد للتلاوة فعليه التكبير للسجود والرفع منه، سواء كان في صلاة أو في غيرها. وبه قال ابن سيرين والحسن، وأبو قلابة، والنخعي، ومسلم بن يسار، وأبو عبد الرحمن السلمي، والشافعي، وإسحاق وأصحاب الرأي. وقال مالك: إذا كان في صلاة. واختلف عنه إذا كان في غير صلاة. **ولنا**، ما روى ابن عمر، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقرأ علينا القرآن، فإذا مر بالسجدة كبر وسجد وسجدنا معه.» قال عبد الرزاق: كان الثوري يعجبه هذا الحديث. قال أبو داود: يعجبه لأنه كبر. رواه أبو داود، ولأنه سجود منفرد، فشرع له التكبير في ابتدائه، والرفع منه كسجود السهو بعد السلام. وقد صح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه كبر فيه للسجود والرفع. ولم يذكر الخرقي التكبير للرفع. وقد ذكره غيره من أصحابنا، وهو القياس كما ذكرنا. ولا يشرع في ابتداء السجود

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٣/١

أكثر من تكبيرة. قال: يكبر للافتتاح واحدة، وللسجود أخرى. ولنا حديث ابن عمر، وظاهره أن يكبر واحدة، وقياسه على سجود السهو بعد السلام. .

[فصل يرفع يديه مع تكبيرة سجود التلاوة]

(٨٦٤) فصل: ويرفع يديه مع تكبيرة السجود إن سجد. في غير صلاة. وهو قول الشافعي؛ لأنها تكبيرة افتتاح، وإن كان السجود في الصلاة، فنص أحمد على أنه يرفع يديه لأنه يسن له الرفع لو كان منفردا." (١)

"[مسألة لا يسجد في الأوقات التي لا يجوز أن يصلي فيها تطوعا]

(٨٦٧) مسألة: قال: (ولا يسجد في الأوقات التي لا يجوز أن يصلي فيها تطوعا.) قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عمن قرأ سجود القرآن بعد الفجر وبعد العصر، أيسجد؟ قال: لا وبهذا قال أبو ثور. وروي ذلك عن ابن عمر، وسعيد بن المسيب، وإسحاق. وكره مالك قراءة السجدة في وقت النهي. وعن أحمد رواية أخرى، أنه يسجد. وبه قال الشافعي. وروي ذلك عن الحسن، والشعبي، وسالم، والقاسم، وعطاء، وعكرمة؛

ورخص فيه أصحاب الرأي قبل تغير الشمس. ولنا، عموم قوله - عليه السلام -: «لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس، ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس» . وروى أبو داود عن أبي تميمة الهجيمي، قال: كنت أقص بعد صلاة الصبح، فأسجد، فنهاني ابن عمر، فلم أنته، ثلاث مرات، ثم عاد فقال: «إني صليت خلف النبي - صلى الله عليه وسلم - ومع أبي بكر، وعمر، وعثمان، فلم يسجدوا حتى تطلع الشمس» . وروى الأثرم، عن عبد الله بن مقسم: أن قاصا كان يقرأ السجدة بعد العصر ويسجد، فنهاه ابن عمر، وقال: إنهم لا يعقلون.

[مسألة سجود التلاوة سنة مؤكدة]

(٨٦٨) مسألة: قال: (ومن سجد فحسن، ومن ترك فلا شيء عليه) وجملة ذلك أن سجود التلاوة سنة مؤكدة، وليس بواجب عند إمامنا ومالك، والأوزاعي، والليث، والشافعي، وهو مذهب عمر، وابنه عبد الله، وأوجبه أبو حنيفة وأصحابه. لقول الله عز وجل: ﴿فما لهم لا يؤمنون﴾ [الانشقاق: ٢٠] ﴿وإذا قرئ عليهم

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٤٤

القرآن لا يسجدون﴾ [الانشقاق: ٢١] ولا يذم إلا على ترك واجب. ولأنه سجود يفعل في الصلاة، فكان واجبا كسجود الصلاة.

ولنا، ما روى زيد بن ثابت، قال: «قرأت على النبي - صلى الله عليه وسلم - النجم فلم يسجد منا أحد» . متفق عليه. ولأنه إجماع الصحابة. وروى البخاري، والأثرم عن عمر، أنه قرأ يوم الجمعة على المنبر بسورة النحل، حتى إذا جاء السجدة نزل، فسجد وسجد الناس، حتى إذا كانت الجمعة القابلة قرأ بها، حتى إذا جاءت السجدة قال: يا أيها الناس، إنما نمر بالسجود، فمن سجد فقد أصاب، ومن لم يسجد فلا إثم عليه. ولم يسجد عمر. وفي لفظ إن الله لم يفرض علينا السجود إلا أن نشاء. وفي رواية الأثرم، فقال: على رسلكم، إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء. فقرأها، ولم يسجد، ومنعهم أن يسجدوا

وهذا بحضرة الجمع الكثير، فلم ينكره أحد، ولا نقل خلافه. فأما الآية فإنه ذمهم لترك السجود غير معتقدين فضله، ولا مشروعيته، وقياسهم ينتقض بسجود السهو، فإنه عندهم غير واجب.

[فصل يسن السجود للتالي والمستمع]

(٨٦٩) فصل: ويسن السجود للتالي والمستمع لا نعلم في هذا خلافا. وقد دلت عليه الأحاديث التي رويناها. وقد روى البخاري، ومسلم، وأبو داود، عن ابن عمر، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقرأ علينا السورة." (١)

"في غير الصلاة، فيسجد، ونسجد معه، حتى لا يجد أحدنا مكانا لموضع جبهته» . فأما السامع غير القاصد للسماع فلا يستحب له، وروي ذلك عن عثمان، وابن عباس، وعمران وبه قال مالك.

وقال أصحاب الرأي: عليه السجود. وروي نحو ذلك عن ابن عمر، والنخعي، وسعيد بن جبير، ونافع، وإسحاق؛ لأنه سامع للسجدة، فكان عليه السجود كالمستمع. وقال الشافعي: لا أؤكد عليه السجود، وإن سجد فحسن

ولنا ما روي عن عثمان - رضي الله عنه -: أنه مر بقاص، فقرأ القاص سجدة ليسجد عثمان معه، فلم يسجد. وقال: إنما السجدة على من استمع. وقال ابن مسعود، وعمران: ما جلسنا لها. وقال سلمان: ما عدونا لها. ونحوه عن ابن عباس، ولا مخالف لهم في عصرهم نعلمه إلا قول ابن عمر: إنما السجدة على من سمعها. فيحتمل أنه أراد من سمع عن قصد، فيحمل عليه كلامه جمعا بين أقوالهم؛ ولا يصح قياس

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٤٦

السامع على المستمع، لافتراقهما في الأجر ".

[فصل يشترط لسجود المستمع أن يكون التالي ممن يصلح أن يكون له إماما]
(٨٧٠) فصل: ويشترط لسجود المستمع أن يكون التالي ممن يصلح أن يكون له إماما. فإن كان صبيا أو امرأة، فلا يسجد السامع، رواية واحدة، إلا أن يكون ممن يصح له أن يأتم به. وممن قال لا يسجد إذا سمع المرأة قتادة، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وقال النخعي: هي إمامك. وقد روي «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أتى إلى نفر من أصحابه، فقرأ رجل منهم سجدة، ثم نظر إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: إنك كنت إمامنا، ولو سجدت سجدنا» . رواه الشافعي، في " مسنده "، والجوزجاني، في " المترجم "، عن عطاء، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وإن كان التالي أميا لم يسجد المستمع.

وقال الشافعي: يسجد؛ لأن الاستماع موجود، وهو سبب السجود. **ولنا**، الحديث الذي رويناه ولأنه إمام له فلم يسجد بدون إمامه كما لو كانا في صلاة وإن قرأ الأمي سجدة فعلى القارئ المستمع السجود معه لأن القراءة ليست بركن في السجود فإن كان التالي في صلاة، والمستمع في غير صلاة، سجد معه. وإن كان المستمع في صلاة أخرى لم يسجد معه إن كانت فرضا، رواية واحدة، وإن كانت نفلا فعلى روايتين، الصحيح أنه لا يسجد، ولا ينبغي له أن يستمع، بل يشتغل بصلاته. كما قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن في الصلاة لشغلا» . متفق عليه.

ولا يسجد إذا فرغ من الصلاة، وقال أبو حنيفة: يسجد عند فراغه، وليس بصحيح فإنه، لو ترك السجود لتلاوته في الصلاة لم يسجد إذا فرغ، فلأن لا يسجد بحكم سماعه أولى، وهكذا الحكم إن كان التالي في غير صلاة والمستمع في الصلاة.." (١)

"[فصل لا يقوم الركوع مقام سجود التلاوة]

(٨٧١) فصل: ولا يقوم الركوع مقام السجود، وقال أبو حنيفة: يقوم مقامه استحبابا، لقوله تعالى: ﴿وخر راكعا وأناب﴾ [ص: ٢٤] **ولنا**، أنه سجود مشروع، فلا يقوم مقامه الركوع، كسجود الصلاة، والآية المراد بها السجود، لأنه قال: (وخر) ولا يقال للراكع: خر، وإنما روي عن داود - عليه السلام - السجود لا الركوع، إلا أنه عبر عنه بالركوع، على أن سجدة " ص " ليست من عزائم السجود ولو قدر أن داود ركع

---

(١) المغني لابن قدامة ١/٤٤٧

حقيقة لم يكن فيه حجة؛ لأن داود إنما فعل ذلك توبة، لا لسجود التلاوة

[فصل قرأ السجدة في الصلاة في آخر السورة]

(٨٧٢) فصل: وإن قرأ السجدة في الصلاة في آخر السورة، فإن شاء ركع؛ وإن شاء سجد، ثم قام فركع نص عليه، قال ابن مسعود: إن شئت ركعت وإن شئت سجدت، وبه قال. الربيع بن خيثم، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ونحوه عن علقمة، وعمرو بن شرحبيل، ومسروق،. قال مسروق: قال عبد الله، إذا قرأ أحدكم سورة وآخرها سجدة، فليركع إن شاء وإن شاء فليسجد؛ فإن الركعة مع السجدة، وإن سجد فليقرأ إذا قام سورة، ثم ليركع. وروي عن عمر – رضي الله عنه – أنه قرأ بالنجم فسجد فيها، ثم قام فقرأ سورة أخرى.

[فصل إذا كان على الراحلة في السفر جاز أن يومئ بالسجود حيث كان وجهه]

فصل:: وإذا كان على الراحلة في السفر، جاز أن يومئ بالسجود حيث كان وجهه كصلاة النافلة. فعل ذلك علي، وسعيد بن زيد، وابن عمر، وابن الزبير، والنخعي، وعطاء، وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه خلافا وقد روى أبو داود، عن ابن عمر «، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قرأ عام الفتح سجدة، فسجد الناس كلهم، منهم الراكب والساجد في الأرض، حتى إن الراكب ليسجد على يده» . ولأنها لا تزيد على صلاة التطوع، وهي تفعل على الراحلة. وإن كان ماشيا سجد على الأرض، وبه قال أبو العالية، وأبو زرعة، وابن عمر، وابن جرير، وأصحاب الرأي، لما ذكرنا من الحديث والقياس.

وقال الأسود بن يزيد، وعطاء، ومجاهد: يومئ. وفعله علقمة، وأبو عبد الرحمن، وعلى ما حكاه أبو الحسن الآمدي في صلاة الماشي في التطوع، أنه يومئ فيها بالسجود، ولا يلزمه السجود بالأرض، ويكون هاهنا مثله.

[فصل يكره أن ينتزع الآيات التي فيها السجود فيقرأها ويسجد فيها]

(٨٧٤) فصل: يكره اختصار السجود وهو أن ينتزع الآيات التي فيها السجود فيقرأها ويسجد فيها. وكرهه الشعبي، والنخعي، والحسن، وإسحاق، ورخص فيه النعمان وصاحبه محمد وأبو ثور.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٨/١

"فأما بطلان الصلاة بتركها ففيه تفصيل، وذلك أنه لا يخلو؛ إما أن يتركها عمدا أو سهوا. فإن من تركها عمدا بطلت صلاته في الحال، وإن ترك شيئا منها سهوا، ثم ذكره في الصلاة، أتى به، على ما سنبينه فيما بعد، إن شاء الله، وإن لم يذكره حتى فرغ من الصلاة.

فإن طال الفصل. ابتدأ الصلاة، وإن لم يطل بنى عليها، نص أحمد على هذا، في رواية جماعة. وبهذا قال الشافعي ونحوه قال مالك ويرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة والعرف. واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم كقولنا وقال بعضهم: الفصل الطويل قدر ركعة وهو المنصوص عن الشافعي وقال بعضهم قدر الصلاة التي نسي فيها والذي قلنا أصح لأنه لا حد له في الشرع فيرجع إلى العرف فيه ولا يجوز التقدير بالتحكم.

وقال جماعة من أصحابنا: متى ترك ركنا فلم يدركه حتى سلم، بطلت صلاته. قال النخعي، والحسن من نسي سجدة من صلاة، ثم ذكرها في الصلاة، سجدها متى ذكرها، فإذا قضى صلاته، سجد سجدتي السهو. وعن مكحول، ومحمد بن أسلم الطوسي في المصلي ينسى سجدة أو ركعة، يصليها متى ما ذكرها، ويسجد سجدتي السهو. وعن الأوزاعي في رجل نسي سجدة من صلاة الظهر، فذكرها في صلاة العصر، يمضي في صلاته، فإذا فرغ سجدها. ولنا، على أن الصلاة لا تبطل مع قرب الفصل، أنه لو ترك ركعة أو أكثر، فذكر قبل أن يطول الفصل، أتى بما ترك، ولم تبطل صلاته إجماعا. وقد دل عليه حديث ذي اليدين فإذا ترك ركنا واحدا، فأولى أن لا تبطل الصلاة؛ فإنه لا يزيد على ترك ركعة.

والدليل على أن الصلاة تبطل بتطاول الفصل، أنه أخل بالموالاة، فلم تصح صلاته كما لو ذكر في يوم ثان.

(٨٨٤) فصل: ويلزمه أن يأتي بركعة، إلا أن يكون المنسي التشهد والسلام، فإنه يأتي به ويسلم، ثم يسجد للسهو. وقال الشافعي يأتي بالركن وما بعده لا غير. ويأتي الكلام على هذا في باب سجود السهو. قال أحمد – رحمه الله –. في رواية الأثرم، فيمن نسي سجدة من الركعة الرابعة، ثم سلم وتكلم: إذا كان الكلام الذي تكلم به من شأن الصلاة، قضى ركعة، لا يعتد بالركعة الأخيرة؛ لأنها لا تتم إلا بسجدتيها، فلما لم يسجد مع الركعة سجدتيها، وأخذ في عمل بعد السجدة الواحدة، قضى ركعة، ثم تشهد وسلم وسجد سجدتي السهو.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢

"وإذا بدره البصاق وهو في المسجد بصق في ثوبه ويحك بعضه ببعض وإن كان في غير المسجد يبصق عن يساره، أو تحت قدمه. **ولنا**، ما روى مسلم، عن أبي هريرة، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – رأى نخامة في قبلة المسجد، فأقبل على الناس فقال ما بال أحدكم يقوم مستقبل ربه فيتنخع أمامه، أيحب أن يستقبل فيتنخع في وجهه؟ فإذا تنخع أحدكم فليتنخع عن يساره أو تحت قدمه، فإن لم يجد فليقل هكذا. ووصف القاسم: فتفل في ثوبه، ثم مسح بعضه على بعض» . وقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «البزاق في المسجد خطيئة، وكفارتها دفنها» رواه مسلم أيضا

ولا بأس بالعمل اليسير في الصلاة للحاجة لما روى أبو داود عن عائشة – رضي الله عنها – قالت: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يصلي والباب عليه مغلق فجئت فاستفتحت، فمشى، ففتح لي، ثم رجع إلى مصلاه» وعن جابر – رضي الله عنه – أنه قال «إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بعثني بحاجة فأدركته وهو يشير فسلمت عليه فأشار إلي فلما فرغ دعاني فقال إنك سلمت علي آنفا وأنا أصلي» ولا تبطل الصلاة بجميع ذلك إلا أن يتوالى ويكثر كالذي قبله والله أعلم.." (١)

"(٨٩٣) فصل: فإن طال الفصل، أو انتقض وضوءه استأنف الصلاة. وكذلك قال الشافعي إن ذكر قريبا مثل فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – يوم ذي اليدين، ونحوه قال مالك.

وقال يحيى الأنصاري، والليث، والأوزاعي: يبني، ما لم ينقض وضوءه **ولنا**، أنها صلاة واحدة، فلم يجز بناء بعضها على بعض مع طول الفصل، كما لو انتقض وضوءه. ويرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة من غير تقدير بمدة وهو مذهب الشافعي في أحد الوجوه وعنه يعتبر قدر ركعة. وقال بعضهم: يعتبر بقدر مضي الصلاة التي نسي فيها. والصحيح لا حد له؛ لأنه لم يرد الشرع بتحديده، فيرجع فيه إلى العادة والمقاربة لمثل حال النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث ذي اليدين (٨٩٤) فصل: فإن لم يذكر حتى شرع في صلاة أخرى نظرت فإن كان ما عمل في الثانية قليلا، ولم يطل الفصل، عاد إلى الأولى فأتمها. وإن طال بطلت الأولى.

وهذا مذهب الشافعي، وقال الشيخ أبو الفرج في المبهج: يجعل ما شرع فيه من الصلاة الثانية تماما للأولى، فيبني إحداهما على الأخرى ويكون وجود السلام كعدمه؛ لأنه سهو معذور فيه، وسواء كان ما شرع فيه نفلا أو فرضا وقال الحسن، وحماد بن أبي سليمان فيمن سلم قبل إتمام المكتوبة وشرع في تطوع يبطل

---

(١) المغني لابن قدامة ١١/٢

المكتوبة قال مالك: أحب إلي أن يبتدئها ونص عليه أحمد فقال، في رواية أبي الحارث إذا صلى ركعتين من المغرب وسلم ثم دخل في التطوع: إنه بمنزلة الكلام؛ يستأنف الصلاة. **ولنا**، أنه عمل عملا من جنس الصلاة سهوا، فلم تبطل، كما لو زاد خامسة. وأما بناء الثانية على الأولى، فلا يصح، لأنه قد خرج من الأولى ولم ينوها بعد ذلك، ونية غيرها لا تجزئ عن نيتها، كحالة الابتداء

[مسألة كان إماما فشك فلم يدر كم صلى]

(٨٩٥) مسألة: قال: ومن كان إماما فشك، فلم يدر كم صلى؟ تحرى، فبنى على أكثر وهمه، ثم سجد بعد السلام، كما روي عن عبد الله بن مسعود عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قوله " على أكثر وهمه " أي ما يغلب على ظنه أنه صلاه وهذا في الإمام خاصة، وروي عن أحمد - رحمه الله - رواية أخرى أنه يبني على اليقين ويسجد قبل السلام. كالمنفرد سواء، اختارها أبو بكر. وروي ذلك عن ابن عمر، وابن عباس، وعبد الله بن عمرو، وشريح، والشعبي، وعطاء، وسعيد بن جبير. وهو قول سالم بن عبد الله، وربيعة، ومالك، وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري، والشافعي، وإسحاق، والأوزاعي؛ لما روى أبو سعيد الخدري قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -." [1]

"قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من شك في صلاته فليسجد سجدتين بعدما يسلم» رواهما أبو داود. **ولنا**، أنه قد ثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - السجود قبل السلام، وبعده في أحاديث صحيحة، متفق عليها، ففيما ذكرناه عمل بالأحاديث كلها، وجمع بينها، من غير ترك شيء منها، وذلك واجب مهما أمكن، فإن خبر النبي - صلى الله عليه وسلم - حجة يجب المصير إليه، والعمل به، ولا يترك إلا لمعارض مثله، أو أقوى منه، وليس في سجوده، بعد السلام أو قبله، في صورة، ما ينفي سجوده في صورة أخرى في غير ذلك الموضع، وذكر نسخ حديث ذي اليدين لا وجه له، فإن راوييه أبا هريرة وعمران بن حصين هجرتهما متأخرة.

وقول الزهري مرسل لا يقتضي نسخا، فإنه لا يجوز أن يكون آخر الأمرين سجوده قبل السلام؛ لوقوع السهو في آخر الأمر فيما سجوده قبل السلام. وحديث ثوبان راويه إسماعيل بن عياش وفي روايته عن أهل الحجاز ضعف. وحديث ابن جعفر فيه ابن أبي ليلى، وهو ضعيف. وقال الأثرم: لا يثبت واحد منهما.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣/٢

[فصل شك في صلاته فلم يدر كم صلى]

(٩٠١) فصل في تفصيل المسائل التي ذكرها الخرقي في هذه المسألة: قوله (مثل المنفرد إذا شك في صلاته، فلم يدر كم صلى، فبنى على اليقين) . قد ذكرنا أن ظاهر المذهب، أن المنفرد يبني على اليقين. ومعناه أنه ينظر ما تيقن أنه صلاه من الركعات، فيتم عليه، ويلغي ما شك فيه. كما قال النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث عبد الرحمن بن عوف: «إذا شك أحدكم في الثنتين والواحدة، فليجعلها واحدة، وإذا شك في الثنتين والثلاث، فليجعلهما ثنتين، وإذا شك في الثلاث والأربع فليجعلها ثلاثا، ثم ليتم ما بقي من صلاته، حتى يكون الوهم في الزيادة. ثم يسجد سجدتين وهو جالس قبل أن يسلم» رواه ابن ماجه هكذا

وسواء غلب على ظنه خلاف ذلك أم لم يغلب على ظنه، إلا أن يكون هذا الوهم مثل الوسواس، فقد قال ابن أبي موسى إذا كثر السهو حتى يصير مثل الوسواس، لها عنه وذكرنا أن في المنفرد رواية أخرى، أنه يبني على ما يغلب على ظنه والصحيح في المذهب ما ذكر الخرقي - رحمه الله -، والحكم في الإمام إذا بنى على اليقين، أنه يسجد قبل السلام كالمنفرد. وإذا تحرى المنفرد على الرواية الأخرى، سجد بعد السلام

[فصل قام المصلي في موضع جلوس أو جلس في موضع قيام]

(٩٠٢) فصل: قوله: أو قام في موضع جلوس أو جلس في موضع قيام ". أكثر أهل العلم يرون أن هذا يسجد له. وممن قال ذلك ابن مسعود، وقتادة، والثوري،." [١]

"والشافعي، وإسحاق وأصحاب الرأي. وكان علقمة والأسود يقعدان في الشيء يقام فيه، ويقومان في الشيء يقعد فيه، فلا يسجدان. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «إذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين» وقال: «إذا زاد الرجل أو نقص فليسجد سجدتين» رواهما مسلم عن ابن مسعود عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وقوله - عليه الصلاة والسلام -: «لكل سهو سجدتان بعد السلام» . رواه أبو داود. ولأنه سهو فسجد له كغيره، مع ما نذكره في تفصيل المسائل.

فأما القيام في موضع الجلوس، ففي ثلاث صور: إحداها، أن يترك التشهد الأول ويقوم،، وفيه ثلاث مسائل

(٩٠٣) المسألة الأولى، ذكره قبل اعتداله قائما، فيلزمه الرجوع إلى التشهد. وممن قال يجلس علقمة، والضحاك، وقتادة، والأوزاعي، والشافعي، وابن المنذر. وقال مالك: إن فارقت أليتاه الأرض مضى. وقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩

حسان بن عطية: إذا تجافت ركبتاه عن الأرض مضى.

ولنا، ما روى المغيرة بن شعبة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا قام أحدكم في الركعتين، فلم يستتم قائما فليجلس، فإذا استتم قائما، فلا يجلس، ويسجد سجدتي السهو» رواه أبو داود، وابن ماجه. ولأنه أخل بواجب ذكره قبل الشروع في ركن مقصود. فلزمه الإتيان به، كما لو لم تفارق أليتاه الأرض.

(٩٠٤) المسألة الثانية: ذكره بعد اعتداله قائما، وقبل شروعه في القراءة، فالأولى له أن لا يجلس، وإن جلس جاز. نص عليه قال. النخعي: يرجع ما لم يستفتح القراءة وقال حماد بن أبي سليمان: إن ذكر ساعة يقوم جلس. **ولنا**، حديث المغيرة، وما نذكره فيما بعد؛ ولأنه ذكره بعد الشروع في ركن، فلم يلزمه الرجوع، كما لو ذكره بعد الشروع في القراءة. ويحتمل أنه لا يجوز له الرجوع؛ لحديث المغيرة، ولأنه شرع في ركن، فلم يجز له الرجوع، كما لو شرع في القراءة (٩٠٥) المسألة الثالثة، ذكره بعد الشروع في القراءة، فلا يجوز له الرجوع، ويمضي في صلاته، في قول أكثر أهل العلم.

وممن روي عنه أنه لا يرجع عمر، وسعد بن أبي وقاص، وابن مسعود، والمغيرة بن شعبة والنعمان بن بشير، وابن الزبير، والضحاك بن قيس، وعقبة بن عامر. وهو قول أكثر الفقهاء. وقال الحسن. يرجع ما لم يركع. وليس بصحيح؛ لحديث المغيرة. وروى أبو بكر الآجري، بإسناده عن معاوية: أنه صلى بهم فقام في الركعتين، وعليه الجلوس، فسبح به، فأبى أن يجلس، حتى إذا جلس." (١)

"وقعتا عن الأولى، لأن الركعة الأولى قد صح فعلها، وما فعله في الثانية – سهوا – لا يبطل الأولى، كما لو ذكر قبل القراءة. وقد ذكر أحمد هذا القول عن الشافعي وقربه، وقال: هو أشبه. يعني من قول أصحاب أبي حنيفة. إلا أنه اختار القول الذي حكاه عنه الأثرم. وقال مالك: إن ترك سجدة فذكرها قبل رفع رأسه من ركوع الثانية، ألغى الأولى. وقال الحسن والنخعي، والأوزاعي: من نسي سجدة، ثم ذكرها، سجدها في الصلاة متى ما ذكرها.

وقال الأوزاعي: يرجع إلى حيث كان من الصلاة وقت ذكرها، فيمضي فيها وقال أصحاب الرأي، في من نسي أربع سجدات من أربع ركعات، ثم ذكرها في التشهد: سجد في الحال أربع سجدات، وتمت صلاته. **ولنا** أن المزحوم في الجمعة، إذا زال الزحام والإمام راكع في الثانية، فإنه يتبعه ويسجد معه، ويكون السجود من الثانية دون الأولى، كذا هاهنا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠

[فصل مضى المصلي في موضع يلزمه الرجوع أو رجع في موضع يلزمه المضي]

(٩٠٨) فصل: فإن مضى في موضع يلزمه الرجوع، أو رجع في موضع يلزمه المضي، عالما بتحريم ذلك، فسدت صلاته؛ لأنه ترك واجبا في الصلاة عمدا. وإن فعل ذلك معتقدا جوازه، لم تبطل؛ لأنه تركه من غير تعمد، أشبه ما لو مضى قبل ذكر المتروك، لكن إذا مضى في موضع يلزمه الرجوع، فسدت الركعة التي ترك ركنها، كما لو لم يذكره إلا بعد شروعه في القراءة. وإن رجع في موضع المضي لم يعتد بما يفعله في الركعة التي تركه منها، لأنها فسدت بشروعه في قراءة غيرها، فلم يعد إلى الصحة بحال.

الصورة الثالثة: قام عن التشهد الأخير إلى ركعة زائدة، فإنه يرجع إليه متى ما ذكره؛ لأنه قام إلى زيادة غير معتد له بها فلزمه الرجوع، كما لو ذكر قبل السجود. ويأتي تفصيل هذه الصورة فيما إذا صلى خمسا. وفي هذه الصور الثلاث يلزمه السجود قبل السلام

[فصل جلس المصلي في موضع قيام]

(٩٠٩) فصل: قوله: " أو جلس في موضع قيام " فهذا يتصور بأن يجلس عقيب الأولى أو الثالثة، يظن أنه موضع التشهد أو جلسة الفصل فمتى ما ذكر قام. وإن لم يذكر حتى قام، أتم صلاته وسجد للسهو؛ لأنه زاد في الصلاة من جنسها ما لو فعله عمدا أبطلها، فلزمه السجود إذا كان سهوا، كزيادة ركعة

[فصل الزيادات في الصلاة على ضربين زيادة أفعال وزيادة أقوال]

(٩١٠) فصل: والزيادات على ضربين؛ زيادة أفعال، وزيادة أقوال: فزيادات الأفعال قسمان: أحدهما، زيادة من جنس الصلاة، مثل أن يقوم في موضع جلوس، أو يجلس في موضع قيام، أو يزيد." (١)

"سجد وسجدوا معه وهذا حجة على الحسن وابن سيرين لقوله فلما انفتل توشوش القوم بينهم، ثم سجد بعد انصرافه عن القبلة. ولأنه إذا جاز إتمام ركعتين من الصلاة بعد الكلام والانصراف، كما في حديث ذي اليدين، فالسجود أولى (٩١٦) الفصل الثاني: أنه لا يسجد بعد طول المدة. واختلف في ضبط المدة التي يسجد فيها، ففي قول الخرقي، يسجد ما كان في المسجد، فإن خرج لم يسجد. نص عليه أحمد وهو قول الحكم، وابن شبرمة.

وقال القاضي: يرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة، وهذا قول الشافعي؛ لأن النبي – صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٣

وسلم – رجع إلى المسجد بعد خروجه منه في حديث عمران بن حصين، فالسجود أولى، وحكى ابن أبي موسى، عن أحمد رواية أخرى، أنه يسجد وإن خرج وتباعد وهو قول ثان للشافعي؛ لأنه جبران يأتي به بعد طول الزمان كجبران الحج. وهذا قول مالك إن كان لزيادة وإن كان لنقص أتى به ما لم يطل الفصل؛ لأنه لتكميل الصلاة. **ولنا**، أنه لتكميل الصلاة، فلا يأتي به بعد طول الفصل، كركن من أركانها، وكما لو كان من نقص وإنما ضبطناه بالمسجد؛ لأنه محل الصلاة وموضعها، فاعتبرت فيه المدة، كخيار المجلس.

(٩١٧) الفصل الثالث: أنه متى سجد للسهو، فإنه يكبر للسجود والرفع منه، سواء كان قبل السلام أو بعده.

فإن كان قبل السلام سلم عقبه. وإن كان بعده تشهد، وسلم، سواء كان محله بعد السلام، أو كان قبل السلام فنسيه إلى ما بعده. وبهذا قال ابن مسعود، والنخعي، وقتادة، والحكم وحماد، والثوري، والأوزاعي، والشافعي وأصحاب الرأي في التشهد والسلام وقال أنس، والحسن، وعطاء: ليس فيهما تشهد ولا تسليم. وقال ابن سيرين، وابن المنذر فيهما تسليم بغير تشهد. قال ابن المنذر: التسليم فيهما ثابت من غير وجه، وفي ثبوت التشهد نظر وعن عطاء: إن شاء تشهد وسلم، وإن شاء لم يفعل.

ولنا، على التكبير قول ابن بحينة: «فلما قضى الصلاة سجد سجدتين، كبر في كل سجدة وهو جالس قبل أن يسلم وسجدهما الناس معه.» وهو حديث صحيح وقول أبي هريرة، ثم كبر وسجد مثل سجوده أو أطول، ثم رفع رأسه فكبر ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يكبر في كل رفع وخفض.

وأما التسليم فقد ذكره عمران بن حصين، في حديثه الذي رواه مسلم، قال فيه «سجد سجدتي السهو ثم سلم» وفي حديث ابن مسعود «ثم سجد سجدتين ثم سلم» وأما التشهد فقد روى أبو داود في حديث عمران بن حصين «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلى بهم فسها، فسجد سجدتين ثم تشهد، ثم سلم» ، قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب. ولأنه سجود يسلم له، فكان معه تشهد، كسجود." (١)

"صلب الصلاة. ويحتمل أن لا يجب التشهد؛ لأن ظاهر الحديثين الأولين أنه سلم من غير تشهد، وهما أصح من هذه الرواية، ولأنه سجود مفرد، فلم يجب له تشهد، كسجود التلاوة

[فصل نسي سجود السهو حتى طال الفصل]

(٩١٨) فصل: وإذا نسي سجود السهو حتى طال الفصل، لم تبطل الصلاة. وبذلك قال الشافعي وأصحاب

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٧

الرأي. وعن أحمد: أنه إن خرج من المسجد أعاد الصلاة، وهو قول الحكم، وابن شبرمة وقول مالك وأبي ثور في السجود الذي قبل السلام. **ولنا**، أنه جابر للعبادة بعدها، فلم تبطل بتركه كجبرانات الحج، ولأنه مشروع للصلاة خارج منها، فلم تفسد بتركه، كالأذان (٩١٩) فصل: ويقول في سجوده ما يقول في سجود صلب الصلاة؛ لأنه سجود مشروع في الصلاة، أشبه سجود صلب الصلاة

[فصل نسي السجود حتى شرع في صلاة أخرى]

(٩٢٠) فصل: وإن نسي السجود حتى شرع في صلاة أخرى، سجد بعد فراغه منها، في ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه في المسجد. وعلى قول غيره، إن طال الفصل لم يسجد وإلا سجد.

[فصل سجود السهو لما يبطل عمده الصلاة واجب]

(٩٢١) فصل: وسجود السهو لما يبطل عمده الصلاة واجب. وعن أحمد غير واجب. ولعل مبناها على أن الواجبات التي شرع السجود لجبرها غير واجبة، فيكون جبرها غير واجب. وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «كانت الركعة والسجدتان نافلة له» . **ولنا** أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر به في حديث ابن مسعود وأبي سعيد وفعله، وقال «صلوا كما رأيتموني أصلي» وقوله " نافلة " يعني أن له ثوابا فيه كما أنه سمى الركعة أيضا نافلة وهي واجبة على الساهي بلا خلاف.

فأما المشروع لما لا يبطل عمده الصلاة فغير واجب قال أحمد: إنما يجب السجود فيما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - يعني وما كان في معناه فنقيس على زيادة خامسة سائر زيادات الأفعال من جنس الصلاة، وعلى ترك التشهد ترك غيره من الواجبات، وعلى التسليم من نقصان زيادات الأقوال المبطلة عمدا." (١)

"السهو من جنسين، فكذلك. حكاه ابن المنذر قولا لأحمد، وهو قول أكثر أهل العلم منهم النخعي، والثوري، ومالك والليث، والشافعي وأصحاب الرأي.

وذكر أبو بكر فيه وجهين: أحدهما، ما ذكرنا. والثاني، يسجد سجودين. وقال الأوزاعي وابن أبي حازم وعبد العزيز بن أبي سلمة: إذا كان عليه سجودان، أحدهما قبل السلام. والآخر بعده، سجدهما في محليهما؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «لكل سهو سجدتان» رواه أبو داود وابن ماجه وهذان

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٨

سهوان، فلكل واحد منهما سجدتان، ولأن كل سهو يقتضي سجودا، وإنما تداخلا في الجنس الواحد لاتفاقهما، وهذان مختلفان **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «إذا نسي أحدكم، فليسجد سجدتين» وهذا يتناول السهو في موضعين ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – سها فسلم، وتكلم بعد صلاته فسجد لهما سجودا واحدا، ولأن السجود أخر إلى آخر الصلاة، ليجمع السهو كله وإلا فعله عقيب سببه، ولأنه شرع للجبر فجبر نقص الصلاة، وإن كثر، بدليل السهو مرات من جنس واحد، وإذا انجبرت لم يحتج إلى جابر آخر فنقول: سهوان. فأجزأ عنهما سجود واحد، كما لو كانا من جنس.

وقوله: «لكل سهو سجدتان» في إسناده مقال ثم إن المراد به لكل سهو في صلاة، والسهو وإن كثر فهو داخل في لفظ السهو لأنه اسم جنس، فيكون التقدير: لكل صلاة فيها سهو سجدتان ولذلك قال: «لكل سهو سجدتان» بعد السلام " هكذا في رواية أبي داود، ولا يلزمه بعد السلام سجودان. إذا ثبت هذا فإن معنى الجنسين أن يكون أحدهما. قبل السلام، والآخر بعده؛ لأن محليهما مختلفان، وكذلك سبباهما وأحكامهما.

وقال بعض أصحابنا: الجنسان أن يكون أحدهما من نقص، والآخر من زيادة والأولى ما قلناه إن شاء الله تعالى. فعلى هذا إذا اجتمعا، سجد لهما قبل السلام؛ لأنه أسبق وآكد، ولأن الذي قبل السلام قد وجب لوجوب سببه، ولم يوجد قبله ما يمنع وجوبه، ولا يقوم مقامه، فلزمه الإتيان به، كما لو لم يكن عليه سهو آخر، وإذا سجد له، سقط الثاني؛ لإغناء الأول عنه، وقيامه مقامه

[فصل أحرم منفردا فصلى ركعة ثم نوى متابعة الإمام]

(٩٢٧) فصل: ولو أحرم منفردا، فصلى ركعة، ثم نوى متابعة الإمام، وقلنا بجواز ذلك فسها فيما انفرد فيه، وسها إمامه فيما تابعه فيه، فإن صلاته تنتهي قبل صلاة إمامه فعلى ق**ولنا** هما من جنس واحد إن كان محلهما واحدا، وعلى قول من فسر الجنسين بالزيادة والنقص، يحتمل كونهما من جنسين وهكذا لو صلى من الرباعية ركعة ودخل مع مسافر، فنوى متابعته، فلما سلم إمامه قام ليتم ما عليه، فقد حصل مأموما." (١)

"في وسط صلاته، منفردا في طرفيها فإذا سها في الوسط والطرفين جميعا، فعلى ق**ولنا** إن كان محل سجودهما واحدا فهي جنس واحد وإن اختلف محل السجود فهي جنسان. وقال بعض أصحابنا: هي جنسان. هل يجزئه لها سجدتان، أو أربع سجدات؟ على وجهين ولأصحاب الشافعي فيها وجهان كهذين،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣١

ووجه ثالث أنه يحتاج أن يسجد ست سجدات، لكل سهو سجدتان

[مسألة ليس على المأموم سجود سهو]

(٩٢٨) مسألة: قال: (وليس على المأموم سجود سهو، إلا أن يسهو إمامه، فيسجد معه) وجملته أن المأموم إذا سها دون إمامه، فلا سجود عليه، في قول عامة أهل العلم وحكي عن مكحول أنه قام عن قعود إمامه فسجد. **ولنا** أن معاوية بن الحكم تكلم خلف النبي - صلى الله عليه وسلم - فلم يأمره بسجود وروى الدارقطني في سننه عن ابن عمر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ليس على من خلف الإمام سهو فإن سها إمامه فعليه وعلى من خلفه» . ولأن المأموم تابع للإمام وحكمه حكمه إذا سها، وكذلك إذا لم يسه وإذا سها الإمام، فعلى المأموم متابعته في السجود سواء سها معه، أو انفرد الإمام بالسهو.

وقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ذلك. وذكر إسحاق أنه إجماع أهل العلم، سواء كان السجود قبل السلام، أو بعده لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا سجد فاسجدوا» ولحديث ابن عمر، الذي رويناه. وإذا كان المأموم مسبوقا فسها الإمام فيما لم يدركه فيه، فعليه متابعته في السجود، سواء كان قبل السلام أو بعده. روي هذا عن عطاء، والحسن والنخعي، والشعبي، وأبي ثور وأصحاب الرأي. وقال ابن سيرين، وإسحاق: يقضي ثم يسجد.

وقال مالك، والأوزاعي، والليث، والشافعي في السجود قبل السلام، كق**ولنا**، وبعده، كقول ابن سيرين. وروي ذلك عن أحمد ذكره أبو بكر في زاد المسافر لأنه فعل خارج من الصلاة، فلم يتبع الإمام فيه، كصلاة أخرى. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «فإذا سجد فاسجدوا» وقوله في حديث ابن عمر «فإن سها إمامه فعليه وعلى من خلفه» ولأن السجود من تمام الصلاة فيتابعه فيه، كالذي قبل السلام، وكغير المسبوق، وفارق صلاة أخرى، فإنه، غير مؤتم به فيها.

إذا ثبت هذا فمتى قضى ففي إعادة السجود روايتان: إحداهما، يعيده؛ لأنه قد لزمه حكم السهو، وما فعله من السجود مع الإمام كان متابعا له، فلا يسقط به ما لزمه، كالتشهد الأخير.

والثانية، لا يلزمه السجود؛ لأن سجود إمامه قد كملت به الصلاة في حقه، وحصل به الجبران، فلم يحتج إلى سجود ثان، كالمأموم إذا سها وحده. وللشافعي قولان كالروايتين. فإن نسي الإمام." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٢

"[فصل ليس على المسبوق ببعض الصلاة سجود لذلك]

(٩٣١) فصل: وليس على المسبوق ببعض الصلاة سجود لذلك، في قول أكثر أهل العلم ويروى عن ابن عمر وابن الزبير، وأبي سعيد، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، وإسحاق، في من أدرك وترا من صلاة إمامه سجد للسهو؛ لأنه يجلس للتشهد في غير موضع التشهد **ولنا**: قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «وما فاتكم فأتموا» وفي رواية «فاقضوا» ولم يأمر بسجود ولا نقل ذلك، وقد فات النبي - صلى الله عليه وسلم - بعض الصلاة مع عبد الرحمن بن عوف فقضاها ولم يكن لذلك سجود والحديث متفق عليه. وقد جلس في غير موضع تشهده، ولأن السجود يشرع للسهو، هاهنا ولأن متابعة الإمام واجبة، فلم يسجد لفعلها كسائر الواجبات.

[فصل لا يشرع السجود لشيء فعله أو تركه عامدا]

(٩٣٢) فصل: ولا يشرع السجود لشيء فعله أو تركه عامدا. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يسجد لترك التشهد والقنوت عمدا؛ لأن ما تعلق الجبر بسهوه تعلق بعمده، كجبرانات الحج. **ولنا**، أن السجود يضاف إلى السهو، فيدل على اختصاصه به، والشرع إنما ورد به في السهو، فقال «إذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين» ولا يلزم من انجبار السهو به انجبار العمد؛ لأنه معذور في السهو غير معذور في العمد، وما ذكروه يبطل بزيادة ركن أو ركعة، أو قيام في موضع جلوس، أو جلوس في موضع قيام، ولا يشرع لحديث النفس؛ لأن الشرع لم يرد به فيه، ولأن هذا لا يمكن التحرز منه، ولا تكاد صلاة تخلو منه، ولأنه معفو عنه.

[فصل حكم النافلة حكم الفرض في سجود السهو]

(٩٣٣) فصل: وحكم النافلة حكم الفرض في سجود السهو، في قول عامة أهل العلم، لا نعلم فيه مخالفا، إلا أن ابن سيرين قال: لا يشرع في النافلة. وهذا يخالف عموم قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا نسي أحدكم فليسجد سجدتين.» وقال «إذا نسي أحدكم فزاد أو نقص فليسجد سجدتين» ولم يفرق، ولأنها صلاة ذات ركوع وسجود فيسجد لسهوها كالفريضة، ولو قام في صلاة الليل فحكمه حكم القيام إلى ثالثة في الفجر، نص عليه أحمد وقال مالك يتمها أربعا، ويسجد للسهو، ليلا كان أو نهارا.

وقال الشافعي بالعراق كقوله وقال الأوزاعي في صلاة النهار كقوله، وفي صلاة الليل: إن ذكر قبل ركوعه في الثالثة جلس وسجد للسهو، وإن ذكر بعد ركوعه أتمها أربعا. **ولنا**: قول النبي - صلى الله عليه وسلم -

«صلاة الليل مثنى» ولأنها صلاة شرعت ركعتين، فكان حكمها ما ذكرنا في صلاة الفجر، فأما صلاة النهار فيتمها أربعا." (١)

"أحدهما أن النسيان يكثر، ولا يمكن التحرز منه بخلاف الإكراه، والثاني أنه لو نسي فزاد في الصلاة، أو نسي في كل ركعة سجدة، لم تفسد صلاته، ولم يثبت مثل هذا في الإكراه. القسم الرابع، أن يتكلم بكلام واجب، مثل أن يخشى على صبي أو ضرير الوقوع في هلكة، أو يرى حية ونحوها تقصد غافلا أو نائما أو يرى نارا يخاف أن تشتعل في شيء ونحو هذا، ولا يمكن التنبيه بالتسبيح. فقال أصحابنا: تبطل الصلاة بهذا.

وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لما ذكرنا في كلام المكره. ويحتمل أن لا تبطل الصلاة به. وهو ظاهر قول أحمد، - رحمه الله -؛ فإنه قال في قصة ذي اليدين: إنما كلم القوم النبي - صلى الله عليه وسلم - حين كلمهم لأنه كان عليهم أن يجيبوه. فعلل صحة صلاتهم بوجوب الإجابة عليهم. وهذا متحقق هاهنا، وهذا ظاهر مذهب الشافعي. والصحيح عند أصحابه، أن الصلاة لا تبطل بالكلام في جميع هذه الأقسام، ووجه صحة الصلاة هاهنا، أنه تكلم بكلام واجب عليه، أشبه كلام المجيب للنبي - صلى الله عليه وسلم -. القسم الخامس: أن يتكلم لإصلاح الصلاة ونذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى.

(٩٣٦) فصل: وكل كلام حكمنا بأنه لا يفسد الصلاة فإنما هو في اليسير منه، فإن كثر، وطال، أفسد الصلاة. وهذا منصوص الشافعي. وقال القاضي، في المجرد كلام الناسي إذا طال يعيد رواية واحدة. وقال في الجامع لا فرق بين القليل والكثير في ظاهر كلام أحمد لأن ما عفي عنه بالنسيان استوى قليله وكثيره كالأكل في الصيام. وهذا قول بعض الشافعية **ولنا**: أن دلالة أحاديث المنع من الكلام عامة تركت في اليسير بما ورد فيه الأخبار، فتبقى فيما عداه على مقتضى العموم، ولا يصح قياس الكثير على اليسير؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، وقد عفي عنه في العمل من غير جنس الصلاة بخلاف الكثير

[مسألة الإمام إذا تكلم لمصلحة الصلاة]

(٩٣٧) مسألة: قال إلا الإمام خاصة؛ فإنه إذا تكلم لمصلحة الصلاة لم تبطل صلاته ومن ذكر وهو في التشهد أنه قد ترك سجدة من ركعة فليأت بركعة بسجدتيها ويسجد للسهو. وجملته أن من سلم عن نقص

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٤

من صلاته يظن أنها قد تمت، ثم تكلم ففيه ثلاث روايات: إحداهن أن الصلاة لا تفسد إذا كان الكلام في شأن الصلاة مثل الكلام في بيان الصلاة." (١)

"مثل كلام النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه في حديث ذي اليدين؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه تكلموا، ثم بنوا على صلاتهم، ولنا في رسول الله أسوة حسنة. والرواية الثانية: تفسد صلاتهم. وهو قول الخلال وصاحبه، ومذهب أصحاب الرأي؛ لعموم أحاديث النهي.

والثالثة: أن صلاة الإمام لا تفسد – لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان إماما، فتكلم وبنى على صلاته –، وصلاة المأمومين الذين تكلموا تفسد؛ فإنه لا يصح اقتداؤهم بأبي بكر وعمر – رضي الله عنهما – لأنهما تكلما مجيبين للنبي – صلى الله عليه وسلم – وإجابته واجبة عليهما، ولا بذي اليدين، لأنه تكلم سائلا عن نقص الصلاة، في وقت يمكن ذلك فيها، وليس بموجود في زماننا وهذه الرواية اختيار الخرقي واختص هذا بالكلام في شأن الصلاة؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه إنما تكلموا في شأنها، فاختصت إباحة الكلام بورود النص؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، دون غيره، فيمتنع قياس غيره عليه.

فأما من تكلم في صلب الصلاة من غير سلام، ولا ظن التمام، فإن صلاته تفسد؛ إماما كان أو غيره، لمصلحة الصلاة أو غيرها. وذكر القاضي في ذلك الروايات الثلاث، ويحتمله كلام الخرقي؛ لعموم لفظه، وهو مذهب الأوزاعي، فإنه قال: لو أن رجلا قال للإمام وقد جهر بالقراءة في العصر: إنها العصر لم تفسد صلاته ولأن الإمام قد تطرقه حال يحتاج إلى الكلام فيها، وهو ما لو نسي القراءة في ركعة فذكرها في الثانية، فقد فسدت عليه ركعة، فيحتاج أن يبدلها بركعة هي في ظن المأمومين خامسة ليس لهم موافقته فيها، ولا سبيل إلى إعلامهم بغير الكلام وقد شك في صلاته، فيحتاج إلى السؤال، فلذلك أبيح له الكلام.

ولم أعلم عن النبي – صلى الله عليه وسلم – ولا عن صحابته ولا عن الإمام نصا في الكلام في غير الحال التي سلم فيها معتقدا تمام الصلاة، ثم تكلم بعد السلام، وقياس الكلام في صلب الصلاة عالما بها على هذه الحال ممتنع؛ لأن هذه حال نسيان، غير ممكن التحرز من الكلام فيها، وهي أيضا حال يتطرق الجهل إلى صاحبها بتحريم الكلام فيها، فلا يصح قياس ما يفارقها في هذين الأمرين عليها، ولا نص فيها، وإذا عدم النص والقياس والإجماع، امتنع ثبوت الحكم؛ لأن إثباته يكون ابتداء حكم بغير دليل، ولا سبيل إليه.

[فصل الكلام المبطل للصلاة ما انتظم حرفين]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨/٢

فصل: والكلام المبطل ما انتظم حرفين. هذا قول أصحابنا وأصحاب الشافعي لأن بالحرفين تكون كلمة كقوله: أب وأخ ودم. وكذلك الأفعال والحروف، ولا تنتظم كلمة من أقل من حرفين. ولو قال: لا. فسدت صلاته، لأنها حرفان لام وألف. وإن ضحك فبان حرفان. فسدت صلاته وكذلك وإن قهقه ولم يكن حرفان. وبهذا قال جابر بن عبد الله، وعطاء، ومجاهد، والحسن، وقتادة،." (١)

"به ليتركه.

فهذا لا يؤثر في الصلاة في قول أكثر أهل العلم؛ منهم الأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور وحكي عن أبي حنيفة أن من أفهم غير إمامه بالتسبيح فسدت صلاته؛ لأنه خطاب آدمي فيدخل في عموم أحاديث النهي عن الكلام **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «من نابه شيء في الصلاة فليقل: سبحان الله فإنه لا يسمعه أحد يقول سبحان الله إلا التفت وفي لفظ إذا نابكم أمر فليسبح الرجال ولتصفق النساء» متفق عليه وهو عام في كل أمر ينوب المصلي وفي " المسند " عن علي «كنت إذا استأذنت على النبي - صلى الله عليه وسلم - إن كان في صلاة سبح وإن كان في غير صلاة أذن» ولأنه نبه بالتسبيح أشبه ما لو نبه الإمام، ولو كان تنبيه غير الإمام كلاما مبطلا لكان تنبيه الإمام كذلك.

(٩٤٣) فصل: وفي معنى هذا النوع، إذا فتح على الإمام إذا ارتج عليه، أو رد عليه إذا غلط فلا بأس به في الفرض والنفل. وروي ذلك عن عثمان، وعلي، وابن عمر. - رضي الله عنهم - وبه قال عطاء، والحسن، وابن سيرين، وابن معقل، ونافع بن جبير بن مطعم، وأبو أسماء الرحبي، وأبو عبد الرحمن السلمي. وكرهه ابن مسعود وشريح، والشعبي، والثوري، وقال أبو حنيفة، تبطل الصلاة به؛ لما روى الحارث عن علي، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «لا يفتح على الإمام» **ولنا**: ما روى ابن عمر، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلى صلاة، فقرأ فيها، فلبس عليه، فلما انصرف قال لأبي أصليت معنا؟ . قال: نعم قال: فما منعك؟» رواه أبو داود قال الخطابي وإسناده جيد

وعن ابن عباس قال: «تردد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في القراءة في صلاة الصبح، فلم يفتحوا عليه، فلما قضى الصلاة نظر في وجوه القوم، فقال: أما شهد الصلاة معكم أبي بن كعب؟ قالوا: لا» فرأى القوم أنه إنما تفقده ليفتح عليه. رواه الأثرم وروى مسور بن يزيد المالكي قال: «شهدت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقرأ في الصلاة فترك آية من القرآن فقيل يا رسول الله، آية كذا وكذا تركتها. قال: فهلا ذكرتنيها؟» رواه أبو داود والأثرم ولأنه تنبيه لإمامه بما هو مشروع في الصلاة، فأشبه التسبيح وحديث علي

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٩

يرويه الحارث وقال الشعبي: كان كذابا، وقد قال عن نفسه: إذا استطعمك الإمام فأطعمه. يعني إذا تعايى فاردد عليه. رواه الأثرم. وقال الحسن إن أهل الكوفة يقولون: لا تفتح على الإمام. وما بأس به، أليس يقول سبحان الله وقال أبو داود: لم يسمع أبو إسحاق من الحارث إلا أربعة أحاديث، ليس هذا منها.." (١)

"[فصل إذا أرتج على الإمام في الفاتحة]

(٩٤٤) فصل: وإذا ارتج على الإمام في الفاتحة لزم من وراءه الفتح عليه، كما لو نسي سجدة لزمهم تنبيهه بالتسبيح. فإن عجز عن إتمام الفاتحة فله أن يستخلف من يصلي بهم؛ لأنه عذر، فجاز أن يستخلف من أجله، كما لو سبقه الحدث. وكذلك لو عجز في أثناء الصلاة عن ركن يمنع الائتمام، كالركوع أو السجود، فإنه يستخلف من يتم بهم الصلاة، كمن سبقه الحدث بل هذا أولى بالاستخلاف؛ لأن من سبقه الحدث قد بطلت صلاته، وهذا صلاته صحيحة فكان بالاستخلاف أولى.

وإذا لم يقدر على إتمام الفاتحة، فقال ابن عقيل: يأتي بما يحسن ويسقط عنه ما عجز عنه، وتصح صلاته لأن القراءة ركن عجز عنه في أثناء الصلاة، فسقط كالقيام، فأما المأموم فإن كان أميا عاجزا عن قراءة الفاتحة صحت صلاته أيضا وإن كان قارئا نوى مفارقته، وأتم وحده، ولا يصح له إتمام الصلاة خلفه لأن هذا قد صار حكمه حكم الأمي والصحيح أنه إذا لم يقدر على قراءة الفاتحة أن صلاته تفسد لأنه قادر على الصلاة بقراءتها فلم تصح صلاته بدون ذلك، لعموم قوله - عليه الصلاة والسلام - «لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب» ولا يصح قياس هذا على الأمي لأن الأمي لو قدر على تعلمها قبل خروج الوقت، لم تصح صلاته بدونها، وهذا يمكنه أن يخرج فيسأل عما وقف عليه ويصلي، ولا قياسه على أركان الأفعال؛ لأن خروجه عن الصلاة لا يزيل عجزه عنها، ولا يأمن عود مثل ذلك لعجز بخلاف هذا.

النوع الثاني: ما لا يتعلق بتنبيه آدمي، إلا أنه لسبب من غير الصلاة، مثل أن يعطس فيحمد الله، أو تلسعه عقرب فيقول: بسم الله. أو يسمع، أو يرى ما يغمه فيقول: ﴿إنا لله وإنا إليه راجعون﴾ [البقرة: ١٥٦] أو يرى عجبا فيقول: سبحان الله. فهذا لا يستحب في الصلاة ولا يبطلها نص عليه أحمد في رواية الجماعة، في من عطس فحمد الله، لم تبطل صلاته وقال، في رواية مهنا، في من قيل له وهو يصلي: ولد لك غلام. فقال: الحمد لله أو قيل له: احترق دكانك قال: لا إله إلا الله أو ذهب كيسك: فقال لا حول ولا قوة إلا بالله فقد مضت صلاته ولو قيل: له مات أبوك. فقال ﴿إنا لله وإنا إليه راجعون﴾ [البقرة: ١٥٦] فلا يعيد صلاته. وذكر حديث علي حين أجاب الخارجي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢/٢

وهذا قول الشافعي، وأبي يوسف. وقال أبو حنيفة: تفسد صلاته لأنه كلام آدمي وقد روي عن أحمد مثل هذا؛ فإنه قال في من قيل له: ولد لك غلام. فقال: الحمد لله رب العالمين. أو ذكر مصيبة، فقال: ﴿إنا لله وإنا إليه راجعون﴾ [البقرة: ١٥٦] . قال يعيد الصلاة. وقال القاضي: هذا محمول على من قصد خطاب آدمي. **ولنا** ما روى عامر بن ربيعة، قال: «عطس شاب من الأنصار خلف رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو في الصلاة، فقال: الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، حتى يرضى ربنا، وبعدما يرضى من أمر." (١)

"أمامة ابنة أبي العاص. متفق عليه. وركب الحسن والحسين على ظهره وهو ساجد، ولأن ما في الحيوان من النجاسة في معدته، فهي كالنجاسة في معدة المصلي، ولو حمل قارورة فيها نجاسة مسدودة، لم تصح صلاته. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا تفسد صلاته؛ لأن النجاسة لا تخرج منها، فهي كالحيوان. وليس بصحيح؛ لأنه حامل لنجاسة غير معفو عنها في غير معدنها، فأشبه ما لو حملها في كمه.

[مسألة الصلاة في المقبرة أوالحش أو الحمام أو في أعطان الإبل]

(٩٥٧) مسألة: قال: (وكذلك إن صلى في المقبرة أو الحش أو الحمام أو في أعطان الإبل؛ أعاد) اختلفت الرواية عن أحمد، - رحمه الله -، في الصلاة في هذه المواضع، فروي أن الصلاة لا تصح فيها بحال. وممن روي عنه أنه كره الصلاة في المقبرة علي، وابن عباس، وابن عمر وعطاء، والنخعي، وابن المنذر. وممن رأى أن يصلى في مرابض الغنم ولا يصلى في مبارك الإبل ابن عمر وجابر بن سمرة، والحسن، ومالك، وإسحاق، وأبو ثور. وعن أحمد رواية أخرى، أن الصلاة في هذه صحيحة ما لم تكن نجسة. وهو مذهب مالك وأبي حنيفة والشافعي؛ لقوله - عليه السلام -: «جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا» وفي لفظ «فحيثما أدركتك الصلاة فصل، فإنه مسجد» . وفي لفظ: «أينما أدركتك الصلاة فصل، فإنه مسجد» . متفق عليها

، ولأنه موضع طاهر، فصحت الصلاة فيه، كالصحراء. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الأرض كلها مسجد إلا الحمام والمقبرة» رواه أبو داود.

وهذا خاص مقدم على عموم ما رووه. وعن جابر بن سمرة «، أن رجلا سأل رسول الله - صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣

وسلم -: أنصلي في في مرابض الغنم؟ قال: نعم. قال: أنصلي في مبارك الإبل؟ قال: لا» . رواه مسلم وعن البراء قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا تصلوا في مبارك الإبل فإنها من الشياطين» . رواه أبو داود. وعن أسيد بن حضير، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «صلوا في مرابض الغنم، ولا تصلوا في مبارك الإبل» رواه الإمام أحمد في " مسنده ". والنهي يقتضي التحريم، وهذا خاص يقدم على عموم ما رووه، وروي هذا الحديث عن ابن عمر، وأبي هريرة، وعبد الله بن مغفل، رواهن الأثرم.

فأما الحش فإن الحكم يثبت فيه بالتنبيه؛ لأنه إذا منع من الصلاة في هذه المواضع لكونها مظان النجاسة، فالحش معد للنجاسة ومقصود لها، فهو أولى بالمنع فيه. وقال بعض أصحابنا: إن كان المصلي عالما بالنهي في هذه المواضع، لم تصح صلاته فيها؛ لأنه عاص بصلاته فيها، والمعصية لا تكون قربة ولا طاعة، وإن لم يكن عالما فهل تصح صلاته؟ على روايتين. إحداهما، لا تصح لأنه صلى فيما لا تصح الصلاة فيه مع العلم، فلا تصح مع الجهل، كالصلاة في محل نجس.

والثانية: تصح لأنه معذور.." (١)

"في القولين جميعا.

وهذا مما يدل على ما ذكرناه؛ لأنه لو كانت العلة كونه تابعا للقرار، لجازت الصلاة هاهنا، لكون القرار غير ممنوع من الصلاة فيه، بدليل ما لو صلى عليه في سفينة، أو لو جمد ماؤه فصلى عليه، صح، ولأنه لو كانت العلة ما ذكره لصحت الصلاة على ما حاذى ميمنة الطريق وميسرتها، وما لا تقرعه الأقدام منها، وهذا فيما إذا كان السطح جاريا على موضع النهي، فإن كان المسجد سابقا، وجعل تحته طريق أو عطن أو غيرهما من مواضع النهي. أو كان في غير مقبرة فحدثت المقبرة حوله، لم تمتنع الصلاة فيه، بغير خلاف، لأنه لم يتبع ما حدث بعده، والله أعلم.

[فصل بنى مسجدا في المقبرة بين القبور]

(٩٦٣) فصل: وإن بنى مسجدا في المقبرة بين القبور، فحكمه حكمها؛ لأنه لا يخرج بذلك عن أن يكون في المقبرة. وقد روى قتادة: أن أنسا مر على مقبرة، وهم يبنون فيها مسجدا، فقال أنس: كان يكره أن يبنى مسجد في وسط القبور.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥١

[فصل لا تصح الفريضة في الكعبة ولا على ظهرها]

(٩٦٤) فصل: ولا تصح الفريضة في الكعبة، ولا على ظهرها. وجوزه الشافعي وأبو حنيفة؛ لأنه مسجد، ولأنه محل لصلاة النفل، فكان محلا للفرض، كخارجها. **ولنا**: قول الله تعالى ﴿وحيث ما كنتم فولوا وجوهكم شطره﴾ [البقرة: ١٤٤] . والمصلي فيها أو على ظهرها غير مستقبل لجهتها، والنافلة مبناها على التخفيف والمسامحة، بدليل صلاتها قاعدا، وإلى غير القبلة، في السفر على الراحلة. (٩٦٥) فصل: وتصح النافلة في الكعبة وعلى ظهرها. لا نعلم فيه خلافا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى في البيت ركعتين.

إلا أنه إن صلى تلقاء الباب أو على ظهرها، وكان بين يديه شيء من بناء الكعبة متصل بها، صحت صلاته، فإن لم يكن بين يديه شيء شاخص، أو كان بين يديه آجر معبأ غير مبني، أو خشب غير مسمور فيها، فقال أصحابنا: لا تصح صلاته لأنه غير مستقبل لشيء منها. وإن كان الخشب مسمورا والآجر مبنيا، صحت صلاته؛ لأن ذلك تابع لها. والأولى أنه لا يشترط كون شيء منها بين يديه؛ لأن الواجب استقبال موضعها وهوائها، دون حيطانها، بدليل ما لو انهدمت الكعبة، صحت الصلاة إلى موضعها، ولو صلى على جبل عال يخرج عن مسامتتها، صحت صلاته إلى هوائها، كذا هاهنا.

[فصل الصلاة في الموضع المغصوب]

(٩٦٦) فصل: وفي الصلاة في الموضع المغصوب روايتان:." [1]

"[فصل الصلاة في الكنيسة النظيفة]

(٩٦٩) فصل: ولا بأس بالصلاة في الكنيسة النظيفة، رخص فيها الحسن وعمر بن عبد العزيز والشعبي والأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز وروي أيضا عن عمر وأبي موسى، وكره ابن عباس ومالك الكنائس؛ من أجل الصور. **ولنا** «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى في الكعبة وفيها صور» ، ثم هي داخلة في قوله - عليه السلام -: «فأينما أدركتك الصلاة فصل، فإنه مسجد»

[فصل حكم الصلاة على الأرض النجسة إذا بسط عليها شيء طاهر]

(٩٧٠) فصل: وإذا كانت الأرض نجسة، فطينها بطاهر، أو بسط عليها شيئا طاهرا، صحت الصلاة مع

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٥

الكراهة، في ظاهر كلام أحمد، - رحمه الله -. وهو قول طاوس، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وذكر أصحابنا في المسألة روايتين؛ إحداهما: لا تصح؛ لأنها مدفن النجاسة، فأشبهت المقبرة. **ولنا** أن الطهارة إنما تشترط في بدن المصلي وثوبه وموضع صلاته، وقد وجد ذلك كله، ول ا نسلم العلة في الأصل، فإنه لو صلى بين القبور لم تصح صلاته وإن لم يكن مدفنا للنجاسة، وقد قيل: إن الحكم غير معلل؛ فلا يقاس عليه.

[فصل تطيين المسجد بطين نجس]

(٩٧١) فصل: ويكره تطيين المسجد بطين نجس، أو تطبيقه بطوابق نجسة، أو بناؤه بلبن نجس، أو آجر نجس، فإن فعل، وباشر المصلي أرضه النجسة ببدنه أو ثيابه، لم تصح صلاته. وأما الآجر المعجون بالنجاسة، فهو نجس؛ لأن النار لا تطهره، فإن غسل طهر ظاهره؛ لأن النار أكلت أجزاء النجاسة الظاهرة، وبقي أثرها، فتطهر بالغسل، كالأرض النجسة ويبقى باطنها نجسا لأن الماء لم يصل إليه، فإن صلى عليه بعد الغسل فهو كما لو صلى على بساط طاهر مفروش على أرض نجسة، وذلك الحكم في البساط الذي باطنه نجس وظاهره طاهر. ومتى انكسر من الآجر النجس قطعة، فظهر بعض باطنه، فهو نجس، لا تصح الصلاة عليه.

[فصل الصلاة على الحصير والبسط من الصوف والشعر والوبر]

(٩٧٢) فصل: ولا بأس بالصلاة على الحصير والبسط من الصوف والشعر والوبر، والثياب من القطن والكتان وسائر الطاهرات. وصلى عمر على عبقري وابن عباس على طنفسة وزيد بن ثابت وجابر." [(١)]

"وقال عطاء والحكم وحماد: إذا خفيت النجاسة في الثوب نضحه كله. وقال ابن شبرمة: يتحرى مكان النجاسة فيغسله.

ولعلهم يحتجون بحديث سهل بن حنيف في المذي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: قلت يا رسول الله فكيف بما أصاب ثوبي منه؟ قال: «يجزئك أن تأخذ كفا من ماء، فتنضح به حيث ترى أنه أصاب منه.» فأمره بالتحري والنضح. **ولنا**، أنه متيقن للمانع من الصلاة. فلم تبح له الصلاة إلا بتيقن زواله كمن تيقن الحدث وشك في الطهارة، والنضح لا يزيل النجاسة، وحديث سهل في المذي دون غيره، فلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٧

يعدى، لأن أحكام النجاسة تختلف.
وقوله: حيث ترى أنه أصاب منه ". محمول على من ظن أنه أصاب ناحية من ثوبه، من غير تيقن، فيجزئه نضح المكان أو غسله.

[فصل إن خفيت النجاسة في فضاء واسع صلى حيث شاء]
(٩٨٤) فصل: وإن خفيت النجاسة في فضاء واسع، صلى حيث شاء، ولا يجب غسل جميعه، لأن ذلك يشق، فلو منع من الصلاة أفضى إلى أن لا يجد موضعا يصلي فيه، فأما إن كان موضعا صغيرا، كبيت ونحوه، فإنه يغسله كله؛ لأنه لا يشق غسله، فأشبه الثوب.

[مسألة ما خرج من الإنسان أو البهيمة التي لا يؤكل لحمها من بول أوغيره]
(٩٨٥) مسألة: قال: (وما خرج من الإنسان، أو البهيمة التي لا يؤكل لحمها من بول أو غيره، فهو نجس) يعني ما خرج من السبيلين، كالبول، والغائط، والمذي، والودي، والدم، وغيره. فهذا لا نعلم في نجاسته خلافا، إلا أشياء يسيرة، نذكرها إن شاء الله تعالى. أما بول الآدمي، فقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «في الذي مر به وهو يعذب في قبره إنه كان لا يستبرئ من بوله» . متفق عليه. وروي في خبر «أن عامة عذاب القبر من البول» .
وأما الودي، فهو ماء أبيض يخرج عقيب البول خاثر، فحكمه حكم البول سواء؛ لأنه خارج من مخرج البول، وجار مجراه. وأما المذي، فهو ماء لزج رقيق يخرج عقيب الشهوة، على طرف الذكر، فظاهر المذهب أنه نجس. قال هارون الحمال: سمعت أبا عبد الله يذهب في المذي إلى أنه يغسل ما أصاب الثوب منه، إلا أن يكون يسيرا. وقد ذكرنا الاختلاف في العفو عن يسيره فيما مضى وروي عن أحمد - رحمه الله - أنه بمنزلة المني. قال في رواية محمد بن الحكم: إنه سأل أبا عبد الله عن المذي أشد أو المني، قال: هما سواء، ليسا من مخرج البول، إنما هما من الصلب والترائب، كما قال ابن عباس: هو عندي بمنزلة البصاق والمخاط.
وذكر ابن عقيل نحو هذا، وعلل بأن المذي جزء من المني؛ لأن سببهما جميعا الشهوة، ولأنه خارج تحلله الشهوة، أشبه المني فظاهر المذهب أنه نجس لأنه خارج من السبيل، ليس بدءا لخلق آدمي، فأشبه البول،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٦٤

"في مرابض الغنم، إلا الشافعي، فإنه اشترط أن تكون سليمة من أبعارها وأبوالها. ورخص في ذرق الطائر أبو جعفر والحكم وحماد وأبو حنيفة وعن أحمد: أن ذلك نجس.

وهو قول الشافعي وأبي ثور، ونحوه عن الحسن؛ لأنه داخل في عموم قوله - صلى الله عليه وسلم - «تنزهوا من البول» . ولأنه رجيع، فكان نجسا كرجيع الآدمي. **ولنا**، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر العرنيين أن يشربوا من أبوال الإبل» ، والنجس لا يباح شربه، ولو أبيح للضرورة لأمرهم بغسل أثره إذا أرادوا الصلاة «، وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - يصلي في مرابض الغنم» . متفق عليه. وقال: «صلوا في مرابض الغنم» . متفق عليه. وهو إجماع كما ذكر ابن المنذر، وصلى أبو موسى في موضع فيه أبعار الغنم. فقيل له: لو تقدمت إلى هاهنا؟ فقال: هذا وذاك واحد.

ولم يكن للنبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه ما يصلون عليه من الأوطئة والمصليات، وإنما كانوا يصلون على الأرض، ومرابض الغنم لا تخلو من أبعارها وأبوالها، فدل على أنهم كانوا يباشرونها في صلاتهم، ولأنه متحلل معتاد من حيوان يؤكل لحمه، فكان طاهرا كاللبن، وذرق الطائر عند من سلمه، ولأنه لو كان نجسا لتنجست الحبوب التي تدوسها البقر، فإنها لا تسلم من أبوالها، فيتنجس بعضها، ويختلط النجس بالطاهر، فيصير حكم الجميع حكم النجس.

[فصل الخارج من غير السبيلين]

(٩٨٨) فصل: فأما الخارج من غير السبيلين، فالحيوانات فيه أربعة أقسام: أحدها: الآدمي، فالخارج منه نوعان، طاهر وهو ريقه ودمعه وعرقه ومخاطه، ونخامته، فإنه جاء «عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في يوم الحديبية، أنه ما تنخم نخامة إلا وقعت في كف رجل منهم، فدلك بها وجهه» . رواه البخاري. ولولا طهارتها لم يفعلوا ذلك، وفي حديث أبي هريرة «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رأى نخامة في قبلة المسجد، فأقبل على الناس، فقال: ما بال أحدكم يقوم يستقبل ربه، فيتنخع أمامه، أيحب أن يستقبل فيتنخع في وجهه؟ فإذا تنخع أحدكم فليتنخع عن يساره أو تحت قدمه، فإن لم يجد فليقل هكذا» . ووصف القاسم: فتفل في ثوبه، ثم مسح بعضه ببعض. رواه مسلم.

ولو كانت نجسة لما أمر بمسحها في ثوبه وهو في الصلاة، ولا تحت قدمه. ولا فرق بين ما يخرج من

الرأس والبلغم الخارج من الصدر. ذكره القاضي. وهو مذهب أبي حنيفة. وقال أبو الخطاب: البلغم نجس؛ لأنه طعام استحال في المعدة، أشبه القيء.." (١)

"وأبي ثور وابن المنذر.

وقال مالك: غسل الاحتلام أمر واجب. وعلى هذا مذهب الأوزاعي والثوري. وقال أصحاب الرأي: هو نجس، ويجزئ فرك يابسه؛ لما روت عائشة أنها كانت تغسل المني من ثوب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قالت: ثم أرى فيه بقعة أو بقعا. وهو حديث صحيح. قال صالح: قال أبي: غسل المني من الثوب أحوط وأثبت في الرواية. وقد جاء الفرك أيضا عن عائشة - رضي الله عنها - «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في المني يصيب الثوب: إن كان رطبا فاغسليه. وإن كان يابسا فافركيه» . وهذا أمر يقتضي الوجوب. ولأنه خارج معتاد من السبيل، أشبه البول.

ولنا، ما روت عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كنت أفرك المني من ثوب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فيصلي فيه» . متفق عليه. وقال ابن عباس: امسحه عنك بإذخرة أو بخرقة، ولا تغسله، إنما هو كالبزاق والمخاط. رواه الدارقطني مرفوعا إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -. ولأنه لا يجب غسله إذا جف، فلم يكن نجسا كالمخاط، ولأنه بدء خلق آدمي، فكان طاهرا كالطين، ويفارق البول من حيث إنه بدء خلق آدمي. (٩٩٢) فصل: فإن خفي موضع المني فرك الثوب كله، إن قلنا بنجاسته، وإن قلنا بطهارته استحب فركه.

وإن صلى فيه من غير فرك، أجزأه. وهذا مذهب الشافعي وغيره ممن قال بالطهارة. وقال ابن عباس: ينضح الثوب كله. وبه قال النخعي وحماد. ونحوه عن عائشة وعطاء. وقال ابن عمر وأبو هريرة والحسن: يغسل الثوب كله. **ولنا**، أن فركه يجزئ إذا علم مكانه، فكذلك إذا خفي، وأما النضح فلا يفيد، فإنه لا يطهره إذا علم مكانه، فكذلك إذا خفي. وأما إذا قلنا بالطهارة فلا يجب شيء من ذلك، لكن يستحب، كحال العلم به.

فصل: قال أحمد - رحمه الله -: إنما يفرك مني الرجل، أما مني المرأة فلا يفرك؛ لأن الذي للرجل ثخين، والذي للمرأة رقيق. والمعنى في هذا أن الفرك يراد للتخفيف والرقيق لا يبقى له جسم بعد جفافه يزول بالفرك، فلا يفيد فيه شيئا، فعلى هذا إن قلنا بنجاسته، فلا بد من غسله رطبا كان أو يابسا، كالبول. وإن قلنا بطهارته، استحب غسله، كما يستحب فرك مني الرجل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٦٦

وأما الطهارة والنجاسة فلا يفترقان فيه؛ لأن كل واحد منهما مني، وهو بدء لخلق آدمي، خارج من السبيل. (٩٩٤) فصل: فأما العلقة، فقال ابن عقيل: فيها روايتان، كالمني؛ لأنها بدء خلق آدمي. والصحيح نجاستها؛." (١)

"(٩٩٩) فصل: وإذا كانت النجاسة ذات أجزاء متفرقة، كالرميم، والروث، والدم إذا جف، فاختلطت بأجزاء الأرض، لم تطهر بالغسل؛ لأن عينها لا تنقلب، ولا تطهر إلا بإزالة أجزاء المكان، بحيث يتيقن زوال أجزاء النجاسة. ولو بادر البول وهو رطب، فقلع التراب الذي عليه أثره، فالباقي طاهر؛ لأن النجس كان رطبا وقد زال.

وإن جف فأزال ما وجد عليه الأثر، لم يطهر؛ لأن الأثر إنما يبين على ظاهر الأرض، لكن إن قلع ما تيقن به زوال ما أصابه البول، فالباقي طاهر. فصل: ولا تطهر الأرض النجسة بشمس ولا ريح ولا جفاف. وهذا قول أبي ثور وابن المنذر والشافعي في أحد قوليه. وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن: تطهر إذا ذهب أثر النجاسة. وقال أبو قلابة: جفوف الأرض طهورها؛ لأن ابن عمر روى أن الكلاب كانت تبول، وتقبل وتدبر في المسجد، فلم يكونوا يرشون شيئا من ذلك. أخرجه أبو داود. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أهريقوا على بوله سجلا من ماء» .

والأمر يقتضي الوجوب، ولأنه محل نجس، فلم يطهر بغير الغسل، كالثياب، وأما حديث ابن عمر، فرواه البخاري، وليس فيه ذكر البول. ويحتمل أنه أراد أنها كانت تبول، ثم تقبل وتدبر في المسجد، فيكون إقبالها وإدبارها فيه بعد بولها. (١٠٠١) فصل: ولا تطهر النجاسة بالاستحالة، فلو أحرق السرجين النجس فصار رمادا، أو وقع كلب في ملاحة فصار ملحا، لم تطهر. لأنها نجاسة لم تحصل بالاستحالة. فلم تطهر بها، كالدم إذا صار قيحا أو صديدا، وخرج عليه الخمر، فإنه نجس بالاستحالة، فجاز أن يطهر بها.." (٢)

"[فصل المنفصل من غسالة النجاسة ينقسم إلى ثلاثة أقسام]

(١٠٠٢) فصل: والمنفصل من غسالة النجاسة، ينقسم إلى ثلاثة أقسام: أحدها: أن ينفصل متغيرا بها، فهو نجس إجماعا؛ لأنه متغير بالنجاسة، فكان نجسا، كما لو وردت عليه. الثاني: أن ينفصل غير متغير قبل طهارة المحل، فهو نجس أيضا؛ لأنه ماء يسير لاقى نجاسة لم يطهرها، فكان نجسا، كالمتغير، وكالباقي في المحل، فإن الباقي في المحل نجس، وهو جزء من الماء الذي غسلت به النجاسة، ولأنه كان

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٩/٢

(٢) المغني لابن قدامة ٧٢/٢

في المحل نجسا، وعصره لا يجعله طاهرا. الثالث: أن ينفصل غير متغير من الغسلة التي طهرت المحل، ففيه وجهان، أصحهما أنه طاهر. وهو قول الشافعي لأنه جزء من المتصل، والمتصل طاهر، فكذلك المنفصل، ولأنه ماء أزال حكم النجاسة، ولم يتغير بها، فكان طاهرا، كالمنفصل من الأرض.

والثاني، هو نجس. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه ماء يسير لاقى نجاسة، فنجس بها، كما لو وردت عليه، وإذا حكمنا بطهارته، فهل يكون طهورا؟ على وجهين: أحدهما، يكون طهورا؛ لأن الأصل طهوريته، ولأن الحادث فيه لم ينجسه، ولم يغيره، فلم تزل طهوريته، كما لو غسل به ثوبا طاهرا.

والثاني، أنه غير مطهر، لأنه أزال مانعا من الصلاة، أشبه ما رفع به الحدث. (١٠٠٣) فصل: إذا جمع الماء الذي أزيلت به النجاسة قبل طهارة المحل وبعده في إناء واحد، وكان دون القلتين، فالجميع نجس، تغير أو لم يتغير. وقال بعض أصحاب الشافعي: هو طاهر؛ لأنه ماء أزيلت به النجاسة ولم يتغير بها، فأشبه ماء الغسلة التي طهرت المحل. **ولنا**، أنه اجتمع الماء النجس والطاهر وهو يسير، فكان نجسا، كما لو اجتمع مع ماء غير الذي غسل المحل.

[مسألة إذا نسي فصلى بهم جنبا]

(١٠٠٤) مسألة: قال: (وإذا نسي فصلى بهم جنبا، أعاد وحده) وجملته أن الإمام إذا صلى بالجماعة محدثا، أو جنبا، غير عالم بحدثه، فلم يعلم هو ولا المأمومون، حتى فرغوا من الصلاة، فصلاتهم صحيحة، وصلاة الإمام باطلة. روي ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي، وابن عمر - رضي الله عنهم -، وبه قال الحسن، وسعيد بن جبير، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وسليمان بن حرب، وأبو ثور.

وعن علي أنه يعيد ويعيدون. وبه قال ابن سيرين والشعبي وأبو حنيفة، وأصحابه؛ لأنه صلى بهم محدثا، أشبه ما لو علم.." (١)

"**ولنا**، إجماع الصحابة - رضي الله عنهم -، روي أن عمر - رضي الله عنه - صلى بالناس الصبح، ثم خرج إلى الجرف، فأهرق الماء، فوجد في ثوبه احتلاما، فأعاد ولم يعيدوا وعن محمد بن عمرو بن المصطلق الخزاعي، أن عثمان صلى بالناس صلاة الفجر، فلما أصبح وارتفع النهار فإذا هو بأثر الجنابة. فقال: كبرت والله، كبرت والله، فأعاد الصلاة، ولم يأمرهم أن يعيدوا. وعن علي، أنه قال: إذا صلى الجنب بالقوم فأتم بهم الصلاة آمره أن يغتسل ويعيد، ولا آمرهم أن يعيدوا. وعن ابن عمر، أنه صلى بهم الغداة، ثم

(١) المغني لابن قدامة ٢/٧٣

ذكر أنه صلى بغير وضوء، فأعاد ولم يعيدوا. رواه كله الأثرم. وهذا في محل الشهرة
، ولم ينقل خلافه، فكان إجماعا، ولم يثبت ما نقل عن علي في خلافه، وعن البراء بن عازب أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا صلى الجنب بالقوم، أعاد صلاته، وتمت للقوم صلاتهم» . أخرجه أبو سليمان محمد بن الحسن الحراني، في " جزء ". ولأن الحدث مما يخفى، ولا سبيل للمأموم إلى معرفته من الإمام، فكان معذورا في الاقتداء به، ويفارق ما إذا كان على الإمام حدث نفسه؛ لأنه يكون مستهزئا بالصلاة فاعلا لما لا يحل. وكذلك إن علم المأموم، فإنه لا عذر له في الاقتداء به.

وقياس المعذور على غيره لا يصح، والحكم في النجاسة كالحكم في الحدث سواء؛ لأنها إحدى الطهارتين، فأشبهت الأخرى، ولأنها في معناها في خفائها على الإمام والمأموم، بل حكم النجاسة أخف، وخفاؤها أكثر، إلا أن في النجاسة رواية أخرى، أن صلاة الإمام تصح أيضا، إذا نسيها.

[فصل إذا علم بحدث نفسه في الصلاة أو علم المأمومون]

(١٠٠٥) فصل: إذا علم بحدث نفسه في الصلاة، أو علم المأمومون، لزمهم استئناف الصلاة. نص عليه. قال الأثرم: سألت أبا عبد الله، عن رجل صلى بقوم وهو غير طاهر، بعض الصلاة، فذكر؟ قال: يعجبني أن يبتدئوا الصلاة. قلت له: يقول لهم استأنفوا الصلاة؟ قال: لا، ولكن ينصرف ويتكلم، ويبتدئون هم الصلاة. وقال ابن عقيل: فيه عن أحمد، - رحمه الله - رواية أخرى، إذا علم المأمومون أنهم يبنون على صلاتهم.

وقال الشافعي: يبنون على صلاتهم، سواء علم بذلك، أو علم المأمومون؛ لأن ما مضى من صلاتهم صحيح، فكان لهم البناء عليه، كما لو قام إلى خامسة فسبحوا به فلم يرجع. **ولنا**، أنه ائتم بمن صلاته فاسدة مع العلم منهما أو من أحدهما أشبه ما لو ائتم بامرأة. وإنما خولف هذا فيما إذا استمر الجهل منهما للإجماع، ولأن وجوب الإعادة على المأمومين حال استمرار الجهل يشق، لتفرقهم، بخلاف ما إذا علموا في الصلاة. وإن علم بعض المأمومين دون بعض، فالمنصوص أن صلاة الجميع تفسد، والأولى أن يختص البطلان بمن علم دون من جهل؛ لأنه معنى مبطل اختص به، فاختص بالبطلان، كحدث نفسه.." (١)

"(١٠٠٦) فصل: إذا اختل غير ذلك من الشروط في حق الإمام، كالستارة واستقبال القبلة، لم يعف عنه في حق المأموم؛ لأن ذلك لا يخفى غالبا، بخلاف الحدث والنجاسة. وكذا إن فسدت صلاته لترك

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٧٤

ركن، فسدت صلاتهم. نص عليه أحمد، في من ترك القراءة، يعيد ويعيدون، وكذلك في من ترك تكبيرة الإحرام. (١٠٠٧) فصل: وإن فسدت لفعل يبطل الصلاة، فإن كان عن عمد، أفسد صلاة الجميع، وإن كان عن غير عمد، لم تفسد صلاة المأمومين.

نص عليه أحمد في الضحك أنه يبطل صلاة الإمام، ولا تفسد صلاة المأمومين، وعن أحمد في من سبقه الحدث روايتان: إحداهما، أن صلاة المأمومين تفسد لأنه أمر أفسد صلاة الإمام، فأفسد صلاة المأمومين كترك الشرط، وقد ثبت هذا الحكم في الشرط بما روي عن عمر - رضي الله عنه -، أنه صلى بالناس المغرب، فلم يسمعوا له قراءة، فلما قضى صلاته قالوا: يا أمير المؤمنين كأنك خفضت من صوتك: قال: وما سمعتم؟ قالوا: ما سمعنا لك قراءة. قال: فما قرأت في نفسي، شغلتني عير جهزتها إلى الشام. ثم قال: لا صلاة إلا بقراءة. ثم أقام، فأعاد وأعاد الناس.

والصحيح الأول؛ لأن عمر - رضي الله عنه - لما طعن وهو في الصلاة، أخذ بيد عبد الرحمن بن عوف فقدمه، فأتم بهم الصلاة، ولو فسدت صلاتهم للزمهم استئنافها، ولا يصح القياس على ترك الشرط؛ لأن الشرط آكد، بدليل أنه لا يعفى عنه بالنسيان بخلاف المبطل.

[فصل إذا سبق الإمام الحدث]

(١٠٠٨) فصل: إذا سبق الإمام الحدث فله أن يستخلف من يتم بهم الصلاة، روي ذلك عن عمر وعلي، وعلقمة، وعطاء، والحسن، والنخعي، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي. وحكي عن أحمد رواية أخرى، أن صلاة المأمومين تبطل؛ لأن أحمد قال: كنت أذهب إلى جواز الاستخلاف، وجبنت عنه. وقال أبو بكر: تبطل صلاتهم، رواية واحدة؛ لأنه فقد شرط صحة الصلاة في حق الإمام، فبطلت صلاة المأموم، كما لو تعمد الحدث. **ولنا**، أن عمر - رضي الله عنه -، لما طعن أخذ بيد عبد الرحمن بن عوف فقدمه، فأتم بهم الصلاة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة وغيرهم ولم ينكره منكر، فكان إجماعا.

وقد احتج أحمد بقول عمر وعلي، وقولهما عنده حجة، فلا معدل عنه. وقول أحمد: جبنت عنه. إنما يدل على التوقف، وتوقفه مرة لا يبطل ما انعقد الإجماع عليه. وإذا ثبت هذا فإن للإمام أن يستخلف من يتم بهم الصلاة، كما فعل." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٧٥

"عمر - رضي الله عنه - وإن لم يستخلف فقدم المأمومون منهم رجلا فأتم بهم، جاز. وإن صلوا وحدانا جاز. قال الزهري، في إمام ينوبه الدم أو رعف أو يجد مذيا ينصرف، وليقل: أتموا صلاتكم. وقال الشافعي، في آخر قوليه: الاختيار أن يصلي القوم فرادى إذا كان ذلك. ولعل توقف أحمد إنما كان في الاستخلاف، لا في صحة صلاة المأمومين، فإنه قد نص على أن صلاة المأمومين لا تفسد بضحك الإمام، فهذا أولى.

وإن قدمت كل طائفة من المأمومين لهم إماما فصلى بهم، فقياس المذهب جوازه، وهو مذهب الشافعي. وقال أصحاب الرأي: تفسد صلاتهم كلهم. **ولنا**، أن لهم أن يصلوا وحدانا. فكان لهم أن يقدموا رجلا، كحالة ابتداء الصلاة وإن قدم بعضهم رجلا، وصلى الباقون وحدانا، جاز.

(١٠٠٩) فصل: فأما الذي سبقه الحدث، فتبطل صلاته، ويلزمه استئنافها. قال أحمد: يعجبني أن يتوضأ ويستقبل. هذا قول الحسن وعطاء والنخعي ومكحول. وعن أحمد أنه يتوضأ، ويبني. وروي ذلك عن ابن عمر، وابن عباس؛ لما روي عن عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من قاء أو رعف في صلاته، فلينصرف، فليتوضأ، وليبن على ما مضى من صلاته» . وعنه، رواية ثالثة، إن كان الحدث من السبيلين ابتدأ، وإن كان من غيرهما بنى لأن حكم نجاسة السبيل أغلظ، والأثر إنما ورد بالبناء في الخارج من غير السبيل، فلا يلحق به ما ليس في معناه.

والصحيح الأول؛ لما روى علي بن طلق، قال قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا فسا أحدكم في صلاته، فلينصرف، فليتوضأ، وليعد صلاته» . رواه أبو داود، والأثرم. وعن علي بن أبي طالب، - رضي الله عنه - «، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان قائما يصلي بهم، فانصرف، ثم جاء ورأسه يقطر، فقال: إني قمت بكم، ثم ذكرت أني كنت جنبا ولم أغتسل، فانصرفت فاغتسلت، فمن أصابه منكم مثل الذي أصابني، أو أصابه في بطنه رز، فلينصرف فليغتسل، أو ليتوضأ، وليستقبل صلاته» رواه الأثرم. ولأنه فقد شرط الصلاة في أثنائها على وجه لا يعود إلا بعد زمن طويل وعمل كثير، ففسدت صلاته، كما لو تنجس نجاسة يحتاج في إزالتها إلى مثل ذلك، أو انكشفت عورته ولم يجد السترة إلا بعيدة منه، أو تعمد الحدث، أو انقضت مدة المسح، وحديثهم ضعيف.

(١٠١٠) فصل: قال أصحابنا: يجوز أن يستخلف من سبق ببعض الصلاة، ولمن جاء بعد حدث الإمام،

فيبني على ما مضى من صلاة الإمام من قراءة أو ركعة أو سجدة، ويقضي بعد فراغ صلاة المأمومين. وحكي هذا القول عن عمر وعلي، وأكثر من وافقهما في الاستخلاف. وفيه رواية أخرى، أنه مخير بين." [1]

"أن يبني أو يبتدئ قال مالك: ويصلي لنفسه صلاة تامة، فإذا فرغوا من صلاتهم قعدوا وانتظروه حتى يتم ويسلم معهم؛ لأن اتباع المأمومين للإمام أولى من اتباعه لهم، فإن الإمام إنما جعل ليؤتم به. وعلى كلتا الروايتين إذا فرغ المأمومون قبل فراغ إمامهم، وقام لقضاء ما فاته، فإنهم يجلسون وينتظرونه حتى يتم ويسلم بهم؛ لأن الإمام ينتظر المأمومين في صلاة الخوف، فانتظارهم له أولى. وإن سلموا ولم ينتظروه جاز.

وقال ابن عقيل: يستخلف من يسلم بهم، والأولى انتظاره. وإن سلموا لم يحتاجوا إلى خليفة، فإنه لم يبق من الصلاة إلا السلام، فلا حاجة إلى الاستخلاف فيه. ويقوى عندي أنه لا يصح الاستخلاف في هذه الصورة؛ لأنه إن بنى جلس في غير موضع جلوسه، وصار تابعا للمأمومين، وإن ابتدأ جلس المأمومون في غير موضع جلوسهم، ولم يرد الشرع بهذا، وإنما ثبت الاستخلاف في موضع الإجماع حيث لم يحتج إلى شيء من هذا، فلا يلحق به ما ليس في معناه. والله أعلم.

[فصل إذا استخلف من لا يدري كم صلى]

(١٠١١) فصل: وإذا استخلف من لا يدري كم صلى؟ احتمل أن يبني على اليقين، فإن وافق الحق، وإلا سبحوا به، فرجع إليهم، ويسجد للسهو. وقال النخعي: ينظر ما يصنع من خلفه. وقال الشافعي. يتصنع، فإن سبحوا به جلس، وعلم أنها الرابعة. وقال الأوزاعي: يصلي بهم ركعة؛ لأنه تيقن بقاء ركعة، ثم يتأخر ويقدم رجلا يصلي بهم ما بقي من صلاتهم، فإذا سلم قام الرجل فأتم صلاته.

وقال مالك: يصلي لنفسه صلاة تامة فإن فرغوا من صلاتهم قعدوا وانتظروه. والأقوال الثلاثة الأولى متقاربة. **ولنا**، على أنه لا يستخلف، أنه إن شك في عدد الركعات، فلم يجز له الاستخلاف لذلك، كغير المستخلف. **ولنا**، على أنه يبني على اليقين أنه شك ممن لا ظن له، فوجب البناء على اليقين، كسائر المصلين.

[فصل من أجاز الاستخلاف فقد أجاز نقل الجماعة إلى جماعة أخرى]

(١٠١٢) فصل: ومن أجاز الاستخلاف، فقد أجاز نقل الجماعة إلى جماعة أخرى، للعذر، ويشهد لذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٧٦

«أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جاء وأبو بكر في الصلاة، فتأخر أبو بكر. وتقدم النبي – صلى الله عليه وسلم – فأتم بهم الصلاة. وفعل هذا مرة أخرى، جاء حتى جلس إلى جانب أبي بكر عن يسار، وأبو بكر عن يمينه قائم، يأتم بالنبي – صلى الله عليه وسلم – ويأتم الناس بأبي بكر.» وكلا الحديثين صحيح متفق عليهما.

وهذا يقوي جواز الاستخلاف والانتقال من جماعة إلى جماعة أخرى حال العذر. فيخرج من هذا أنه لو أدرك اثنان بعض الصلاة مع الإمام، فلما سلم الإمام ائتم أحدهما بصاحبه، ونوى الآخر إمامته، أن ذلك يصح؛ لأنه في معنى الاستخلاف، ومن لم يجز الاستخلاف لم يجز ذلك.." (١)

"وقد روي عن أبي بكر – رضي الله عنه – أنه نام في دالية، فاستيقظ عند غروب الشمس، فانتظر حتى غابت الشمس ثم صلى. وعن كعب – أحسبه ابن عجرة – أنه نام حتى طلع قرن الشمس فأجلسه، فلما أن تعالت الشمس قال له: صل الآن.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من نام عن صلاة أو نسيها، فليصلها إذا ذكرها» . متفق عليه. وفي حديث أبي قتادة: «إنما التفريط في اليقظة على من لم يصل الصلاة حتى يجيء وقت الأخرى، فمن فعل ذلك فليصلها حين ينتبه لها» . متفق عليه. وخبر النهي مخصوص بالقضاء في الوقتين الآخرين، وبعصر يومه، فنقيس محل النزاع على المخصوص، وقياسهم منقوض بذلك أيضا، وحديث أبي قتادة يدل على جواز التأخير، لا على تحريم الفعل.

[فصل طلعت الشمس وهو في صلاة الصبح]

(١٠١٧) فصل: ولو طلعت الشمس وهو في صلاة الصبح، أتمها. وقال أصحاب الرأي: تفسد؛ لأنها صارت في وقت النهي. **ولنا**، ما روى أبو هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «إذا أدرك أحدكم سجدة من صلاة العصر، قبل أن تغيب الشمس، فليتم صلاته، وإذا أدرك سجدة من صلاة الصبح قبل أن تطلع الشمس، فليتم صلاته» . متفق عليه. وهذا نص في المسألة، يقدم على عموم غيره.

[فصل فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي]

(١٠١٨) فصل: ويجوز فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي، سواء كان النذر مطلقا أو مؤقتا. وقال أبو

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٧٧

حنيفة: لا يجوز، ويتخرج لنا مثله بناء على صوم الواجب في أيام التشريق. **ولنا** أنها صلاة واجبة، فأشبهت الفوائت من الفرائض وصلاة الجنازة، وقد وافقنا فيه فيما بعد صلاة العصر وصلاة الصبح.

[مسألة يركع للطواف]

(١٠١٩) مسألة: قال: (ويركع للطواف) يعني في أوقات النهي، وممن طاف بعد الصبح والعصر وصلى ركعتين ابن عمر، وابن الزبير، وعطاء، وطاوس، وفعله ابن عباس، والحسن، والحسين، ومجاهد، والقاسم بن محمد، وفعله عروة بعد الصبح، وهذا مذهب عطاء، والشافعي، وأبي ثور. وأنكرت طائفة ذلك، منهم أبو حنيفة، ومالك. واحتجوا بعموم أحاديث النهي.." (١)

"**ولنا**، ما روى جبير بن مطعم، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: يا بني عبد مناف، لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت، وصلى في أي ساعة شاء، من ليل أو نهار» . رواه الأثرم، والترمذي، وقال: حديث صحيح. ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولأن ركعتي الطواف تابعة له، فإذا أبيح المتبوع ينبغي أن يباح التبع، وحديثهم مخصوص بالفوائت، وحديثنا لا تخصيص فيه، فيكون أولى.

[مسألة الصلاة على الجنازة في أوقات النهي]

(١٠٢٠) مسألة: قال: (ويصلي على الجنازة) أما الصلاة على الجنازة بعد الصبح حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تميل للغروب، فلا خلاف فيه، قال ابن المنذر: إجماع المسلمين في الصلاة على الجنازة بعد العصر والصبح، وأما الصلاة عليها في الأوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بن عامر فلا يجوز. ذكرها القاضي، وغيره. قال الأثرم: سألت أبا عبد الله عن الصلاة على الجنازة إذا طلعت الشمس؟ قال: أما حين تطلع فما يعجبني. ثم ذكر حديث عقبة بن عامر. وقد روي عن جابر، وابن عمر نحو هذا القول، وذكره مالك في " الموطأ " عن ابن عمر.

وقال الخطابي: هذا قول أكثر أهل العلم. وقال أبو الخطاب، عن أحمد، رواية أخرى: إن الصلاة على الجنازة تجوز في جميع أوقات النهي. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها صلاة تباح بعد الصبح والعصر، فأبيحت في سائر الأوقات، كالفرائض. **ولنا**، قول عقبة بن عامر: «ثلاث ساعات كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ينهانا أن نصلي فيهن، وأن نقبر فيهن موتانا» . وذكره للصلاة مقرونا بالدفن دليل على إرادة صلاة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨١

الجنازة.

ولأنها صلاة من غير الصلوات الخمس، فلم يجز فعلها في هذه الأوقات الثلاثة، كالنوافل المطلقة، وإنما أبيحت بعد الصبح والعصر لأن مدتهما تطول، فالانتظار يخاف منه عليها، وهذه مدتها تقصر، وأما الفرائض فلا يقاس عليها؛ لأنها آكد، ولا يصح قياس هذه الأوقات الثلاثة على الوقتين الآخرين، لأن النهي فيها آكد، وزمنها أقصر، فلا يخاف على الميت فيها، ولأنه نهي عن الدفن فيها، والصلاة المقرونة بالدفن تتناول صلاة الجنازة، وتمنعها القرينة من الخروج بالتخصيص، بخلاف الوقتين الآخرين. والله أعلم.

[مسألة كان في المسجد وأقيمت الصلاة وقد كان صلاها]

(١٠٢١) مسألة: قال: (ويصلي إذا كان في المسجد وأقيمت الصلاة وقد كان صلاها) . وجملته أن من صلى فرضه ثم أدرك تلك الصلاة في جماعة، استحب له إعادتها، أي صلاة كانت، بشرط أن تقام وهو في المسجد، أو يدخل المسجد وهم يصلون. وهذا قول الحسن، والشافعي، وأبي ثور. فإن أقيمت صلاة الفجر أو العصر وهو خارج المسجد، لم يستحب له الدخول. واشترط القاضي لجواز الإعادة في وقت النهي، أن يكون مع إمام الحي. ولم يفرق الخرقي بين إمام الحي وغيره، ولا بين." (١)

"الجامع، فأقيمت الصلاة، فصلينا مع المغيرة بن شعبة. وعن صلة، عن حذيفة: أنه أعاد الظهر والعصر والمغرب، وكان قد صلاهن في جماعة. رواهما الأثرم.

[فصل إذا أعاد المغرب شفعها برابعة]

(١٠٢٢) فصل: إذا أعاد المغرب شفعها برابعة. نص عليه أحمد. وبه قال الأسود بن يزيد، والزهري، والشافعي، وإسحاق، ورواه قتادة، عن سعيد بن المسيب. وروى صلة، عن حذيفة، أنه لما أعاد المغرب، قال: ذهبت أقوم في الثالثة، فأجلسني، وهذا يحتمل أنه أمره بالاقتصار على ركعتين؛ لتكون شفعا، ويحتمل أنه أمره بالصلاة مثل صلاة الإمام. ولنا أن هذه الصلاة نافلة، ولا يشرع التنفل بوتر غير الوتر، فكان زيادة ركعة أولى من نقصانها؛ لئلا يفارق إمامه قبل إتمام صلاته.

[فصل أقيمت الصلاة وهو خارج من المسجد]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨٢

(١٠٢٣) فصل: إن أقيمت الصلاة وهو خارج من المسجد، فإن كان في وقت نهي لم يستحب له الدخول، وإن كان في غير وقت نهي استحب له الدخول في الصلاة معهم، وإن دخل وصلى معهم فلا بأس؛ لما ذكرنا من خبر أبي موسى. ولا يستحب؛ لما روى مجاهد، قال: خرجت مع ابن عمر من دار عبد الله بن خالد بن أسيد حتى إذا نظر إلى باب المسجد إذا الناس في الصلاة، فلم يزل واقفا حتى صلى الناس، وقال: إني صليت في البيت رواه الإمام أحمد في المسند.

[فصل إذا أعاد الصلاة]

(١٠٢٤) فصل: إذا أعاد الصلاة فالأولى فرضه. روي ذلك عن علي - رضي الله عنه - وبه قال الثوري، وأبو حنيفة، وإسحاق، والشافعي في الجديد. وعن سعيد بن المسيب، وعطاء، والشعبي، التي صلى معهم المكتوبة؛ لما روي في حديث يزيد بن الأسود، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا جئت إلى الصلاة فوجدت الناس فصل معهم، وإن كنت قد صليت تكن لك نافلة، وهذه مكتوبة» . **ولنا** قوله في الحديث الصحيح: «تكن لكما نافلة» .

وقوله في حديث أبي ذر: «فإنها لك نافلة» . ولأن الأولى قد وقعت فريضة، وأسقطت الفرض، بدليل أنها لا تجب ثانيا؛ وإذا برئت الذمة بالأولى استحال كون الثانية فريضة، وجعل الأولى نافلة. قال حماد، قال إبراهيم: إذا نوى الرجل صلاة وكتبتها الملائكة فمن يستطيع أن يحولها، فما صلى بعدها فهو تطوع. وحديثهم لا تصريح فيه،." (١)

"فيجب أن يحمل معناه على ما في الأحاديث الباقية سواء. فعلى هذا لا ينوي الثانية فرضا، لكن ينويها ظهرا معادة، وإن نواها نافلة صح.

(١٠٢٥) فصل: ولا تجب الإعادة. قال القاضي: لا تجب، رواية واحدة. وقال بعض أصحابنا فيها رواية أخرى: إنها تجب مع إمام الحي؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بها. **ولنا**، أنها نافلة، والنافلة لا تجب، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا تصل صلاة في يوم مرتين» . رواه أبو داود. ومعناه واجبتان. والله أعلم، والأمر للاستحباب.

فعلى هذا إن قصد الإعادة فلم يدرك إلا ركعتين، فقال الآمدي: يجوز أن يسلم معهم؛ لأنها نافلة، ويستحب أن يتمها؛ لأنه قصدها أربعا. ونص أحمد، رحمه الله، على أنه يتمها أربعا؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨٤

-: «وما فاتكم فأتموا» .

[مسألة الأوقات المنهي عن الصلاة فيها]

(١٠٢٦) مسألة: قال: (في كل وقت نهي عن الصلاة فيه، وهو بعد الفجر حتى تطلع الشمس، وبعد العصر حتى تغرب الشمس) اختلف أهل العلم في الأوقات المنهي عن الصلاة فيها؛ فذهب أحمد، - رحمه الله -، إلى أنها من بعد الفجر حتى ترتفع الشمس قدر رمح، وبعد العصر حتى تغرب الشمس، وحال قيام الشمس حتى تزول، وعدها أصحابه خمسة أوقات؛ من الفجر إلى طلوع الشمس وقت، ومن طلوعها إلى ارتفاعها وقت، وحال قيامها وقت، ومن العصر إلى شروع الشمس في الغروب وقت، وإلى تكامل الغروب وقت.

والصحيح أن الوقت الخامس من حين تتضيف الشمس للغروب إلى أن تغرب؛ لأن عقبة بن عامر قال: ثلاث ساعات كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ينهانا أن نصلي فيهن، وأن نقبر فيهن موتانا؛ حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع، وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل، وحين تتضيف الشمس للغروب حتى تغرب. فجعل هذه ثلاثة أوقات، وقد ثبت لنا وقتان آخران بحديث عمر وأبي سعيد، فيكون الجميع خمسة. ومن جعل الخامس وقت الغروب، فلأن النبي - صلى الله عليه وسلم - خصه بالنهي في حديث ابن عمر، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا بدا حاجب الشمس فأخروا الصلاة حتى تبرز، وإذا غاب حاجب الشمس فأخروا الصلاة حتى تغيب» . وفي حديث: «ولا تتحروا بصلاتكم طلوع الشمس ولا غروبها» . وعلى كل حال فهذه الأوقات المذكورة منهي عن الصلاة فيها، وهو قول الشافعي، وأصحاب الرأي. وقال ابن المنذر: إنما المنهي عنه الأوقات الثلاثة التي في حديث عقبة؛ بدليل تخصيصها بالنهي في حديثه وحديث." (١)

"ابن عمر.

وقوله: «لا تصلوا بعد العصر إلا أن تصلوا والشمس مرتفعة» . رواه أبو داود. وقالت عائشة: وهم عمر إنما نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يتحرى طلوع الشمس أو غروبها. **ولنا** ما ذكرنا من الأحاديث في أول الباب، وهي صحيحة صريحة، والتخصيص في بعض الأحاديث لا يعارض العموم الموافق له، بل يدل على تأكد الحكم فيما خصه، وقول عائشة في رد خبر عمر غير مقبول، فإنه مثبت لروايته عن النبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨٥

- صلى الله عليه وسلم - وهي تقول برأيها، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - أصح من قولها، ثم هي قد روت ذلك أيضا، فروى ذكوان مولى عائشة، أنها حدثته، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يصلي بعد العصر، وينهى عنه» . رواه أبو داود، فكيف يقبل ردها لما قد أقرت بصحته، وقد رواه أبو سعيد، وعمرو بن عبسة، وأبو هريرة، وابن عمر، والصنابحي، وأم سلمة، كنحو رواية عمر، فلا يترك هذا بمجرد رأي مختلف متناقض.

(١٠٢٧) فصل: والنهي عن الصلاة بعد العصر متعلق بفعل الصلاة، فمن لم يصل أبيح له التنفل، وإن صلى غيره. ومن صلى العصر فليس له التنفل وإن لم يصل أحد سواه. لا نعلم في هذا خلافا عند من يمنع الصلاة بعد العصر. فأما النهي بعد الفجر فيتعلق بطلوع الفجر، وبهذا قال سعيد بن المسيب، والعلاء بن زياد، وحميد بن عبد الرحمن، وأصحاب الرأي. وقال النخعي: كانوا يكرهون ذلك. يعني التطوع بعد طلوع الفجر. ورويت كراهته عن عبد الله بن عمر، وعبد الله بن عمرو.

وعن أحمد رواية أخرى، أن النهي متعلق بفعل الصلاة أيضا كالعصر. وروي نحو ذلك عن الحسن، والشافعي؛ لما روى أبو سعيد، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا صلاة بعد صلاة العصر حتى تغرب الشمس، ولا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس» . رواه مسلم، وروى أبو داود حديث عمر بهذا اللفظ. وفي حديث عمرو بن عبسة قال: «صل صلاة الصبح ثم أقصر عن الصلاة، كذا» رواه مسلم. وفي رواية أبي داود قال: «قلت يا رسول الله، أي الليل أسمع؟ قال: جوف الليل الآخر، فصل ما شئت، فإن الصلاة مكتوبة مشهودة حتى تصلي الصبح، ثم أقصر حتى تطلع الشمس، فترتفع قدر رمح أو رمحين» . ولأن لفظ النبي - صلى الله عليه وسلم - في العصر علق على الصلاة دون وقتها، فكذلك الفجر، ولأنه وقت نهي بعد صلاة، فيتعلق بفعلها، كبعد العصر. والمشهور في المذهب الأول؛ لما روى «يسار مولى ابن عمر، قال: رآني ابن عمر وأنا أصلي بعد طلوع الفجر فقال: يا يسار، إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خرج علينا ونحن نصلي هذه الصلاة، فقال: ليبلغ شاهدكم غائبكم، لا تصلوا بعد الفجر إلا سجدتين» . رواه أبو داود، وفي لفظ:." (١)

"مسلم. وقول علي، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا صلاة بعد العصر إلا والشمس مرتفعة» . **ولنا**، الأحاديث المذكورة في أول الباب، وهي صحيحة صريحة، وروى أبو بصرة، قال: «صلى بنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلاة العصر بالمخمص، فقال: إن هذه الصلاة عرضت على من كان قبلكم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨٦

فضيعوها، فمن حافظ عليها كان له أجره مرتين، ولا صلاة بعدها حتى يطلع الشاهد» . رواه مسلم. وهذا خاص في محل النزاع.

وأما حديث عائشة؛ فقد روى عنها ذكوان مولاها، أنها حدثته، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يصلي بعد العصر وينهى عنها» . رواه أبو داود. وروى أبو سلمة، أنه سأل عائشة عن السجدتين اللتين كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يصليهما بعد العصر، فقالت: كان يصليهما قبل العصر، ثم إنه شغل عنهما، أو نسيهما، فصلاهما بعد العصر، ثم أثبتهما وكان إذا صلى صلاة أثبتها. وعن أم سلمة قالت: «سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ينهى عنهما، ثم رأيته يصليهما، وقال: يا بنت أبي أمية، إنه أتاني ناس من عبد القيس بالإسلام من قومهم، فشغلوني عن الركعتين اللتين بعد الظهر، فهما هاتان» . رواهما مسلم.

وهذا يدل على أن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما فعله لسبب، وهو قضاء ما فاته من السنة، وأنه نهى عن الصلاة بعد العصر، كما رواه غيرهما، وحديث عائشة يدل على اختصاص النبي – صلى الله عليه وسلم – بذلك، ونهيه غيره، وهذا حجة على من خالف ذلك، فإن النزاع إنما هو في غير النبي – صلى الله عليه وسلم – وقد ثبت ذلك من غير معارض له.

(١٠٢٩) فصل: فأما التطوع لسبب غير ما ذكره الخرقي، فالمنصوص عن أحمد، – رحمه الله –، في الوتر أنه يفعله قبل صلاة الفجر. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل: أيوتر الرجل بعدما يطلع الفجر؟ قال: نعم. وروي ذلك عن ابن مسعود، وابن عمر، وابن عباس، وحذيفة، وأبي الدرداء، وعبادة بن الصامت، وفضالة بن عبيد، وعائشة، وعبد الله بن عامر بن ربيعة، وعمرو بن شرحبيل، وقال أيوب السختياني وحميد الطويل: إن أكثر وترنا لبعد طلوع الفجر.

وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي. وروي عن علي – رضي الله عنه – أنه خرج بعد طلوع الفجر، فقال: لنعم ساعة الوتر هذه. وروي عن عاصم، قال: جاء ناس إلى أبي موسى، فسألوه عن رجل لم يوتر حتى أذن المؤذن؟ قال: لا وتر له، فأتوا عليا فسألوه فقال: أغرق في النزع، الوتر ما بينه وبين الصلاة. وأنكر ذلك عطاء، والنخعي، وسعيد بن جبير، وهو قول أبي موسى على ما حكينا، واحتجوا بعموم النهي.

ولنا، ما روى أبو بصرة الغفاري، قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «إن الله زادكم صلاة فصلوها ما بين العشاء إلى صلاة الصبح، الوتر الوتر» . رواه الأثرم، واحتج به أحمد، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، وأحاديث النهي الصحيحة ليست صريحة في النهي قبل صلاة الفجر، على ما قدمناه،

إنما فيه حديث ابن عمر وهو غريب، وقد روى أبو هريرة قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «من نام عن الوتر أو نسيه، فليصله إذا أصبح أو ذكر» . رواه ابن ماجه. وهذا صريح في محل النزاع.

إذا ثبت هذا، فإنه لا ينبغي لأحد أن يتعمد ترك الوتر حتى يصبح؛ لهذا الخبر، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «فإذا خشي أحدكم الصبح فليصل ركعة توتر له ما قد صلى» . متفق عليه. وهكذا قال مالك. وقال: من فاتته صلاة الليل فله أن يصلي بعد الصبح قبل أن يصلي الصبح،." (١)

"[فصل قضاء السنن في سائر أوقات النهي]

(١٠٣٢) فصل: فأما قضاء السنن في سائر أوقات النهي، وفعل غيرها من الصلوات التي لها سبب، كتحية المسجد، وصلاة الكسوف، وسجود التلاوة، فالمشهور في المذهب أنه لا يجوز. ذكره الخرقي في سجود التلاوة وصلاة الكسوف. وقال القاضي: في ذلك روايتان؛ أصحهما أنه لا يجوز. وهو قول أصحاب الرأي؛ لعموم النهي. والثانية: يجوز. وهو قول الشافعي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين» . متفق عليه. وقال في الكسوف: «فإذا رأيتموهما فصلوا» . وهذا خاص في هذه الصلاة، فيقدم على النهي العام في الصلاة كلها، ولأنها صلاة ذات سبب، فأشبهت ما ثبت جوازه.

ولنا، أن النهي للتحريم، والأمر للندب، وترك المحرم أولى من فعل المندوب. وقولهم: إن الأمر خاص في الصلاة. قلنا: ولكنه عام في الوقت، والنهي خاص فيه، فيقدم، ولا يصح القياس على القضاء بعد العصر؛ لأن حكم النهي فيه أخف، لما ذكرنا، ولا على قضاء الوتر بعد طلوع الفجر لذلك، ولأنه وقت له، بدليل حديث أبي بصرة، ولا على صلاة الجنازة لأنها فرض كفاية، ويخاف على الميت، ولا على ركعتي الطواف، لأنهما تابعتان لما لا يمنع منه النهي، مع أننا قد ذكرنا أن الصحيح أنه لا يصلى على الجنازة في الأوقات الثلاثة التي في حديث عقبة بن عامر. وكذلك لا ينبغي أن يركع للطواف فيها، ولا يعيد فيها جماعة. وإذا منعت هذه الصلوات المتأكدة فيها فغيرها أولى بالمنع، والله أعلم.

(١٠٣٣) فصل: ولا فرق بين مكة وغيرها في المنع من التطوع في أوقات النهي. وقال الشافعي: لا يمنع فيها، لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى في أي ساعة شاء من ليل أو نهار» . وعن أبي ذر، قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «لا يصلين أحد بعد الصبح إلى طلوع الشمس، ولا بعد العصر إلى أن تغرب الشمس، إلا بمكة يقول: قال ذلك ثلاثا»

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٨٨

. رواه الدارقطني. **ولنا** عموم النهي، وأنه معنى يمنع الصلاة، فاستوت فيه مكة وغيرها، كالحيض، وحديثهم أراد به ركعتي الطواف، فيختص بهما، وحديث أبي ذر ضعيف، يرويه عبد الله بن المؤمل، وهو ضعيف، قاله يحيى بن معين.

(١٠٣٤) فصل: ولا فرق في وقت الزوال بين الجمعة وغيرها، ولا بين الشتاء والصيف، كان عمر بن الخطاب ينهى." (١)

"عنه، وقال ابن مسعود: «كنا ننهى عن ذلك. يعني يوم الجمعة» . وقال سعيد المقبري: أدركت الناس وهم يتقون ذلك. وعن عمرو بن سعيد بن العاص، عن أبيه قال: كنت ألقى أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فإذا زالت الشمس قاموا فصلوا أربعا. ورخص فيه الحسن، وطاوس، والأوزاعي، وسعيد بن عبد العزيز، والشافعي، وإسحاق في يوم الجمعة؛ لما روى أبو سعيد، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن الصلاة نصف النهار إلا يوم الجمعة» . وعن أبي قتادة مثله، رواه أبو داود. ولأن الناس ينتظرون الجمعة في هذا الوقت، وليس عليهم قطع النوافل.

وقال مالك: أكرهه إذا علمت انتصاف النهار، وإذا كنت في موضع لا أعلمه، ولا أستطيع أن أنظر، فإني أراه واسعا. وأباحه فيها عطاء في الشتاء دون الصيف؛ لأن شدة الحر من فيح جهنم، وذلك الوقت حين تسجر جهنم. **ولنا**، عموم الأحاديث في النهي.

وذكر لأحمد الرخصة في الصلاة نصف النهار يوم الجمعة، قال: فيه حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - من ثلاثة وجوه: حديث عمرو بن عبسة، وحديث عقبة بن عامر، وحديث الصنابحي، رواه الأثرم، عن عبد الله الصنابحي، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن الشمس تطلع ومعها قرن الشيطان، فإذا ارتفعت فارقها، ثم إذا استوت قارنها، فإذا زالت فارقها، فإذا دنت للغروب قارنها، فإذا غربت فارقها» . ونهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن الصلاة في تلك الساعات. ولأنه وقت نهي، فاستوى فيه يوم الجمعة وغيره، كسائر الأوقات، وحديثهم ضعيف، في إسناده ليث بن أبي سليم، وهو ضعيف، وهو مرسل؛ لأن أبا الخليل يرويه عن أبي قتادة، ولم يسمع منه.

وقولهم: إنهم ينتظرون الجمعة. قلنا: إذا علم وقت النهي فليس له أن يصلي، فإن شك فله أن يصلي حتى يعلم؛ لأن الأصل الإباحة، فلا تزول بالشك. والله أعلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٩٠

[مسألة صلاة التطوع مثنى مثنى]

(١٠٣٥) مسألة: ق ا ل: (وصلاة التطوع مثنى مثنى) يعني يسلم من كل ركعتين، والتطوع قسمان؛ تطوع ليل، وتطوع نهار، فأما تطوع الليل فلا يجوز إلا مثنى مثنى. هذا قول أكثر أهل العلم، وبه قال أبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: إن شئت ركعتين، وإن شئت أربعا، وإن شئت ستا، وإن شئت ثمانيا. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صلاة الليل مثنى مثنى» متفق عليه. وعن عائشة قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «مفتاح الصلاة الطهور، وبين كل ركعتين تسليمة» . رواه الأثرم.

[مسألة إن تطوع بأربع في النهار فلا بأس]

(١٠٣٦) مسألة: قال: (وإن تطوع بأربع في النهار فلا بأس) الأفضل في تطوع النهار: أن يكون مثنى مثنى. لما روى علي بن عبد الله البارقي، عن ابن عمر." (١)

"عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «صلاة الليل والنهار مثنى مثنى» . رواه أبو داود، والأثرم. ولأنه أبعد عن السهو، وأشبه بصلاة الليل، وتطوعات النبي - صلى الله عليه وسلم - فإن الصحيح في تطوعاته ركعتان. وذهب الحسن، وسعيد بن جبير، ومالك، والشافعي، وحماد بن أبي سليمان إلى أن تطوع الليل والنهار مثنى مثنى لذلك.

والصحيح أنه إن تطوع في النهار بأربع فلا بأس، فعل ذلك ابن عمر، وكان إسحاق يقول: صلاة النهار أختار أربعا، وإن صلى ركعتين جاز. ويشبهه قول الأوزاعي، وأصحاب الرأي؛ لما روي عن أبي أيوب، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «أربع قبل الظهر لا تسليم فيهن تفتح لهن أبواب السماء» . رواه أبو داود. ولأن مفهوم قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صلاة الليل مثنى مثنى» أن صلاة النهار رباعية. **ولنا** على أن الأفضل مثنى، ما تقدم، وحديث أبي أيوب يرويه عبيد الله بن معتب، وهو ضعيف، ومفهوم الحديث المتفق عليه يدل على جواز الأربع لا على تفضيلها، وأما حديث البارقي فإنه تفرد بزيادة لفظة " النهار " من بين سائر الرواة، وقد رواه عن ابن عمر نحو من خمسة عشر نفسا، لم يقل ذلك أحد سواه، وكان ابن عمر يصلي أربعا، فيدل ذلك على ضعف روايته، أو على أن المراد بذلك الفضيلة، مع جواز غيره. والله أعلم.

(١٠٣٧) فصل: قال بعض أصحابنا: ولا يزاد في الليل على اثنتين، ولا في النهار على أربع، ولا يصح

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٩١

التطوع بركعة ولا بثلاث. وهذا ظاهر كلام الخرقي. وقال القاضي: لو صلى ستا في ليل أو نهار، كره وصح. وقال أبو الخطاب: في صحة التطوع بركعة روايتان؛ إحداهما، يجوز؛ لما روى سعيد، قال: حدثنا جرير، عن قابوس، عن أبيه، قال: دخل عمر المسجد فصلى ركعة، ثم خرج فتبعه رجل، فقال: يا أمير المؤمنين، إنما صليت ركعة. قال: هو تطوع، فمن شاء زاد، ومن شاء نقص. **ولنا**، أن هذا خلاف قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «صلاة الليل مثنى مثنى» . ولأنه لم يرد الشرع بمثله، والأحكام إنما تتلقى من الشارع، إما من نصه، أو معنى نصه، وليس هاهنا شيء من ذلك.

[فصل التطوعات قسمان]

فصل: والتطوعات قسمان؛ أحدهما، ما تسن له الجماعة، وهو صلاة الكسوف والاستسقاء والتراويح، ونذكرها، إن شاء الله، في مواضعها.." (١)

"والثاني، ما يفعل على الانفراد، وهي قسمان؛ سنة معينة، ونافلة مطلقة، فأما المعينة فتتنوع أنواعا؛ منها السنن الرواتب مع الفرائض، وهي عشر ركعات: ركعتان قبل الظهر، وركعتان بعدها، وركعتان بعد المغرب، وركعتان بعد العشاء، وركعتان قبل الفجر. وقال أبو الخطاب: وأربع قبل العصر؛ لما روى ابن عمر قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا» . رواه أبو داود وقال الشافعي: قبل الظهر أربع

؛ لما روى عبد الله بن شقيق، قال: «سألت عائشة عن صلاة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -؟ فقالت: كان يصلي في بيته قبل الظهر أربعا، ثم يخرج فيصلي بالناس، ثم يدخل فيصلي ركعتين، وكان يصلي بالناس المغرب، ثم يدخل فيصلي ركعتين، ثم يصلي بالناس العشاء ويدخل بيتي، فيصلي ركعتين» . رواه مسلم. **ولنا**، ما روى ابن عمر، قال: «حفظت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عشر ركعات؛ ركعتين قبل الظهر، وركعتين بعدها، وركعتين بعد المغرب في بيته، وركعتين بعد العشاء في بيته، وركعتين قبل الصبح، كانت ساعة لا يدخل على النبي - صلى الله عليه وسلم - فيها، حدثتني حفصة، أنه كان إذا أذن المؤذن وطلع الفجر صلى ركعتين» . متفق عليه. ولمسلم: وبعد الجمعة سجدتين. ولم يذكر ركعتين قبل الصبح. وروى الترمذي عن عائشة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مثل ذلك. وقال: هو حديث صحيح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٩٢

وقوله: «رحم الله امرأ صلى قبل العصر أربعا» . ترغيب فيها، ولم يجعلها من السنن الرواتب، بدليل أن ابن عمر راويه، ولم يحفظها عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وحديث عائشة قد اختلف فيه، فروي عنها مثل رواية ابن عمر.

[فصل الركعتين قبل الفجر]

(١٠٣٩) فصل: وآكد هذه الركعات ركعتا الفجر، قالت عائشة - رضي الله عنها -: «إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يكن على شيء من النوافل أشد معاهدة منه على ركعتي الفجر» . متفق عليه. وفي لفظ: «ما رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في شيء من النوافل أسرع منه إلى الركعتين قبل الفجر» . أخرجه مسلم. وقال: «ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها. وفي لفظ: أحب إلي من الدنيا وما فيها» . رواه مسلم. وعن أبي هريرة: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «صلوهما ولو طردتكم الخيل» . رواه أبو داود. ويستحب تخفيفهما، فإن عائشة قالت: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي ركعتي الفجر فيخفف، حتى إني لأقول: هل قرأ فيهما بأم الكتاب؟» . متفق عليه.

ويستحب أن يقرأ فيهما ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون: ١] ، و ﴿قل هو الله أحد﴾ [الإخلاص: ١] لما روى أبو هريرة،." (١)

"«أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قرأ في ركعتي الفجر ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون: ١] و ﴿قل هو الله أحد﴾ [الإخلاص: ١] » . رواه مسلم. وقال ابن عمر: «رمقت النبي - صلى الله عليه وسلم - شهرا، فكان يقرأ في الركعتين قبل الفجر ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون: ١] و ﴿قل هو الله أحد﴾ [الإخلاص: ١] » . قال الترمذي: هذا حديث حسن. وعن ابن عباس، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقرأ في ركعتي الفجر ﴿قولوا آمنا بالله وما أنزل إلينا﴾ [البقرة: ١٣٦] الآية التي في البقرة، وفي الآخرة منهما ﴿آمنا بالله واشهد بأنا مسلمون﴾ [آل عمران: ٥٢] » . رواه مسلم.

[فصل يستحب أن يضطجع بعد ركعتي الفجر على جنبه الأيمن]

(١٠٤٠) فصل: ويستحب أن يضطجع بعد ركعتي الفجر على جنبه الأيمن، وكان أبو موسى ورافع بن خديج، وأنس بن مالك يفعلونه، وأنكره ابن مسعود، وكان القاسم، وسالم، ونافع لا يفعلونه. واختلف فيه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٩٣

عن ابن عمر. وروي عن أحمد: أنه ليس بسنة؛ لأن ابن مسعود أنكره. **ولنا**، ما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إذا صلى أحدكم ركعتي الفجر، فليضطجع» . قال الترمذي: هذا حديث حسن. رواه البزار في مسنده وقال: «على شقه الأيمن»

وعن عائشة قالت: «كان النبي – صلى الله عليه وسلم – إذا صلى ركعتي الفجر اضطجع على شقه الأيمن» . متفق عليه. وهذا لفظ رواية البخاري، واتباع النبي – صلى الله عليه وسلم – في قوله وفعله أولى من اتباع من خالفه كائنا من كان.

[فصل يقرأ في الركعتين بعد المغرب]

(١٠٤١) فصل: ويقرأ في الركعتين بعد المغرب ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون: ١] و ﴿قل هو الله أحد﴾ [الإخلاص: ١] ؛ لما روى «ابن مسعود، قال: ما أحصي ما سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقرأ في الركعتين بعد المغرب، وفي الركعتين قبل الفجر قل يا أيها الكافرون و ﴿قل هو الله أحد﴾ [الإخلاص: ١] » . أخرجه الترمذي، وابن ماجه.

[فعل السنن في البيت]

ويستحب فعل السنن في البيت؛ لما ذكرنا من حديث ابن عمر: «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يصلي ركعتي الفجر والمغرب والعشاء في بيته» ، وقال أبو داود: ما رأيت أحمد ركعهما، يعني ركعتي الفجر، في المسجد قط، إنما كان يخرج فيقعد في المسجد حتى تقام الصلاة. وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله سئل عن الركعتين بعد الظهر أين يصليان؟ قال: في المسجد، ثم قال: أما الركعتان قبل الفجر ففي بيته، وبعد المغرب في بيته. ثم قال: ليس هاهنا شيء آكد من الركعتين بعد المغرب. وذكر حديث ابن إسحاق: «صلوا هاتين الركعتين في بيوتكم» . قيل لأحمد: فإن كان منزل الرجل بعيدا؟ قال: لا أدري.

وذلك لما روى سعد بن إسحاق، عن أبيه، عن جده، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أتاهم في مسجد بني." (١)

"[مسألة يباح أن يتطوع جالسا]

(١٠٦١) مسألة: قال: (ويباح أن يتطوع جالسا) لا نعلم خلافا في إباحة التطوع جالسا، وأنه في القيام

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٩٤

أفضل، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من صلى قائما فهو أفضل، ومن صلى قاعدا فله نصف أجر القائم» . متفق عليه. وفي لفظ مسلم: «صلاة الرجل قاعدا نصف الصلاة» . وقالت عائشة: «إن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يمت حتى كان كثير من صلاته وهو جالس» . وروي نحو ذلك عن حفصة، وعبد الله بن عمرو، وجابر بن سمرة، أخرجهن مسلم. ولأن كثيرا من الناس يشق عليه طول القيام، فلو وجب في التطوع لترك أكثره، فسامح الشارع في ترك القيام فيه ترغيبا في تكثيره، كما سامح في فعله على الراحلة في السفر، وسامح في نية صوم التطوع من النهار.

[مسألة يستحب للمتطوع جالسا أن يكون في حال القيام متربعا]

(١٠٦٢) مسألة: قال: (ويكون في حال القيام متربعا، ويثني رجليه في الركوع والسجود) وجملته أنه يستحب للمتطوع جالسا أن يكون في حال القيام متربعا، روي ذلك عن ابن عمر، وأنس، وابن سيرين، ومجاهد، وسعيد بن جبير، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق. وعن أبي حنيفة كقولنا. وعنه يجلس كيف شاء. وروي عن ابن المسيب، وعروة، وابن عمر: يجلس كيف شاء؛ لأن القيام سقط، فسقطت هيئته. وروي عن ابن المسيب، وعروة، وابن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، وعطاء الخراساني، أنهم كانوا يحتبون في التطوع. واختلف فيه عن عطاء، والنخعي. ولنا، أن القيام يخالف القعود فينبغي أن تخالف هيئته في بدله هيئة غيره، كمخالفة القيام غيره، وهو مع هذا أبعد من السهو والاشتباه، وليس إذا سقط القيام لمشقته يلزم سقوط ما لا مشقة فيه، كمن سقط عنه الركوع والسجود، لا يلزم سقوط الإيماء بهما. وهذا الذي ذكرنا من صفة الجلوس مستحب غير واجب، إذ لم يرد بإيجابه دليل. فأما قوله: «ويثني رجليه في الركوع والسجود» . فقد روي عن أنس. قال أحمد: يروى عن أنس، أنه صلى متربعا، فلما ركع ثنى رجله. وهذا قول الثوري. وحكى ابن المنذر، عن أحمد، وإسحاق، أنه لا يثني رجليه إلا في السجود خاصة، ويكون في الركوع على هيئة القيام. وذكره أبو الخطاب. وهو قول أبي يوسف ومحمد، وهو أقيس؛ لأن هيئة الراكع في رجليه هيئة القائم، فينبغي أن يكون على هيئته، وهذا أصح في النظر إلا أن أحمد ذهب إلى فعل أنس، وأخذ به.." (١)

"(١٠٦٣) فصل: وهو مخير في الركوع والسجود، إن شاء من قيام، وإن شاء من قعود؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعل الأمرين» .

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٥/٢

«قالت عائشة: لم أر رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يصلي صلاة الليل قاعدا قط، حتى أسن، فكان يقرأ قاعدا، حتى إذا أراد أن يركع، قام فقرأ نحوا من ثلاثين آية، أو أربعين آية، ثم ركع» . متفق عليه. وعنها، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يصلي ليلا طويلا قائما، وليلا طويلا قاعدا، وكان إذا قرأ وهو قائم ركع وسجد وهو قائم، وإذا قرأ وهو قاعد ركع وسجد وهو قاعد» . رواه مسلم. قال الترمذي: كلا الحديثين صحيح، قال: وقال أحمد وإسحاق: والعمل على كلا الحديثين.

(١٠٦٤) مسألة: قال: (والمريض إذا كان القيام يزيد في مرضه صلى قاعدا)
أجمع أهل العلم على أن من لا يطيق القيام، له أن يصلي جالسا. وقد «قال النبي – صلى الله عليه وسلم – لعمران بن حصين: صل قائما، فإن لم تستطع فقاعدا، فإن لم تستطع فعلى جنب» . رواه البخاري، وأبو داود، والنسائي، وزاد: «فإن لم تستطع فمستلقيا، ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة: ٢٨٦] » . وروى أنس قال: «سقط رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن فرس، فخدش أو جحش شقه الأيمن، فدخلنا عليه نعوده. فحضرت الصلاة، فصلى قاعدا، وصلينا خلفه قعودا» . متفق عليه. وإن أمكنه القيام، إلا أنه يخشى زيادة مرضه به، أو تباطؤ برئه، أو يشق عليه مشقة شديدة، فله أن يصلي قاعدا. ونحو هذا قال مالك وإسحاق.

وقال ميمون بن مهران: إذا لم يستطع أن يقوم لدنياه، فليصل جالسا. وحكي عن أحمد نحو ذلك. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] . وتكليف القيام في هذه الحال حرج، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلى جالسا لما جحش شقه الأيمن، والظاهر أنه لم يكن يعجز عن القيام بالكلية؛ لكن لما شق عليه القيام سقط عنه، فكذلك تسقط عن غيره. وإذا صلى قاعدا فإنه يكون جلوسه على صفة جلوس المتطوع، جالسا على ما ذكرنا.

[فصل إن قدر على القيام للصلاة بأن يتكئ على عصى أو يستند إلى حائط]
(١٠٦٥) فصل: وإن قدر على القيام، بأن يتكئ على عصى، أو يستند إلى حائط، أو يعتمد على أحد جانبيه، لزمه؛ لأنه قادر على القيام من غير ضرر، فلزمه، كما لو قدر بغير هذه الأشياء.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٠٦

"[فصل إن قدر على القيام إلا أنه يكون على هيئة الراكع]

(١٠٦٦) فصل: وإن قدر على القيام، إلا أنه يكون على هيئة الراكع كالأحدب، أو من هو في بيت قصير السقف، لا يمكنه الخروج منه، أو في سفينة، أو خائف لا يأمن أن يعلم به إذا رفع رأسه، فإنه إن كان ذلك لحدب أو كبر، لزمه قيام مثله، وإن كان لغير ذلك، احتمل أن يلزمه القيام، قياسا على الأحدب، واحتمل أن لا يلزمه، فإن أحمد - رحمه الله -، قال في الذي في السفينة لا يقدر على أن يستتم قائما، لقصر سماء السفينة: يصلي قاعدا، إلا أن يكون شيئا يسيرا. فيقاس عليه سائر ما في معناه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صل قائما، فإن لم تستطع فقاعدا» وهذا لم يستطع القيام.

[فصل قدر على القيام وعجز عن الركوع أو السجود]

(١٠٦٧) فصل: ومن قدر على القيام، وعجز عن الركوع أو السجود، لم يسقط عنه القيام، ويصلي قائما، فيومئ بالركوع، ثم يجلس فيومئ بالسجود. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يسقط القيام. ولأنها صلاة لا ركوع فيها ولا سجود، فسقط فيها القيام كصلاة النافلة على الراحلة. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿وقوموا لله قانتين﴾ [البقرة: ٢٣٨] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صل قائما» . ولأن القيام ركن قدر عليه، فلزمه الإتيان به، كالقراءة، والعجز عن غيره لا يقتضي سقوطه، كما لو عجز عن القراءة، وقياسهم فاسد لوجوه: أحدها، أن الصلاة على الراحلة لا يسقط فيها الركوع. والثاني، أن النافلة لا يجب فيها القيام، فما سقط على الراحلة لسقوط الركوع والسجود. والثالث: أنه منقوض بصلاة الجنازة.

[فصل قدر المريض على الصلاة وحده قائما ولا يقدر على ذلك مع الإمام]

(١٠٦٨) فصل: وإن قدر المريض على الصلاة وحده قائما، ولا يقدر على ذلك مع الإمام لتطويله، يحتمل أن يلزمه القيام ويصلي وحده؛ لأن القيام آكد لكونه ركنا في الصلاة لا تتم إلا به، والجماعة تصح الصلاة بدونها، واحتمل أنه مخير بين الأمرين، لأننا أبحنا له ترك القيام المقدور عليه، مع إمام الحي العاجز عن القيام، مراعاة للجماعة، فهاهنا أولى، ولأن العجز يتضاعف بالجماعة أكثر من تضاعفه بالقيام، بدليل أن «صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم» . و «صلاة الجماعة تفضل على صلاة الرجل وحده سبعا وعشرين درجة» . وهذا أحسن، وهو مذهب الشافعي.

[مسألة عجز عن الصلاة قاعدا]

(١٠٦٩) مسألة: قال: (فإن لم يطق جالسا فنائما) يعني مضطجعا، سماه نائما لأنه في هيئة النائم، وقد جاء مثل هذه التسمية عن النبي - صلى الله عليه وسلم -." (١)

"ثابتا. وحكي عن أبي حنيفة أن الصلاة تسقط عنه. وذكر القاضي أن هذا ظاهر كلام أحمد في رواية محمد بن يزيد؛ لما روي عن أبي سعيد الخدري أنه قيل له في مرضه: الصلاة. فقال: قد كفاني، إنما العمل في الصحة

ولأن الصلاة أفعال عجز عنها بالكلية، فسقطت عنه؛ لقول الله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة: ٢٨٦] . ولنا ما ذكرناه من حديث عمران، وأنه مسلم بالغ عاقل، فلزمته الصلاة، كالقادر على الإيماء برأسه، ولأنه قادر على الإيماء، أشبه الأصل.

[فصل إذا صلى جالسا فسجد سجدة وأومأ بالثانية]

(١٠٧٣) فصل: إذا صلى جالسا، فسجد سجدة، وأومأ بالثانية، مع إمكان السجود، جاهلا بتحريم ذلك، وفعل مثل ذلك في الثانية، ثم علم قبل سلامه، سجد سجدة تتم له الركعة الثانية، وأتى بركعة، كما لو ترك السجود نسيانا. وذكر القاضي أنه تتم له الركعة الأولى بسجدة الثانية. وهذا مذهب الشافعي، وليس هذا مقتضى مذهبنا؛ فإنه متى شرع في قراءة الثانية قبل إتمام الأولى، بطلت الأولى، وصارت الثانية أولاه، وقد مضى هذا في سجود السهو.

[فصل قدر المريض في أثناء الصلاة على ما كان عاجزا عنه]

(١٠٧٤) فصل: ومتى قدر المريض في أثناء الصلاة، على ما كان عاجزا عنه، من قيام، أو قعود، أو ركوع، أو سجود، أو إيماء، انتقل إليه، وبنى على ما مضى من صلاته. وهكذا لو كان قادرا، فعجز في أثناء الصلاة، أتم صلاته على حسب حاله؛ لأن ما مضى من الصلاة كان صحيحا، فيبني عليه، كما لو لم يتغير حاله.

[مسألة الوتر ركعة]

(١٠٧٥) مسألة: قال: (والوتر ركعة) نص على هذا أحمد - رحمه الله -. فقال: إنا نذهب في الوتر إلى

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٧/٢

ركعة، وممن روي عنه ذلك: عثمان بن عفان، وسعد بن أبي وقاص، وزيد بن ثابت، وابن عباس، وابن عمر، وابن الزبير، وأبو موسى، ومعاوية، وعائشة، - رضي الله عنهم -، وفعل ذلك معاذ القارئ، ومعه رجال من أصحاب رسول اللہ - صلى الله عليه وسلم - لا ينكر ذلك منهم أحد، وقال ابن عمر: الوتر ركعة، كان ذلك وتر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبي بكر، وعمر. وبهذا قال سعيد بن المسيب، وعطاء، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. وقال هؤلاء: يصلي ركعتين ثم يسلم، ثم يوتر بركعة.
وقد روي عن ابن عمر، وابن عباس، أن النبي." (١)

"ليلة، ولا يقنت إلا في النصف الثاني. رواه أبو داود، وهذا كالإجماع. وقال قتادة: يقنت في السنة كلها إلا في النصف الأول من رمضان؛ لهذا الخبر، وعن ابن عمر أنه لا يقنت إلا في النصف الأخير من رمضان. وعنه لا يقنت في صلاة بحال. والرواية الأولى هي المختارة عند أكثر الأصحاب. وقد قال أحمد، في رواية المروذي: كنت أذهب إلى أنه في النصف من شهر رمضان، ثم إني قنت، هو دعاء وخير.
ووجهه ما روي عن أبي، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يوتر، فيقنت قبل الركوع» . وعن علي - رضي الله عنه - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يقول في آخر وتره: «اللهم إني أعوذ برضاك من سخطك، وأعوذ بمعافاتك من عقوبتك، وأعوذ بك منك، لا أحصي ثناء عليك، أنت كما أثنيت على نفسك» . وكان للدوام، وفعل أبي يدل على أنه رآه. ولا ينكر اختلاف الصحابة في هذا، ولأنه وتر، فيشرع فيه القنوت، كالنصف الآخر، ولأنه ذكر يشرع في الوتر، فيشرع في جميع السنة، كسائر الأذكار.

[فصل القنوت بعد الركوع]
(١٠٧٨) فصل: ويقنت بعد الركوع. نص عليه أحمد. وروي نحو ذلك عن أبي بكر الصديق، وعمر، وعثمان، وعلي، وأبي قلابة، وأبي المتوكل، وأيوب السختياني. وبه قال الشافعي. وروي عن أحمد أنه قال: أنا أذهب إلى أنه بعد الركوع، فإن قنت قبله، فلا بأس. ونحو هذا قال أيوب السختياني؛ لما روى حميد، قال: سئل أنس عن القنوت في صلاة الصبح، فقال: كنا نقنت قبل الركوع وبعده، رواه ابن ماجه.
وقال مالك، وأبو حنيفة: يقنت قبل الركوع. وروي ذلك عن أبي، وابن مسعود، وأبي موسى، والبراء، وابن عباس، وأنس، وعمر بن عبد العزيز، وعبيدة، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وحميد الطويل؛ لأن في حديث أبي: ويقنت قبل الركوع. وعن ابن مسعود، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قنت قبل الركوع» . **ولنا**،

(١) المغني لابن قدامة ٢/١١٠

ما روى أبو هريرة، وأنس، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قنت بعد الركوع» . رواه مسلم.
قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن هذه المسألة؟ فقال: أقنت بعد الركوع. وذكر حديث الزهري، عن سعيد، وأبي سلمة عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأنس عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وغير واحد قنت بعد الركوع. وحديث ابن مسعود يرويه أبان بن أبي عياش، وهو متروك الحديث. وحديث أبي قد تكلم فيه أيضا، وقيل ذكر القنوت فيه غير صحيح. والله أعلم.

[فصل الدعاء في قنوت الوتر]

(١٠٧٩) فصل: ويستحب أن يقول في قنوت الوتر ما روى «الحسن بن علي – رضي الله تعالى عنهما – ، قال: علمني رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كلمات أقولهن في الوتر: اللهم اهدني في من هديت، وعافني في من عافيت وتولني في من توليت، وبارك لي فيما أعطيت، وقني شر ما قضيت، إنك تقضي ولا يقضى عليك، وإنه لا يذل." [١]

"– صلى الله عليه وسلم – فانتهى وتره إلى السحر» . ومن كان له تهجد جعل الوتر بعد تهجده، لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يفعل ذلك. وقال: «اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا» مع ما ذكرنا من الأخبار. فإن خاف أن لا يقوم من آخر الليل، استحب أن يوتر أوله؛ لأن «النبي – صلى الله عليه وسلم – أوصى أبا هريرة وأبا ذر وأبا الدرداء بالوتر قبل النوم. وقال من خاف أن لا يقوم آخر الليل فليوتر من أوله» وهذه الأحاديث كلها صحاح، رواها مسلم، وغيره.
وروى أبو داود، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لأبي بكر: متى توتر؟ قال: أوتر من أول الليل. وقال لعمر: متى توتر؟ قال: آخر الليل. فقال لأبي بكر: أخذ هذا بالحزم وأخذ هذا بالقوة» وأي وقت أوتر من الليل، بعد العشاء أجزأه. لا نعلم فيه خلافا، وقد دلت الأخبار عليه.

[فصل أوتر من الليل ثم قام للتهجد]

(١٠٨٩) فصل: ومن أوتر من الليل، ثم قام للتهجد، فالمستحب أن يصلي مثنى مثنى، ولا ينقض وتره. روي ذلك عن أبي بكر الصديق، وعمار، وسعد بن أبي وقاص وعائذ بن عمرو، وابن عباس، وأبي هريرة، وعائشة. وكان علقمة لا يرى نقض الوتر. وبه قال طاوس، وأبو مجلز. وبه قال النخعي، ومالك، والأوزاعي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١١٢

وأبو ثور. وقيل لأحمد: ولا ترى نقض الوتر؟ فقال لا ثم قال: وإن ذهب إليه رجل فأرجو، لأنه قد فعله جماعة. ومروي. عن علي، وأسامة، وأبي هريرة، وعمر، وعثمان وسعد، وابن عمر، وابن عباس، وابن مسعود وهو قول إسحاق.

ومعناه أنه إذا قام للتهجد يصلي ركعة تشفع الوتر الأول، ثم يصلي مثنى مثنى، ثم يوتر في آخر التهجد. ولعلهم ذهبوا إلى قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا» . **ولنا**: ما روى قيس بن طلق، قال: «زارنا طلق بن علي في يوم من رمضان، فأمسى عندنا وأفطر، ثم قام بنا تلك الليلة، ثم انحدر إلى المسجد فصلى بأصحابه، حتى إذا بقي الوتر قدم رجلا، فقال: أوتر بأصحابك، فإني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: لا وتران في ليلة» . رواه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن وروي عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - قال: أما أنا فإني أنام على فراشي، فإن استيقظت صليت شفعا حتى الصباح. رواه الأثرم. وكان سعيد بن المسيب يفعله.

[فصل صلى مع الإمام وأحب متابعته في الوتر وأحب أن يوتر آخر الليل]

(١٠٩٠) فصل: فإن صلى مع الإمام، وأحب متابعته في الوتر، وأحب أن يوتر آخر الليل، فإنه إذا سلم الإمام لم يسلم معه، وقام فصلى ركعة أخرى يشفع بها صلاته مع الإمام. نص عليه. وقال: إن شاء أقام." (١)

"﴾ . أخرجه أبو داود. وحديثهم يدل على أن الجماعة غير مشترطة، ولا نزاع بيننا فيه، ولا يلزم من الوجوب الاشتراط، كواجبات الحج، والإحداد في العدة. (١١١٠) فصل: وليست الجماعة شرطا لصحة الصلاة نص عليه أحمد.

وخرج ابن عقيل وجها في اشتراطها، قياسا على سائر واجبات الصلاة. وهذا ليس بصحيح؛ بدليل الحديثين اللذين احتجوا بهما والإجماع، فإننا لا نعلم قائلا بوجوب الإعادة على من صلى وحده، إلا أنه روي عن جماعة من الصحابة، منهم ابن مسعود، وأبو موسى، أنهم قالوا: من سمع النداء وتخلف من غير عذر، فلا صلاة له.

[فصل تنعقد الجماعة باثنين فصاعدا]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٠/٢

(١١١١) فصل: وتنعقد الجماعة باثنين فصاعدا. لا نعلم فيه خلافا. وقد روى أبو موسى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الاثنان فما فوقهما جماعة» . رواه ابن ماجه. «وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لمالك بن الحويرث وصاحبه: إذا حضرت الصلاة فليؤذن أحدكما، وليؤمكما أكبركما» . وأم النبي - صلى الله عليه وسلم - حذيفة مرة، وابن مسعود مرة، وابن عباس مرة.

ولو أم الرجل عبده أو زوجته أدرك فضيلة الجماعة، وإن أم صبيا جاز في التطوع؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أم فيه ابن عباس وهو صبي. وإن أمه في الفرض، فقال أحمد: لا تنعقد به الجماعة؛ لأنه لا يصلح أن يكون إماما؛ لنقص حاله، فأشبه من لا تصح صلاته. وقال أبو الحسن الآمدي: فيه رواية أخرى، أنه يصح أن يكون إماما؛ لأنه متنفل، فجاز أن يكون مأموما بالمفترض، كالبالغ، ولذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم - في الرجل الذي فاتته الجماعة: «من يتصدق على هذا، فيصلي معه» .

[فصل فعل صلاة الجماعة في البيت والصحراء]

(١١١٢) فصل: ويجوز فعلها في البيت والصحراء، وقيل: فيه رواية أخرى: أن حضور المسجد واجب إذا كان قريبا منه؛ لأنه يروى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» . **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -:: «أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلي: جعلت لي الأرض." (١)

"وإن كان أحدهما يقوم بعمارة المسجد وتعاهده فهو أحق به، وكذلك إن رضي الجيران أحدهما دون الآخر، قدم بذلك. ولا يقدم بحسن الوجه؛ لأنه لا مدخل له في الإمامة، ولا أثر له فيها، وهذا كله تقديم استحباب، لا تقديم اشتراط، ولا إيجاب، لا نعلم فيه خلافا، فلو قدم المفضول كان ذلك جائزا؛ لأن الأمر بهذا أمر أدب واستحباب.

[مسألة صلى خلف من يعلن ببدعة أو يسكر]

(١١٢١) مسألة: قال: (ومن صلى خلف من يعلن ببدعة، أو يسكر، أعاد) . الإعلان الإظهار، وهو ضد الإسرار. فظاهر هذا أن من ائتم بمن يظهر بدعته، ويتكلم بها، ويدعو إليها، أو يناظر عليها، فعليه الإعادة. ومن لم يظهر بدعته، فلا إعادة على المؤتم به، وإن كان معتقدا لها. قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: الرافضة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/ ١٣١

الذين يتكلمون بما تعرف؟ فقال: نعم، آمره أن يعيد. قيل لأبي عبد الله: وهكذا أهل البدع كلهم؟ قال: لا، إن منهم من يسكت، ومنهم من يقف ولا يتكلم. وقال: لا تصل خلف أحد من أهل الأهواء، إذا كان داعية إلى هواه.

وقال: لا تصل خلف المرجئ إذا كان داعية. وتخصيصه الداعية، ومن يتكلم بالإعادة، دون من يقف ولا يتكلم، يدل على ما قلناه. وقال القاضي: المعلن بالبدعة من يعتقدها بدليل، وغير المعلن من يعتقدها تقليدا. **ولنا**، أن حقيقة الإعلان هو الإظهار، وهو ضد الإخفاء والإسرار، قال الله تعالى: ﴿ويعلم ما تسرون وما تعلنون﴾ [التغابن: ٤] وقال تعالى مخبرا عن إبراهيم: ﴿ربنا إنك تعلم ما نخفي وما نعلن﴾ [إبراهيم: ٣٨] ولأن المظهر لبدعته لا عذر للمصلي خلفه – لظهور حاله –، والمخفي لها من يصلي خلفه معذور، وهذا له أثر في صحة الصلاة، ولهذا لم تجب الإعادة خلف المحدث والنجس إذا لم يعلم حالهما؛ لخفاء ذلك ومنهما ووجبت على المصلي خلف الكافر والأمي، لظهور حالهما غالبا.

وقد روي عن أحمد، أنه لا يصلى خلف مبتدع بحال. قال، في رواية أبي الحارث: لا يصلي خلف مرجئ ولا رافضي، ولا فاسق، إلا أن يخافهم فيصلي، ثم يعيد. وقال أبو داود، قال أحمد: متى ما صليت خلف من يقول: القرآن مخلوق فأعد. قلت: وتعرفه. قال: نعم. وعن مالك، أنه لا يصلى خلف أهل البدع. فحصل من هذا أن من صلى خلف مبتدع معلن ببدعته، فعليه الإعادة.

ومن لم يعلنها ففي الإعادة خلفه روايتان. وأباح الحسن، وأبو جعفر، والشافعي الصلاة خلف أهل البدع؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «صلوا خلف من قال: لا إله إلا الله.» رواه الدارقطني. ولأنه رجل صلاته صحيحة،." (١)

"فصح الائتمام به كغيره. وقال نافع: كان ابن عمر يصلي مع الخشبية والخوارج زمن ابن الزبير، وهم يقتتلون. فقيل له: أتصلي مع هؤلاء، ومع هؤلاء، وبعضهم يقتل بعضا؟ فقال: من قال: حي على الصلاة. أجبته، ومن قال: حي على الفلاح. أجبته، ومن قال: حي على قتل أخيك المسلم، وأخذ ماله. قلت: لا. رواه سعيد. وقال ابن المنذر، وبعض الشافعية: من نكفره ببدعته كالذي يكذب الله أو رسوله ببدعته، لا يصلى خلفه، ومن لا نكفره تصح الصلاة خلفه. **ولنا**: ما روى جابر، قال: " سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على منبره يقول: «لا تؤمن امرأة رجلا، ولا فاجر مؤمنا، إلا أن يقهره بسلطان، أو يخاف سوطه أو سيفه» . رواه ابن ماجه، وهذا أخص من حديثهم، فتعين تقديمه، وحديثهم نقول به في الجمع

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٣٧

والأعياد، وتعاد، وهو مطلق، فالعمل به في موضع يحصل الوفاء بدلالتهم، وقياسهم منقوض بالخنثى والأمي.
ويروى عن حبيب بن عمر الأنصاري، عن أبيه، قال: سألت واثلة بن الأسقع، قلت: أصلي خلف القدري؟ قال: لا تصل خلفه. ثم قال: أما أنا لو صليت خلفه لأعدت صلاتي. رواه الأثرم.
وأما قول الخرقي: " أو يسكر ". فإنه يعني من يشرب ما يسكره من أي شراب كان، فإنه لا يصلى خلفه لفسقه. وإنما خصه بالذكر، فيما يرى من سائر الفساق، لنص أحمد عليه. قال أبو داود: سألت أحمد وقيل له: إذا كان الإمام يسكر؟ قال: لا تصل خلفه ألبتة. وسأله رجل، قال: صليت خلف رجل، ثم علمت أنه يسكر، أعيد؟ قال: نعم، أعد. قال: أيتهما صلاتي؟ قال: التي صليت وحدك. وسأله رجل. قال: رأيت رجلا سكران، أصلي خلفه؟ قال: لا. قال: فأصلي وحدي؟ قال أين أنت؟ في البادية؟ المساجد كثيرة. قال: أنا في حانوتي. قال: تخطاه إلى غيره من المساجد.
فأما من يشرب من النبيذ المختلف فيه ما لا يسكره، معتقدا حله، فلا بأس بالصلاة خلفه. نص عليه أحمد. فقال: يصلى خلف من يشرب المسكر على التأويل، نحن نروي عنهم الحديث، ولا نصلي خلف من يسكر. وكلام الخرقي بمفهومه يدل على ذلك، لتخصيصه من سكر بالإعادة خلفه. وفي معنى شارب ما يسكر كل فاسق، فلا يصلى خلفه. نص عليه أحمد. فقال: لا تصل خلف فاجر ولا فاسق.
وقال أبو داود سمعت أحمد، – رحمه الله –، سئل عن إمام، قال: أصلي بكم رمضان بكذا وكذا درهما. قال: أسأل الله العافية، من يصلي خلف هذا؟ وروي عنه أنه قال: لا تصلوا خلف من لا يؤدي." (١)

"الواجبة على المأموم، فلم يصح له الائتمام به، لئلا يفضي إلى أن يصلي بغير قراءة، وقياسهم يبطل بالأخرس والعاجز عن الركوع والسجود والقيام، ولا مدخل للتحمل فيه، بخلاف القراءة. **ولنا** على صحة صلاة الإمام، أنه أم من لا يصح له الائتمام به، فلم تبطل صلاته، كما لو أمت امرأة رجلا ونساء. وقولهم: إنه يلزم القراءة عن القارئ. لا يصح؛ لأن الله تعالى قال: ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة: ٢٨٦] ومن لا تجب عليه القراءة عن نفسه، فعن غيره أولى.
وإن أم الأمي قارئا واحدا، لم تصح صلاة واحد منهما؛ لأن الأمي نوى الإمامة وقد صار فذا. (١١٣٥) فصل: وإن صلى القارئ خلف من لا يعلم حاله في صلاة الإسرار صحت صلاته؛ لأن الظاهر أنه لا يتقدم إلا من يحسن القراءة، ولم يتخرم الظاهر، فإنه أسر في موضع الإسرار، وإن كان يسر في صلاة الجهر، ففيه وجهان: أحدهما، لا تصح صلاة القارئ. ذكره القاضي؛ لأن الظاهر أنه لو أحسن القراءة لجهر.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٨/٢

والثاني: تصح؛ لأن الظاهر أنه لا يؤم الناس إلا من يحسن القراءة، وإسراره يحتمل أن يكون نسيانا، أو لجهله، أو لأنه لا يحسن أكثر من الفاتحة، فلا تبطل الصلاة بالاحتمال. فإن قال: قد قرأت في الإسرار. صحت الصلاة على الوجهين؛ لأن الظاهر صدقه. ويستحب الإعادة احترازا من أن يكون كاذبا، ولو أسر في صلاة الإسرار، ثم قال: ما كنت قرأت الفاتحة. لزمه ومن وراءه الإعادة، وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - عنه، أنه صلى بهم المغرب، فلما سلم قال: أما سمعتموني قرأت؟ قالوا: لا. قال: فما قرأت في نفسي. فأعاد بهم الصلاة.

(١١٣٦) فصل: ومن ترك حرفا من حروف الفاتحة؛ لعجزه عنه، أو أبدله بغيره، كالألثغ الذي يجعل الراء غينا، والأرت الذي يدغم حرفا في حرف، أو يلحن لحنا يحيل المعنى، كالذي يكسر الكاف من إياك، أو يضم التاء من أنعمت، ولا يقدر على إصلاحه، فهو كالأمي، لا يصح أن يأتم به قارئ. ويجوز لكل واحد منهم أن يؤم مثله؛ لأنهما أميان، فجاز لأحدهما الائتمام بالآخر، كاللذين لا يحسنان شيئا. وإن كان يقدر على إصلاح شيء من ذلك فلم يفعل، لم تصح صلاته، ولا صلاة من يأتم به. (١١٣٧) فصل: إذا كان رجلان لا يحسن واحد منهما الفاتحة، وأحدهما يحسن سبع آيات من غيرها، والآخر لا يحسن." (١)

"شيئا من ذلك، فهما أميان، لكل واحد منهما الائتمام بالآخر، والمستحب أن يؤم الذي يحسن الآيات؛ لأنه أقرأ، وعلى هذا كل من لا يحسن الفاتحة، يجوز أن يؤم من لا يحسنها، سواء استويا في الجهل أو كانا متفاوتين فيه.

(١١٣٨) فصل: تكره إمامة اللحان، الذي لا يحيل المعنى، نص عليه أحمد. وتصح صلاته بمن لا يلحن؛ لأنه أتى بفرض القراءة، فإن أحال المعنى في غير الفاتحة، لم يمنع صحة الصلاة، ولا الائتمام به، إلا أن يتعمده، فتبطل صلاتهما.

(١١٣٩) فصل: ومن لا يفصح ببعض الحروف، كالضاد والقاف، فقال القاضي: تكره إمامته، وتصح، أعجميا كان أو عربيا، وقيل في من قرأ ﴿ولا الضالين﴾ [الفاتحة: ٧] بالظاء: لا تصح صلاته؛ لأنه يحيل المعنى يقال: ظل يفعل كذا: إذا فعله نهارا، فحكمه حكم الألثغ. وتكره إمامة التمتام - وهو من يكرر التاء -، والفأفاء، وهو من يكرر الفاء. وتصح الصلاة خلفهما؛ لأنهما يأتيان بالحروف على الكمال، ويزيدان زيادة هما مغلوبان عليها، فعفي عنها، ويكره تقديمهما لهذه الزيادة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٥/٢

[مسألة الصلاة خلف مشرك أو امرأة أو خنثى مشكل.]

(١١٤٠) مسألة؛ قال: (وإن صلى خلف مشرك أو امرأة أو خنثى مشكل، أعاد الصلاة) وجملته أن الكافر لا تصح الصلاة خلفه بحال سواء علم بكفره بعد فراغه من الصلاة، أو قبل ذلك، وعلى من صلى وراءه الإعادة. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور، والمزني: لا إعادة على من صلى خلفه، وهو لا يعلم؛ لأنه ائتم بمن لا يعلم حاله، فأشبه ما لو ائتم بمحدث. ولنا، أنه ائتم بمن ليس من أهل الصلاة، فلم تصح صلاته، كما لو ائتم بمجنون، وأما المحدث فيشترط أن لا يعلم حدث نفسه، والكافر يعلم حال نفسه.

وأما المرأة فلا يصح أن يأتم بها الرجل بحال، في فرض ولا نافلة، في قول عامة الفقهاء، وقال أبو ثور: لا إعادة على من صلى خلفها. وهو قياس قول المزني وقال بعض أصحابنا: يجوز أن تؤم الرجال في التراويح، وتكون وراءهم؛ لما روي عن أم ورقة بنت عبد الله بن الحارث، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – جعل لها مؤذنا يؤذن لها، وأمرها أن تؤم أهل دارها.» رواه أبو داود. وهذا عام في الرجال والنساء.

ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا تؤمن امرأة رجلا» ، ولأنها لا تؤذن للرجال، فلم." [(١)]

"لأنه ممن لا يقبل قوله. وإذا صلى خلف من علم ردته، فقال بعد الصلاة: قد كنت أسلمت. قبل قوله؛ لأنه ممن يقبل قوله. فصل: قال أصحابنا: يحكم بإسلامه بالصلاة، سواء كان في دار الحرب أو في دار الإسلام، وسواء صلى جماعة أو فرادى، فإن أقام بعد ذلك على الإسلام فلا كلام، وإن لم يقم عليه فهو مرتد، يجري عليه أحكام المرتدين. وإن مات قبل ظهور ما ينافي الإسلام فهو مسلم يرثه ورثته المسلمون دون الكافرين. وقال أبو حنيفة: إن صلى جماعة أو منفردا في المسجد، كقولنا، وإن صلى فرادى في غير المسجد، لم يحكم بإسلامه.

وقال بعض الشافعية: لا يحكم بإسلامه بحال؛ لأن الصلاة من فروع الإسلام، فلم يصر مسلما بفعلها، كالحج والصيام، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم، إلا بحقها.» وقال بعضهم: إن صلى في دار الإسلام فليس بمسلم؛ لأنه قد يقصد الاستتار بالصلاة، وإخفاء دينه، وإن صلى في دار الحرب فهو مسلم؛ لأنه لا تهمة في حقه. ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «نهيت عن قتل المصلين» . وقال: «بيننا وبينهم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٤٦

الصلاة.» فجعل الصلاة حدا بين الإسلام والكفر، فمن صلى فقد دخل في حد الإسلام، وقال في المملوك: «فإذا صلى فهو أخوك» .

ولأنها عبادة تختص بالمسلمين، فالإتيان بها إسلام كالشهادتين، وأما الحج فإن الكفار كانوا يفعلونه، والصيام إمساك عن المفطرات، وقد يفعله من ليس بصائم. (١١٤٤) فصل: فأما صلاته في نفسه، فأمر بينه وبين الله تعالى، فإن علم أنه كان قد أسلم، ثم توضأ وصلى بنية صحيحة، فصلاته صحيحة، وإن لم يكن كذلك، فعليه الإعادة، لأن الوضوء لا يصح من كافر، وإذا لم يسلم قبل الصلاة، كان حال شروعه فيها غير مسلم، ولا متطهر، فلم يصح منه.

[مسألة صلاة المرأة بالنساء]

(١١٤٥) مسألة: قال: (وإن صلت امرأة بالنساء قامت معهن في الصف وسطا) . اختلفت الرواية، هل يستحب أن تصلي المرأة بالنساء جماعة؟ فروي أن ذلك مستحب، وممن روي عنه أن المرأة تؤم النساء عائشة، وأم سلمة، وعطاء، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. وروي عن أحمد، – رحمه الله –، أن ذلك غير مستحب وكرهه أصحاب الرأي، وإن فعلت." (١)

"قاما خلف الإمام والمرأة خلفهما. كما روى أنس «، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – صلى بهم، قال: فصففت أنا واليتيم وراءه، والمرأة خلفنا، فصلى لنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ركعتين، ثم انصرف» . متفق عليه.

وإن كانت فرضا جعل الرجل عن يمينه، والغلام عن يساره، كما فعل عبد الله بن مسعود بعلقمة والأسود ورواه عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه فعل ذلك رواه أبو داود. وإن وقفا جميعا عن يمينه فلا بأس، وإن وقفا وراءه فروى الأثرم أن أحمد توقف في هذه المسألة، وقال: ما أدري. فذكر له حديث أنس. فقال: ذاك في التطوع. واختلف أصحابنا فيه، فقال بعضهم: لا يصح؛ لأن الصبي لا يصلح إماما للرجال في الفرائض فلم يصافهم كالمرأة.

وقال ابن عقيل: يصح؛ لأنه يصح أن يصاف الرجل في النفل فصح في الفرض، كالمتنفل يقف مع المفترض، ولا يشترط في صحة مصافته صحة إمامته، بدليل الفاسق والعبد والمسافر في الجمعة، والمفترض مع المتنفل، ويفارق المرأة؛ لأنه يصح أن يصاف الرجال في التطوع ويؤمهم فيه في رواية، بخلاف المرأة. وقال

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٨/٢

الحسن في ثلاثة أحدهم امرأة: يقومون متواترين، بعضهم خلف بعض. **ولنا**، حديث أنس، وهو قول أكثر أهل العلم، لا نعلم أحدا خالف فيه، إلا الحسن، واتباع السنة أولى، وقول الحسن يفضي إلى وقوف الرجل وحده فذا، ويرده حديث وابصة وعلي بن شيبان. وإن اجتمع رجال وصبيان وخناثى ونساء تقدم الرجال، ثم الصبيان، ثم الخناثى، ثم النساء؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «صلى فصف الرجال، ثم صف خلفهم الغلمان» . رواه أبو داود. (١١٤٩) فصل: وإن وقفت المرأة في صف الرجال كره، ولم تبطل صلاتها، ولا صلاة من يليها. وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو بكر: تبطل صلاة من يليها ومن خلفها دونها. وهذا قول أبي حنيفة لأنه منهي عن الوقوف إلى جانبها، أشبه ما لو وقف بين يدي الإمام. **ولنا**، أنها لو وقفت في غير صلاة لم تبطل صلاته، فكذلك في الصلاة، وقد ثبت أن عائشة كانت تعترض بين يدي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نائمة وهو يصلي. وقولهم: إنه منهي قلنا: هي المنهية عن الوقوف مع الرجال، ولم تفسد صلاتها، فصلاة من يليها أولى.

[مسألة صاحب البيت أحق بالإمامة]

(١١٥٠) مسألة: قال: (وصاحب البيت أحق بالإمامة إلا أن يكون بعضهم ذا سلطان) . وجملته أن الجماعة إذا أقيمت في بيت، فصاحبه أولى بالإمامة من غيره، وإن كان فيه من هو أقرأ منه وأفقه، إذا كان ممن يمكنه إمامتهم، وتصح صلاتهم وراءه، فعل ذلك ابن مسعود، وأبو ذر، وحذيفة، وقد ذكرنا حديثهم، وبه قال عطاء، والشافعي. ولا نعلم فيه خلافا، والأصل فيه قول النبي." (١)

"أم بها مفترضين. والصحيح الأول؛ لأن المسافر إذا نوى إتمام الصلاة أو لم ينو القصر، لزمه الإتمام، فيصير الجميع فرضا.

[مسألة يأتم بالإمام من في أعلى المسجد وغير المسجد إذا اتصلت الصفوف]

(١١٥٥) مسألة: قال: (ويأتم بالإمام من في أعلى المسجد وغير المسجد، إذا اتصلت الصفوف) وجملته أنه يجوز أن يكون المأموم مساويا للإمام أو أعلى منه، كالذي على سطح المسجد أو على دكة عالية، أو رف فيه، روي عن أبي هريرة أنه صلى بصلاة الإمام على سطح المسجد وفعله سالم. وبه قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وقال مالك يعيد الجمعة إذا صلى فوق سطح المسجد بصلاة الإمام. **ولنا** أنهما في

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٥٠

المسجد، ولم يعل الإمام، فصح أن يأتم به كالمتساويين، ولا يعتبر اتصال الصفوف إذا كانا جميعا في المسجد. قال الآمدي: لا خلاف في المذهب أنه إذا كان في أقصى المسجد، وليس بينه وبين الإمام ما يمنع الاستطراق والمشاهدة، أنه يصح اقتداؤه به، وإن لم تتصل الصفوف.

وهذا مذهب الشافعي؛ وذلك لأن المسجد بني للجماعة، فكل من حصل فيه فقد حصل في محل الجماعة. وإن كان المأموم في غير المسجد أو كانا جميعا في غير مسجد، صح أن يأتم به، سواء كان مساويا للإمام أو أعلى منه، كثيرا كان العلو أو قليلا، بشرط كون الصفوف متصلة ويشاهد من وراء الإمام، وسواء كان المأموم في رحبة الجامع، أو دار، أو على سطح والإمام على سطح آخر، أو كانا في صحراء، أو في سفينتين. وهذا مذهب الشافعي، إلا أنه يشترط أن لا يكون بينهما ما يمنع الاستطراق في أحد القولين. **ولنا**، أن هذا لا تأثير له في المنع من الاقتداء بالإمام، ولم يرد فيه نهي، ولا هو في معنى ذلك، فلم يمنع صحة الائتمام به، كالفصل اليسير. إذا ثبت هذا، فإن معنى اتصال الصفوف أن لا يكون بينهما بعد لم تجر العادة به، ولا يمنع إمكان الاقتداء.

وحكي عن الشافعي أنه حد الاتصال بما دون ثلاث مائة ذراع. والتحديدات بابها التوقيف، والمرجع فيها إلى النصوص والإجماع، ولا نعلم في هذا نصا نرجع إليه ولا إجماعا نعتمد عليه، فوجب الرجوع فيه إلى العرف، كالتفرق والإحراز، والله أعلم. (١١٥٦) فصل: فإن كان بين الإمام والمأموم حائل يمنع رؤية الإمام، أو من وراءه، فقال ابن حامد: فيه روايتان؛ إحداهما، لا يصح الائتمام به. اختاره القاضي؛ لأن عائشة قالت لنساء كن يصلين في حجرتها: لا تصلين بصلاة الإمام، فإنكن دونه في حجاب. ولأنه يمكنه الاقتداء به في الغالب. والثانية: يصح.

قال أحمد في رجل يصلي خارج المسجد يوم الجمعة وأبواب المسجد مغلقة: أرجو أن لا يكون به بأس. وسئل عن رجل يصلي يوم الجمعة وبينه وبين الإمام سترة قال: إذا لم يقدر." (١)

"يخص الكثير، فعلى هذا يكون اليسير مثل درجة المنبر ونحوها، لما ذكرنا في حديث سهل، والله أعلم.

(١١٦١) فصل: فإن صلى الإمام في مكان أعلى من المأمومين، فقال ابن حامد: لا تصح صلاتهم. وهو قول الأوزاعي؛ لأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه. وقال القاضي: لا تبطل وهو قول أصحاب الرأي؛ لأن عمارا أتم صلاته؛ ولو كانت فاسدة، لاستأنفها، ولأن النهي معلل بما يفضي إليه من رفع البصر في الصلاة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٥٢

وذلك لا يفسدها، فسببه أولى. (١١٦٢) فصل: وإن كان مع الإمام من هو مساو له أو أعلى منه، ومن هو أسفل منه اختصت الكراهة بمن هو أسفل منه، لأن المعنى وجد فيهم دون غيرهم، ويحتمل أن يتناول النهي الإمام؛ لكونه منهيا عن القيام في مكان أعلى من مقامهم، فعلى هذا الاحتمال تبطل صلاة الجميع عند من أبطل الصلاة بارتكاب النهي.

[مسألة من صلى خلف الصف وحده أو قام بجنب الإمام عن يساره أعاد الصلاة]

(١١٦٣) مسألة: قال: (ومن صلى خلف الصف وحده، أو قام بجنب الإمام عن يساره، أعاد الصلاة) وجملته أن من صلى وحده ركعة كاملة، لم تصح صلاته. وهذا قول النخعي، والحكم، والحسن بن صالح، وإسحاق، وابن المنذر. وأجازه الحسن، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأن أبا بكرة ركع دون الصف، فلم يأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - بالإعادة، ولأنه موقف للمرأة فكان موقفا للرجل، كما لو كان مع جماعة. ولنا، ما روى وابصة بن معبد، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «رأى رجلا يصلي خلف الصف وحده، فأمره أن يعيد.» رواه أبو داود، وغيره. وقال أحمد: حديث وابصة حسن. وقال ابن المنذر: ثبت الحديث أحمد وإسحاق. وفي لفظ: «سئل النبي - صلى الله عليه وسلم - عن رجل صلى وراء الصفوف وحده. قال: يعيد» . رواه تمام في " الفوائد ". وعن علي بن شيبان، أنه «صلى بهم نبي الله - صلى الله عليه وسلم - فانصرف ورجل فرد خلف الصف، فوقف نبي الله - صلى الله عليه وسلم - حتى انصرف الرجل، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: استقبل صلاتك، ولا صلاة لفرد خلف الصف.» . رواه الأثرم. وقال: قلت لأبي عبد الله: حديث ملازم بن عمرو - يعني هذا الحديث في هذا أيضا - حسن؟ قال: نعم ولأنه خالف الموقف، فلم تصح صلاته، كما لو وقف أمام الإمام، فأما حديث أبي بكرة، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قد نهاه فقال: " لا تعد ".

والنهي يقتضي الفساد، وعذره فيما فعله لجهله بتحريمه، وللجهل تأثير في العفو، ولا يلزم من كونه موقفا للمرأة كونه موقفا للرجل، بدليل اختلافهما في كراهية الوقوف واستحبابه. وأما إذا وقف عن يسار الإمام، فإن كان عن يمين الإمام أحد، صحت صلاته؛ لأن ابن مسعود صلى." (١)

"فلم يكن موقفا مع الصف كأمام الإمام، وفارق ما إذا كان عن يمينه آخر، لأنه معه في الصف، فكان صفا واحدا، كما لو كان وقف معه خلف الصف. (١١٦٥) فصل: السنة أن يقف المأمومون خلف

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٥٥

الإمام، فإن وقفوا قدامه، لم تصح، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك، وإسحاق: تصح لأن ذلك لا يمنع الاقتداء به، فأشبه من خلفه.

ولنا قوله - صلى الله عليه وسلم -: " إنما جعل الإمام ليؤتم به ". ولأنه يحتاج في الاقتداء إلى الالتفات إلى ورائه، ولأن ذلك لم ينقل عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا هو في معنى المنقول. فلم يصح، كما لو صلى في بيته بصلاة الإمام ويفارق من خلف الإمام فإنه لا يحتاج في الاقتداء إلى الالتفات إلى ورائه.

(١١٦٦) فصل: وإذا كان المأموم واحدا ذكرا، فالسنة أن يقف عن يمين الإمام رجلا كان، أو غلاما؛ لحديث ابن عباس وأنس، وروى جابر بن عبد الله، قال: «سرت مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في غزوة، فقام يصلي، فتوضأت، ثم جئت حتى قمت عن يسار رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأخذ بيدي فأدارني حتى أقامني عن يمينه، فجاء جبار بن صخر حتى قام عن يساره، فأخذنا بيديه جميعا حتى أقامنا خلفه.» رواه مسلم، وأبو داود. فإن كانوا ثلاثة تقدم الإمام، ووقف المأمومان خلفه. وهذا قول عمر، وعلي، وجابر بن زيد، والحسن، وعطاء، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وكان ابن مسعود يرى أن يقفوا جميعا صفا. ولنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أخرج جبارا وجابرا، فجعلهما خلفه، ولما صلى بأنس واليتيم جعلهما خلفه، وحديث ابن مسعود يدل على جواز ذلك، وحديث جابر وجبار يدل على الفضل؛ لأنه أخرهما إلى خلفه، ولا ينقلهما إلا إلى الأكمل. فإن كان أحد المأمومين صبيا، وكانت الصلاة تطوعا، جعلهما خلفه، لخبر أنس. وإن كانت فرضا، جعل الرجل عن يمينه، والغلام عن يساره، كما جاء في حديث ابن مسعود. وإن جعلهما جميعا عن يمينه جاز، وإن وقفهما خلفه، فقال بعض أصحابنا: لا تصح؛ لأنه لا يؤمه، فلم يصافه كالمرأة.

ويحتمل أن تصح؛ لأنه بمنزلة المتنفل، والمتنفل يصح أن يصاف المفترض، كذا هاهنا. (١١٦٧) فصل: وإن أم امرأة وقفت خلفه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أخروهن من حيث أخرهن الله» . ولأن." (١)

"أتيت بجهالة، ولكن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لنا: «كونوا في الصف الذي يليني» . وإني نظرت في وجوه القوم فعرفتهم غيرك. وكان الرجل أبي بن كعب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٥٧

[فصل خير صفوف الرجال]

فصل: (١١٧٦) وخير صفوف الرجال أولها، وشرها آخرها، وخير صفوف النساء آخرها، وشرها أولها؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «خير صفوف الرجال أولها، وشرها آخرها، وخير صفوف النساء آخرها، وشرها أولها» . رواه مسلم، وأبو داود. وعن أبي بن كعب، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «الصف الأول على مثل صف الملائكة، ولو تعلمون فضيلته لابتدرتموه» . رواه أحمد، في " المسند ". وعن أنس، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «أتموا الصف المقدم، فما كان من نقص فليكن في الصف المؤخر» . وعن عائشة، قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله وملائكته يصلون على ميامن الصفوف» . رواهما أبو داود.

[فصل يستحب أن يقف الإمام في مقابلة وسط الصف]

(١١٧٧) فصل: ويستحب أن يقف الإمام في مقابلة وسط الصف؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : «وسطوا الإمام، وسدوا الخلل» رواه أبو داود. ويكره أن يدخل في طاق القبلة، إلا أن يكون المسجد ضيقا، وكرهه ابن مسعود، وعلقمة، والحسن، وإبراهيم. وفعله سعيد بن جبير، وأبو عبد الرحمن السلمي، وقيس بن أبي حازم. **ولنا**: أنه يستتر به عن بعض المأمومين فكره، كما لو جعل بينه وبينهم حجابا.

(١١٧٨) فصل: ولا يكره للإمام أن يقف بين السواري، ويكره للمأمومين لأنها تقطع صفوفهم. وكرهه ابن مسعود، والنخعي، وروي عن حذيفة، وابن عباس. ورخص فيه ابن سيرين، ومالك، وأصحاب الرأي وابن المنذر؛ لأنه لا دليل على المنع منه.

ولنا، ما روي عن معاوية بن قرة، عن أبيه، قال: كنا ننهى أن نصف بين السواري." (١)

"على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ونطرد عنها طردا. رواه ابن ماجه. ولأنها تقطع الصف، فإن كان الصف صغيرا قدر ما بين الساريتين لم يكره، لأنه لا ينقطع بها.

[مسألة إذا صلى إمام الحي جالسا صلى من وراءه جلوسا]

(١١٧٩) مسألة: قال: (وإذا صلى إمام الحي جالسا صلى من وراءه جلوسا) . المستحب للإمام إذا مرض، وعجز عن القيام، أن يستخلف؛ لأن الناس اختلفوا في صحة إمامته، فيخرج من الخلاف، ولأن صلاة القائم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٦١

أكمل، فيستحب أن يكون الإمام كامل الصلاة. فإن قيل: فقد صلى النبي – صلى الله عليه وسلم – قاعدا بأصحابه، ولم يستخلف.

قلنا: صلى قاعدا ليبين الجواز، واستخلف مرة أخرى، ولأن صلاة النبي – صلى الله عليه وسلم – قاعدا أفضل من صلاة غيره قائما. فإن صلى بهم قاعدا جاز، ويصلون من ورائه جلوسا، فعل ذلك أربعة من الصحابة، أسيد بن حضير، وجابر، وقيس بن قهد، وأبو هريرة. وبه قال الأوزاعي، وحماد بن زيد، وإسحاق، وابن المنذر. وقال مالك في إحدى روايتيه: لا تصح صلاة القادر على القيام خلف القاعد. وهو قول محمد بن الحسن؛ لأن الشعبي روى عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لا يؤمن أحد بعدي جالسا» أخرجه الدارقطني. ولأن القيام ركن، فلا يصح ائتمام القادر عليه بالعاجز عنه كسائر الأركان.

وقال الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي: يصلون خلفه قياما؛ لما روت عائشة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – استخلف أبا بكر، ثم إن النبي – صلى الله عليه وسلم – وجد في نفسه خفة، فخرج بين رجلين، فأجلساه إلى جنب أبي بكر، فجعل أبو بكر يصلي وهو قائم بصلاة النبي – صلى الله عليه وسلم – والناس يصلون بصلاة أبي بكر، والنبي – صلى الله عليه وسلم – قاعد» . متفق عليه.

وهذا آخر الأمرين من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولأنه ركن قدر عليه، فلم يجز له تركه، كسائر الأركان. **ولنا**، ما روى أبو هريرة – رضي الله عنه – قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إنما جعل الإمام ليؤتم به، فلا تختلفوا عليه، وإذا صلى جالسا، فصلوا جلوسا أجمعون» . متفق عليه. . وعن عائشة – رضي الله عنها – قالت: «صلى بنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في بيته، وهو شاك، فصلى جالسا، وصلى وراءه قوم قياما، فأشار إليهم، أن اجلسوا، فلما انصرف قال: إنما جعل الإمام ليؤتم به، فإذا ركع فاركعوا، وإذا رفع فارفعوا، وإذا قال: سمع الله لمن حمده، فقولوا: ربنا ولك الحمد. وإذا صلى جالسا، فصلوا جلوسا أجمعون»

وروى أنس نحوه، أخرجهما البخاري، ومسلم. وروى جابر، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مثله. أخرجه مسلم. ورواه أسيد بن حضير، وعمل به. وقال ابن عبد البر: روي هذا الحديث عن النبي." (١)

"وذلك لأن رتبة الخلافة تفضل رتبة سائر الأئمة، فلا يلحق بها غيرها، وكان ذلك للخليفة؛ لأن خليفة النبي – صلى الله عليه وسلم – يقوم مقامه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٦٢

[فصل يجوز للعاجز عن القيام أن يؤم مثله]

(١١٨٤) فصل: ويجوز للعاجز عن القيام أن يؤم مثله؛ لأنه إذا أم القادرين على القيام فمثله أولى، ولا يشترط في اقتدائهم به أن يكون إماما راتبا، ولا مرجوا زوال مرضه؛ لأنه ليس في إمامته لهم ترك ركن مقدور عليه، بخلاف إمامته للقادرين على القيام.

[فصل لا يجوز لتارك ركن من الأفعال إمامة أحد]

(١١٨٥) فصل: ولا يجوز لتارك ركن من الأفعال إمامة أحد، كالمضطجع، والعاجز عن الركوع والسجود. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك. وقال الشافعي: يجوز؛ لأنه فعل أجازه المرض، فلم يغير حكم الائتمام، كالقاعد بالقيام. **ولنا** أنه أخل بركن لا يسقط في النافلة، فلم يجز للقادر عليه الائتمام به، كالقارئ بالأمي، وحكم القيام حق بدليل سقوطه في النافلة، وعن المقتدين بالعاجز، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر المصلين خلف الجالس بالجلوس، ولا خلاف في أن المصلي خلف المضطجع لا يضطجع. فأما إن أم مثله، فقياس المذهب صحته؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلى بأصحابه في المطر بالإيماء، والعراة يصلون جماعة بالإيماء، وكذلك حال المسايفة.

[فصل ائتمام المتوضئ بالمتيمم]

(١١٨٦) فصل: ويصح ائتمام المتوضئ، بالمتيمم لا أعلم فيه خلافا؛ لأن عمرو بن العاص صلى بأصحابه متيمما، وبلغ النبي – صلى الله عليه وسلم – فلم ينكره. وأم ابن عباس أصحابه متيمما، وفيهم عمار بن ياسر، في نفر من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فلم ينكروه. ولأنه متطهر طهارة صحيحة، فأشبه المتوضئ. ولا يصح ائتمام الصحيح بمن به سلس البول، ولا غير المستحاضة بها: لأنهما يصليان مع خروج الحدث من غير طهارة له، بخلاف المتيمم. فأما من كانت عليه نجاسة، فإن كانت على بدنه فتيمم لها، جاز للطاهر الائتمام به عند القاضي؛ لأنه كالمتيمم للحدث.

وعلى قياس قول أبي الخطاب لا يجوز الائتمام به؛ لأنه أوجب عليه الإعادة. وإن كانت على ثوبه، لم يصح الائتمام به؛ لأنه تارك لشرط. ولا يجوز ائتمام المتوضئ ولا المتيمم." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٦٥

"قال عطاء، ومجاهد، والشعبي، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة. وأجازه الحسن، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على إمامة المتنفل للمفترض؛ ووجه ذلك عموم قوله: «يؤمكم أقرؤكم لكتاب الله تعالى» .

وهذا داخل في عمومه. وروى عمرو بن سلمة الجرمي، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لقومه: «يؤمكم أقرؤكم. قال: فكنت أؤمهم وأنا ابن سبع سنين أو ثمان سنين» . رواه أبو داود، وغيره.

ولأنه يؤذن للرجال، فجاز أن يؤمهم كالبالغ. ولنا قول ابن مسعود وابن عباس، ولأن الإمامة حال كمال، والصبي ليس من أهل الكمال، فلا يؤم الرجال كالمرأة، ولأنه لا يؤمن من الصبي الإخلال بشرط من شرائط الصلاة أو القراءة حال الإسرار. فأما حديث عمرو بن سلمة الجرمي، فقال الخطابي: كان أحمد يضعف أمر عمرو بن سلمة. وقال مرة: دعه ليس بشيء بين.

وقال أبو داود: قيل لأحمد: حديث عمرو بن سلمة؟ قال: لا أدري أي شيء هذا، ولعله إنما توقف عنه لأنه لم يتحقق بلوغ الأمر إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فإنه كان بالبادية في حي من العرب بعيد من المدينة، وقوى هذا الاحتمال قوله في الحديث: وكنت إذا سجدت خرجت استي. وهذا غير سائغ.

(١١٩٣) فصل: فأما إمامته في النفل ففيها روايتان: إحداهما، لا تصح؛ لما ذكرنا في الفرض. والثانية، تصح؛ لأنه متنفل يؤم متنفلين، ولأن النافلة يدخلها التخفيف، ولذلك تنعقد الجماعة به فيها إذا كان مأموما.

[فصل يؤم قوما أكثرهم له كارهون]

(١١٩٤) فصل: يكره أن يؤم قوما أكثرهم له كارهون؛ لما روى أبو أمامة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم: العبد الآبق حتى يرجع، وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط، وإمام قوم وهم له كارهون» . قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب.

وعن عبد الله بن عمرو، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «ثلاثة لا تقبل منهم صلاة: من تقدم قوما هم له كارهون، ورجل يأتي الصلاة دبارا - والدبار: أن يأتي بعد أن يفوته الوقت - ورجل اعتبد محررا» . رواه أبو داود.." (١)

"وقال علي لرجل أم قوما وهم له كارهون: إنك لخروط. قال أحمد، - رحمه الله -: إذا كرهه واحد أو اثنان أو ثلاثة فلا بأس، حتى يكرهه أكثر القوم، وإن كان ذا دين وسنة فكرهه القوم لذلك، لم تكره

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٦٨

إمامته. قال منصور: أما إنا سألنا أمر الإمامة، فقيل لنا: إنما عنى بهذا الظلمة فأما من أقام السنة فإنما الإثم على من كرهه.

[فصل إمامة الأعرابي]

(١١٩٥) فصل: ولا تكره إمامة الأعرابي إذا كان يصلح لها. نص عليه. وهذا قول عطاء، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، وكره أبو مجلز إمامته، وقال مالك: لا يؤمهم، وإن كان أقرأهم؛ لقول الله تعالى ﴿الأعراب أشد كفرا ونفاقا وأجدر ألا يعلموا حدود ما أنزل الله على رسوله﴾ [التوبة: ٩٧] . **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله تعالى» .

ولأنه مكلف من أهل الإمامة، أشبه المهاجر، والمهاجر أولى منه؛ لأنه يقدم على المسبوق بالهجرة، فمن لا هجرة له أولى. قال أبو الخطاب: والحضري أولى من البدوي؛ لأنه مختلف في إمامته، ولأن الغالب جفاؤهم، وقلة معرفتهم بحدود الله.

[فصل إمامة ولد الزنا]

فصل: ولا تكره إمامة ولد الزنا إذا سلم دينه. قال عطاء: له أن يؤم إذا كان مرضيا، وبه قال سليمان بن موسى، والحسن، والنخعي، والزهري، وعمرو بن دينار، وإسحاق. وقال أصحاب الرأي: لا تجزئ الصلاة خلفه. وكره مالك أن يتخذ إماما راتبا. وكره الشافعي إمامته؛ لأن الإمامة موضع فضيلة، فكره تقديمه فيها كالعبد. **ولنا**، قوله - صلى الله عليه وسلم -: «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله» .

وقالت عائشة: ليس عليه من وزر أبويه شيء. وقد قال تعالى ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الأنعام: ١٦٤] وقال ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات: ١٣] والعبد لا تكره إمامته، وإنما الحر أولى منه، ثم إن العبد ناقص في أحكامه، لا يلي النكاح ولا المال، ولا تقبل شهادته في بعض الأشياء، بخلاف هذا.

(١١٩٧) فصل: ولا تكره إمامة الجندي والخصي إذا سلم دينهما؛ لما ذكرنا في العبد، ولأنه عدل من أهل الإمامة، أشبه غيره.." (١)

"[فصل أحرم مأموما ثم صار إماما أو نقل نفسه إلى الائتمام بإمام آخر]

(١٢٠٢) فصل: وإن أحرم مأموما، ثم صار إماما، أو نقل نفسه إلى الائتمام بإمام آخر، جاز في موضع

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٩/٢

واحد، وهو إذا سبق الإمام الحدث، فاستخلف من يتم بهم الصلاة، وقد ذكرنا هذا. ولا يصح في غيره، إلا أن يدرك اثنان بعض الصلاة مع الإمام، فلما سلم ائتم أحدهما بصاحبه في بقية الصلاة، ففيه وجهان. وإن نوى كل واحد منهما أنه إمام صاحبه، أو مأموم له، فسدت صلاتهما؛ لما ذكرناه من قبل.

وإن نوى الإمام الائتمام بغيره لم يصح إلا في موضع واحد، وهو إذا استخلف الإمام من يصلي، ثم جاء في أثناء الصلاة، فتقدم فصار إماما، وبنى على صلاة خليفته، وفي ذلك ثلاث روايات، قد ذكرناها.

[مسألة أدرك الإمام راكعا فركع دون الصف ثم مشى حتى دخل في الصف]

(١٢٠٣) مسألة؛ قال: (ومن أدرك الإمام راكعا فركع دون الصف، ثم مشى حتى دخل في الصف، وهو لا يعلم بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - لأبي بكرة: «زادك الله حرصا ولا تعد» قيل له: لا تعد. وقد أجزأته صلاته، فإن عاد بعد النهي لم تجزئه صلاته، ونص أحمد، رحمه الله، على هذا في رواية أبي طالب)

وجملة ذلك، أن من ركع دون الصف، ثم دخل فيه، لا يخلو من ثلاثة أحوال: إما أن يصلي ركعة كاملة، فلا تصح صلاته؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا صلاة لفرد خلف الصف» .

والثاني، أن يدب راكعا حتى يدخل في الصف قبل رفع الإمام رأسه من الركوع، أو أن يأتي آخر فيقف معه قبل أن يرفع الإمام رأسه من الركوع فإن صلاته تصح؛ لأنه أدرك مع الإمام في الصف ما يدرك به الركعة. وممن رخص في ركوع الرجل دون الصف زيد بن ثابت، وفعله ابن مسعود، وزيد بن وهب، وأبو بكر بن عبد الرحمن، وعروة، وسعيد بن جبير، وابن جريج. وجوزه الزهري، والأوزاعي، ومالك، والشافعي، إذا كان قريبا من الصف.

الحال الثالث، إذا رفع رأسه من الركوع، ثم دخل في الصف، أو جاء آخر فوقف معه قبل إتمام الركعة، فهذه الحال التي يحمل عليها قول الخرقي: " ونص أحمد ". فمتى كان جاهلا بتحريم ذلك، صحت صلاته، وإن علم، لم تصح. وروى أبو داود، عن أحمد، أنه يصح، ولم يفرق.

وهذا مذهب مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأن أبا بكرة فعل ذلك، وفعله من ذكرنا من الصحابة **ولنا**، ما روي أن أبا بكرة انتهى إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو راكع، فركع قبل أن يصل إلى الصف، فذكر ذلك للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: «زادك الله حرصا ولا تعد» . رواه البخاري،

ورواه أبو داود، ولفظه: أن أبا بكرة جاء ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - راكع، فركع دون الصف." (١)

"، ثم مشى إلى الصف، فلما قضى النبي - صلى الله عليه وسلم - الصلاة، قال: «أيكم الذي ركع دون الصف، ثم مشى إلى الصف؟ فقال أبو بكرة: أنا. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: زادك الله حرصا، ولا تعد» .

فلم يأمره بإعادة الصلاة، ونهاه عن العود، والنهي يقتضي الفساد. فإن قيل: إنما نهاه عن التهاون والتخلف عن الصلاة. قلنا: إنما يعود النهي إلى المذكور، والمذكور الركوع دون الصف، ولم ينسبه النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى التهاون، وإنما نسبه إلى الحرص، ودعا له بالزيادة فيه، فكيف ينهاه عن التهاون، وهو منسوب إلى ضده؟

وروي عن أحمد، - رحمه الله -، رواية أخرى، أنها لا تصح صلاته، عالما كان أو جاهلا؛ لأنه لم يدرك في الصف ما يدرك به الركعة، أشبه ما لو صلى ركعة كاملة، وعلى هذا يحمل حديث أبي بكرة، على أنه دخل في الصف قبل رفع النبي - صلى الله عليه وسلم - رأسه، وقد قال أبو هريرة: لا يركع أحدكم حتى يأخذ مقامه من الصف.

ولم يفرق القاضي في هذه المسألة بين من رفع رأسه من الركوع ثم دخل، وبين من دخل فيه راكعا، وكذلك كلام أحمد والخرقي، ولا تفريق فيه، والدليل يقتضي التفريق، فيحمل كلامهم عليه، وقد ذكره أبو الخطاب نحوا مما ذكرنا. (١٢٠٤) فصل: وإن فعل هذا لغير عذر، ولا خشي الفوات، ففيه وجهان: أحدهما، يجزئه؛ لأنه لو لم يجز مطلقا لم يجز حال العذر، كالركعة كلها.

والثاني، لا يجزئه؛ لأن الأصل أن لا يجوز؛ لكونه يفوته في الصف ما تفوته الركعة بفواته، وإنما أبيح في المعذور لحديث أبي بكرة، ففي غيره يبقى على الأصل.

[فصل أحس الإمام بداخل وهو في الركوع يريد الصلاة معه]

(١٢٠٥) فصل: إذا أحس بداخل، وهو في الركوع، يريد الصلاة معه، وكانت الجماعة كثيرة، كره انتظاره؛ لأنه يبعد أن يكون فيهم من لا يشق عليه، وإن كانت الجماعة يسيرة، وكان انتظاره يشق عليهم، كره أيضا؛ لأن الذين معه أعظم حرمة من الداخل، فلا يشق عليهم لنفعه، وإن لم يشق لكونه يسيرا، فقد قال أحمد:

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٢/٢

ينتظره ما لم يشق على من خلفه.
وهذا مذهب أبي مجلز، والشعبي، والنخعي، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وإسحاق، وأبي ثور. وقال الأوزاعي، والشافعي، وأبو حنيفة: لا ينتظره؛ لأن انتظاره تشريك في العبادة، فلا يشرع، كالرياء. **ولنا**، أنه انتظار ينفع ولا يشق، فشرع، كتطويل الركعة وتخفيف الصلاة، وقد ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يطيل الركعة الأولى حتى لا يسمع وقع قدم.
وأطال السجود حين ركب الحسن على ظهره، وقال: «إن ابني هذا ارتحلني فكرهت أن أعجله» . وقال: «إني لأسمع بكاء الصبي وأنا." (١)
"سعيد، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا صلى أحدكم فليصل إلى سترة، وليدن منها» . رواه الأثرم.
وعن سهل بن سعد، قال: «كان بين النبي - صلى الله عليه وسلم - وبين القبلة ممر الشاة» . رواه البخاري. وعن عائشة - رضي الله تعالى عنها - قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «ارهقوا القبلة» . رواه الأثرم.
وذكر الخطابي في " معالم السنن " أن مالك بن أنس كان يصلي يوما متنائيا عن السترة، فمر به رجل لا يعرفه، فقال: يا أيها المصلي، ادن من سترتك. فجعل مالك يتقدم وهو يقرأ ﴿وعلمك ما لم تكن تعلم وكان فضل الله عليك عظيما﴾ [النساء: ١١٣] . ولأن قربه من السترة أصون لصلاته وأبعد من أن يمر بينه وبينها شيء يحول بينه وبينها.
إذا ثبت هذا، فإنه يجعل بينه وبين سترته ثلاثة أذرع فما دون. قال مهنا: سألت أبا عبد الله عن الرجل يصلي، كم ينبغي أن يكون بينه وبين القبلة؟ قال يدنو من القبلة ما استطاع. ثم قال بعد: إن ابن عمر، قال: «صلى النبي - صلى الله عليه وسلم - في الكعبة، فكان بينه وبين الحائط ثلاثة أذرع» .
قال الميموني: فقد رأيتك على نحو من أربعة. قال: بالسهو. وكان عبد الله بن مغفل يجعل بينه وبين سترته ستة أذرع. قال عطاء: أقل ما يكفيك ثلاثة أذرع. وبه قال الشافعي؛ لخبر ابن عمر، عن بلال «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى في مقدم البيت، وبينه وبين الجدار ثلاثة أذرع» . وكلما دنا فهو أفضل؛ لما ذكرنا من الأخبار والمعنى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٧٣

[فصل لا بأس أن يستتر المصلي ببعير أو حيوان]

(١٢٠٩) فصل: ولا بأس أن يستتر ببعير أو حيوان، وفعله ابن عمر، وأنس. وحكي عن الشافعي، أنه لا يستتر بدابة. ولنا، ما روى ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى إلى بعير. رواه البخاري، ومسلم. وفي لفظ: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يعرض راحلته، ويصلي إليها. قال: قلت: فإذا ذهب الركاب؟ قال: يعرض الرحل، ويصلي إلى آخرته، فإن استتر بإنسان فلا بأس، فإنه يقوم مقام غيره من السترة»

وقد روي عن حميد بن هلال، قال: رأى عمر بن الخطاب رجلا يصلي، والناس يمرون بين يديه، فولاه ظهره، وقال بثوبه هكذا، وبسط يديه هكذا. وقال: صل، ولا تعجل. وعن نافع، قال: كان ابن عمر إذا لم يجد سبيلا إلى سارية من سواري المسجد، قال: ولني ظهرك. رواهما النجاد بإسناده.." [١]

"كما قال في لفظه الآخر: «إن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى بالمدينة أربعا، وبذي الحليفة ركعتين» .

قال المصنف: ولا أرى لما صار إليه الأئمة حجة، لأن أقوال الصحابة متعارضة مختلفة، ولا حجة فيها مع الاختلاف. وقد روي عن ابن عباس، وابن عمر، خلاف ما احتج به أصحابنا.

ثم لو لم يوجد ذلك لم يكن في قولهم حجة مع قول النبي - صلى الله عليه وسلم - وفعله، وإذا لم تثبت أقوالهم امتنع المصير إلى التقدير الذي ذكروه؛ لوجهين: أحدهما، أنه مخالف لسنة النبي - صلى الله عليه وسلم - التي رويناها، ولظاهر القرآن؛ لأن ظاهره إباحة القصر لمن ضرب في الأرض، لقوله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [النساء: ١٠١] . وقد سقط شرط الخوف بالخبر المذكور عن يعلى بن أمية. فبقي ظاهر الآية متناولا كل ضرب في الأرض.

وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يمسح المسافر ثلاثة أيام» . جاء لبيان أكثر مدة المسح، فلا يصح الاحتجاج به هاهنا، وعلى أنه يمكنه قطع المسافة القصيرة في ثلاثة أيام، وقد سماه النبي - صلى الله عليه وسلم - سفرا، فقال: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم إلا مع ذي محرم» .

والثاني: أن التقدير بابه التوقيف، فلا يجوز المصير إليه برأي مجرد، سيما وليس له أصل يرد إليه، ولا نظير يقاس عليه، والحجة مع من أباح القصر لكل مسافر، إلا أن ينعقد الإجماع على خلافه. (١٢٣١) فصل:

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٧٦

وإذا كان في سفينة في البحر، فهو كالبر، إن كانت مسافة سفره تبلغ مسافة القصر، أبيح له، وإلا فلا، سواء قطعها في زمن طويل أو قصير، اعتبارا بالمسافة وإن شك هل السفر مبيح للقصر أو لا؟ لم يبح له؛ لأن الأصل وجوب الإتمام، فلا يزول بالشك.

وإن قصر، لم تصح صلاته، وإن تبين له بعدها أنه طويل؛ لأنه صلى شاكا في صحة صلاته، فأشبه ما لو صلى شاكا في دخول الوقت.

[فصل الاعتبار بالنية لا بالفعل فيعتبر أن ينوي مسافة تبيح القصر]

(١٢٣٢) فصل: والاعتبار بالنية لا بالفعل، فيعتبر أن ينوي مسافة تبيح القصر، فلو خرج يقصد سفرا بعيدا، فقصر الصلاة، ثم بدا له فرجع، كان ما صلاه ماضيا صحيحا، ولا يقصر في رجوعه، إلا أن تكون مسافة الرجوع مبيحة بنفسها. نص أحمد على هذا. ولو خرج طالبا لعبد آبق، لا يعلم أين هو، أو منتجعا غيثا أو كلأ، متى وجده أقام أو رجع، أو سائحا في الأرض لا يقصد مكانا، لم يبح له القصر، وإن سار سفرا أياما. وقال ابن عقيل: يباح له القصر إذا بلغ مسافة مبيحة له؛ لأنه مسافر سفرا طويلا. **ولنا**، أنه لم يقصد مسافة القصر، فلم يبح له، كابتداء سفره، ولأنه لم يبح القصر في ابتدائه فلم يبحه في أثنائه، إذا لم يغير نيته، كالسفر القصير، وسفر المعصية، ومتى رجع هذا يقصد بلده، أو نوى." (١)

"مسافة القصر، فله القصر؛ لوجود نيته المبيحة، ولو قصد بلدا بعيدا، أو في عزمه أنه متى وجد طلبته دونه رجع أو أقام، لم يبح له القصر؛ لأنه لم يجزم بسفر طويل.

وإن كان لا يرجع ولا يقيم بوجوده، فله القصر.

[فصل كان لمقصده طريقان يباح القصر في أحدهما دون الآخر]

(١٢٣٣) فصل: ومتى كان لمقصده طريقان، يباح القصر في أحدهما دون الآخر، فسلك البعيد ليقصر الصلاة فيه، أبيح له؛ لأنه مسافر سفرا بعيدا مباحا، فأبيح له القصر، كما لو لم يجد سواه أو كان الآخر مخوفا أو شاقا

[فصل صلاة المسافر إذا خرج مكرها]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩٠

(١٢٣٤) فصل: وإن خرج الإنسان إلى السفر مكرها، كالأسير، فله القصر إذا كان سفره بعيدا، نص عليه أحمد. وقال الشافعي: لا يقصر؛ لأنه غير ناو للسفر ولا جازم به، فإن نيته أنه متى أفلت رجع. **ولنا**، أنه مسافر سفرا بعيدا غير محرم، فأبيح له القصر، كالمرأة مع زوجها، والعبد مع سيده، إذا كان عزمهما أنه لو مات أو زال ملكهما، رجع. وقياسهم منتقض بهذا. إذا ثبت هذا، فإنه يتم إذا صار في حصونهم، نص عليه أيضا؛ لأنه قد انقضى سفره.

ويحتمل أنه لا يلزمه الإتمام؛ لأن في عزمه أنه متى أفلت رجع، فأشبه المحبوس ظلما.

[مسألة ليس لمن نوى السفر القصر حتى يخرج من بيوت قريته]

(١٢٣٥) مسألة؛ قال: (إذا جاوز بيوت قريته) . وجملته أنه ليس لمن نوى السفر القصر حتى يخرج من بيوت قريته، ويجعلها وراء ظهره. وبهذا قال مالك، والشافعي، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور، وحكي ذلك عن جماعة من التابعين. وحكي عن عطاء، وسليمان بن موسى، أنهما أباحا القصر في البلد لمن نوى السفر. .

وعن الحارث بن أبي ربيعة، أنه أراد سفرا، فصلى بهم في منزله ركعتين، وفيهم الأسود بن يزيد، وغير واحد من أصحاب عبد الله. وروى عبيد بن جبر، قال: «كنت مع أبي بصرة الغفاري في سفينة من الفسطاط، في شهر رمضان، فدفع، ثم قرب غداؤه، فلم يجاوز البيوت حتى دعا بالسفرة، ثم قال: اقترب. فقلت: ألست ترى البيوت؟ قال أبو بصرة: أترغب عن سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فأكل» . رواه أبو داود.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [النساء: ١٠١] ولا يكون ضاربا في الأرض حتى يخرج، وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه كان يبتدئ القصر إذا خرج من المدينة. قال أنس: «صليت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - الظهر بالمدينة أربعا، وبذي الحليفة ركعتين» . متفق عليه، فأما أبو بصرة فإنه لم يأكل حتى دفع، وقوله: لم يجاوز البيوت: معناه - والله أعلم - لم يبعد منها؛ بدليل قول عبيد له: ألست ترى البيوت؟." (١)

"إذا ثبت هذا؛ فإنه يجوز له القصر وإن كان قريبا من البيوت.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن للذي يريد السفر أن يقصر الصلاة إذا خرج

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩١/٢

من بيوت القرية التي يخرج منها. وروي عن مجاهد، أنه قال: إذا خرجت مسافرا فلا تقصر الصلاة يومك ذلك إلى الليل، وإذا رجعت ليلا فلا تقصر ليلتك حتى تصبح. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [النساء: ١٠١] .

وأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان إذا خرج من المدينة لم يزد على ركعتين حتى يرجع إليها. وحديث أبي بصرة، وقال عبد الرحمن الهمذاني: خرجنا مع علي - رضي الله عنه - مخرجه إلى صفين، فرأيته صلى ركعتين بين الجسر وقنطرة الكوفة. وقال البخاري: خرج علي فقصر، وهو يرى البيوت، فلما رجع قيل له: هذه الكوفة. قال: لا حتى ندخلها. ولأنه مسافر، فأبيح له القصر، كما لو بعد.

(١٢٣٦) فصل: وإن خرج من البلد، وصار بين حيطان بساتينه، فله القصر؛ لأنه قد ترك البيوت وراء ظهره وإن كان حول البلد خراب قد تهدم وصار فضاء، أبيح له القصر فيه كذلك. وإن كانت حيطانه قائمة فكذلك. قاله الآمدي، وقال القاضي: لا يباح. وهو مذهب الشافعي لأن السكنى فيه ممكنة، أشبه العامر. **ولنا**، أنها غير معدة للسكنى، أشبهت حيطان البساتين.

وإن كان في وسط البلد نهر فاجتازه، فليس له القصر؛ لأنه لم يخرج من البلد ولم يفارق البنيان، فأشبه الرحبة والميدان في وسط البلد. وإن كان للبلد محال، كل محلة منفردة عن الأخرى، كبغداد، فمتى خرج من محلته أبيح له القصر إذا فارق محلته، وإن كان بعضها متصلا ببعض، لم يقصر حتى يفارق جميعها. ولو كانت قريتان متدانيتين، فاتصل بناء إحداهما بالأخرى، فهما كالواحدة، وإن لم يتصل، فلكل قرية حكم نفسها.

(١٢٣٧) فصل: وإذا كان البدوي في حلة، لم يقصر حتى يفارق حلته، وإن كانت حللا فلكل حلة حكم نفسها، كالقرى. وإن كان بيته منفردا فحتى يفارق منزله ورحله، ويجعله وراء ظهره، كالحضري.

[مسألة الرخص المختصة بالسفر من القصر والجمع]

(١٢٣٨) مسألة؛ قال: (إذا كان سفره واجبا أو مباحا) وجملته أن الرخص المختصة بالسفر؛ من القصر، والجمع، والفطر، والمسح ثلاثا، والصلاة على الراحلة تطوعا، يباح في السفر الواجب والمندوب والمباح، كسفر التجارة ونحوه، وهذا قول أكثر أهل العلم. وروي ذلك عن علي، وابن عباس، وابن عمر. وبه قال الأوزاعي، والشافعي، وإسحاق،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩٢

"وأهل المدينة، وأصحاب الرأي.

وعن ابن مسعود: لا يقصر إلا في حج أو جهاد؛ لأن الواجب لا يترك إلا لواجب. وعن عطاء كقول الجماعة. وعنه: لا يقصر إلا في سبيل من سبل الخير؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما قصر في سفر واجب أو مندوب. ولنا، قول الله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة﴾ [النساء: ١٠١] وقوله تعالى: ﴿وإن كنتم مرضى أو على سفر﴾ [المائدة: ٦] وقالت عائشة: إن الصلاة أول ما فرضت ركعتان، فأقرت صلاة السفر، وأتمت صلاة الحضر. متفق عليه.

وعن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: «فرض الله الصلاة على لسان نبيكم في الحضر أربعا، وفي السفر ركعتين، وفي الخوف ركعة» . رواه مسلم. وقال عمر - رضي الله عنه - «صلاة السفر ركعتان، والجمعة ركعتان، والعيد ركعتان، تمام غير قصر، على لسان محمد - صلى الله عليه وسلم - وقد خاب من افترى» . رواه سعيد، وابن ماجه.

وروي عن إبراهيم أنه قال: «أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - رجل فقال: يا رسول الله إني أريد البحرين في تجارة، فكيف تأمرني في الصلاة؟ فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: صل ركعتين» . رواه سعيد، عن أبي معاوية، عن الأعمش عن إبراهيم. وقال صفوان بن عسال: «أمرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا كنا مسافرين سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن» .

وهذه النصوص تدل على إباحة الترخص في كل سفر، وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يترخص في عوده من سفره، وهو مباح.

[فصل لا تباح الرخص في سفر المعصية]

(١٢٣٩) فصل: ولا تباح هذه الرخص في سفر المعصية كالإباق، وقطع الطريق، والتجارة في الخمر والمحرمات.." (١)

"[فصل في سفر التنزه والتفرج روايتان إحداهما تبيح الترخص]

(١٢٤٢) فصل: وفي سفر التنزه والتفرج روايتان: إحداهما، تبيح الترخص. وهذا ظاهر كلام الخرقي لأنه سفر مباح، فدخل في عموم النصوص المذكورة، وقياسا على سفر التجارة. والثانية: لا يترخص فيه. قال أحمد: إذا خرج الرجل إلى بعض البلدان تنزها وتلذذا، وليس في طلب حديث ولا حج ولا عمرة ولا تجارة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩٣

فإنه لا يقصر الصلاة؛ لأنه إنما شرع إعانة على تحصيل المصلحة، ولا مصلحة في هذا.
والأول أولى.

[فصل حكم القصر إذا سافر لزيارة القبور والمشاهد]

(١٢٤٣) فصل: فإن سافر لزيارة القبور والمشاهد. فقال ابن عقيل: لا يباح له الترخص؛ لأنه منهي عن السفر إليها، قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد» . متفق عليه، والصحيح إباحته، وجواز القصر فيه؛ لان النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يأتي قباء راكبا وماشيا، وكان يزور القبور، وقال: «زوروها تذكركم الآخرة» .

وأما قوله - صلى الله عليه وسلم -: " لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد " فيحمل على نفي التفضيل، لا على التحريم، وليست الفضيلة شرطا في إباحة القصر، فلا يضر انتفاؤها.

[فصل الملاح هل يقصر في السفينة]

(١٢٤٤) فصل: والملاح الذي يسير في سفينه، وليس له بيت سوى سفينته، فيها أهله وتنوره وحاجته، لا يباح له الترخص. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الملاح، أيقصر، ويفطر في السفينة؟ قال: أما إذا كانت السفينة بيته فإنه يتم ويصوم. قيل له: وكيف تكون بيته؟ قال: لا يكون له بيت غيرها، معه فيها أهله وهو فيها مقيم. وهذا قول عطاء.

وقال الشافعي يقصر ويفطر؛ لعموم النصوص، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة» . رواه أبو داود. ولأن كون أهله معه لا يمنع الترخص، كالجمال. **ولنا**، أنه غير ظاعن عن منزله، فلم يبح له الترخص، كالمقيم في المدن، فأما النصوص فإن المراد بها الظاعن عن منزله، وليس هذا كذلك، وأما الجمال والمكاري فلهم الترخص وإن سافروا بأهلهم.." (١)

"قال: أبو داود: سمعت أحمد يقول في المكاري الذي هو دهره في السفر: لا بد من أن يقدم فيقيم اليوم. قيل: فيقيم اليوم واليومين والثلاثة في تهيئه للسفر. قال: هذا يقصر. وذكر القاضي، وأبو الخطاب، أنه ليس له القصر كالملاح. وهذا غير صحيح؛ لأنه مسافر مشفوق عليه، فكان له القصر كغيره، ولا يصح قياسه على الملاح؛ فإن الملاح في منزله سفرا وحضرا، ومعه مصالحه وتنوره وأهله، وهذا لا يوجد في غيره.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩٥

وإن سافر هذا بأهله كان أشق عليه، وأبلغ في استحقاق الترخص، وقد ذكرنا نص أحمد في الفرق بينهما، والنصوص متناولة لهذا بعمومها، وليس هو في معنى المخصوص، فوجب القول بثبوت حكم النص فيه، والله أعلم.

[مسألة لم ينو القصر في وقت دخوله إلى الصلاة]

(١٢٤٥) مسألة؛ قال: (ومن لم ينو القصر في وقت دخوله إلى الصلاة لم يقصر) . وجملته أن نية القصر شرط في جوازه، ويعتبر وجودها عند أول الصلاة، كنية الصلاة. وهذا قول الخرقي واختاره القاضي.

وقال أبو بكر: لا تشترط نيته؛ لأن من خير في العبادة قبل الدخول فيها خير بعد الدخول فيها، كالصوم، ولأن القصر هو الأصل؛ بدليل خبر عائشة، وعمر، وابن عباس، فلا يحتاج إلى نية، كالإتمام في الحضر، ووجه الأول أن الإتمام هو الأصل، على ما سنذكره في مسألة " وللمسافر أن يقصر وله أن يتم "، وإطلاق النية ينصرف إلى الأصل، ولا ينصرف عنه إلا بتعيين ما يصرفه إليه، كما لو نوى الصلاة مطلقا، ولم ينو إماما ولا مأموما، فإنه ينصرف إلى الانفراد، إذ هو الأصل.

والتفريع يقع على هذا القول، فلو شك في أثناء صلاته، هل نوى القصر في ابتدائها أو لا، لزمه إتمامها احتياطا؛ لأن الأصل عدمها، فإن ذكر بعد ذلك أنه كان قد نوى القصر، لم يجز له القصر؛ لأنه قد لزمه الإتمام، فلم يزل. ولو نوى الإتمام، أو ائتم بمقيم، ففسدت الصلاة، وأراد إعادتها، لزمه الإتمام أيضا؛ لأنها وجبت عليه تامة بتلبسه بها خلف المقيم، ونية الإتمام.

وهذا قول الشافعي. وقال الثوري، وأبو حنيفة: إذا فسدت صلاة الإمام عاد المسافر إلى حاله. ولنا، أنها وجبت بالشروع فيها تامة، فلم يجز له قصرها، كما لو لم تفسد.

[فصل نوى القصر ثم نوى الإتمام]

(١٢٤٦) فصل: ومن نوى القصر، ثم نوى الإتمام، أو نوى ما يلزمه به الإتمام من الإقامة، أو قلب نيته إلى سفر معصية، أو نوى الرجوع عن سفره، ومسافة رجوعه لا يباح فيه القصر، ونحو هذا لزمه الإتمام، ولزم من خلفه متابعته. وبهذا قال الشافعي. وقال: مالك: لا يجوز له الإتمام؛ لأنه نوى عددا، فإذا زاد عليه، حصلت الزيادة بغير نية.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩٦

"ابن ثلاث عشرة سنة، وفي حديثه ما اتفق على تركه، وهو قوله: والخوف ركعة. والظاهر أنه أراد ما أرادت عائشة من ابتداء الفرض، فلذلك لم يأمر من أتم بالإعادة.

وقول عمر: تمام غير قصر. أراد بها تمام في فضلها غير ناقصة الفضيلة. ولم يرد أنها غير مقصورة الركعات؛ لأنه خلاف ما دلت عليه الآية والإجماع، إذ الخلاف إنما هو في القصر والإتمام، وقد ثبت بروايته عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث يعلى بن أمية أنها مقصورة، ويشبه هذا ما رواه مجاهد، قال: جاء رجل إلى ابن عباس، فقال: إني وصاحب لي كنا في سفر، وكان صاحبي يقصر وأنا أتم. فقال له ابن عباس: أنت كنت تقصر وصاحبك يتم؛ رواه الأثرم،

أراد أن فعله أفضل من فعلك. ثم لو ثبت أن أصل الفرض ركعتان لم يمتنع جواز الزيادة عليها، كما لو ائتم بمقيم، ويخالف زيادة ركعتين على صلاة الفجر، فإنه لا يجوز زيادتهما بحال. (١٢٥٠) مسألة؛ قال: (والقصر والفطر أعجب إلى أبي عبد الله، رحمه الله) . أما القصر فهو أفضل من الإتمام في قول جمهور العلماء، وقد كره جماعة منهم الإتمام. قال أحمد: ما يعجبني.

وقال ابن عباس للذي قال له: كنت أتم الصلاة وصاحبي يقصر: أنت الذي كنت تقصر وصاحبك يتم. وشدد ابن عمر على من أتم الصلاة، روي أن رجلا سأله عن صلاة السفر، فقال: ركعتان، فمن خالف السنة كفر. وقال بشر بن حرب: سألت ابن عمر: كيف صلاة السفر يا أبا عبد الرحمن؟ قال إما أنتم تتبعون سنة نبيكم - صلى الله عليه وسلم - أخبرتكم، وإما لا تتبعون سنة نبيكم فلا أخبركم؟ قلنا: فخير ما اتبع سنة نبينا يا أبا عبد الرحمن. قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا خرج من المدينة لم يزد على ركعتين حتى يرجع إليها.» رواه سعيد.

قال: حدثنا حماد بن زيد، عن بشر. ولما بلغ ابن مسعود أن عثمان صلى أربعا استرجع، وقال: «صليت مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ركعتين، ومع أبي بكر ركعتين، ومع عمر ركعتين، ثم تفرقت بكم الطرق، ووددت أن حظي من أربع ركعتان متقبلتان» . وهذا قول مالك.

ولا أعلم فيه مخالفا من الأئمة إلا الشافعي في أحد قوليه، قال: الإتمام أفضل؛ لأنه أكثر عملا وعددا، وهو الأصل، فكان أفضل، كغسل الرجلين. **ولنا**، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يداوم على القصر» ، بدليل ما ذكرنا من الأخبار، وقال ابن عمر: «صحبت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في السفر،

فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله، وصحبت أبا بكر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله، وصحبت عمر فلم يزد على ركعتين حتى قبضه الله." (١)

"ارتحل بعد المغرب، عجل العشاء، فصلاها مع المغرب.» رواه أبو داود، والترمذي، وقال: هذا حديث حسن. وروى ابن عباس، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في الظهر والعصر مثل ذلك. وقيل: إنه متفق عليه. وهذا صريح في محل النزاع. وروى مالك في " الموطأ "، عن أبي الزبير، عن أبي الطفيل، أن معاذا أخبره، أنهم «خرجوا مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في غزوة تبوك، فكان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يجمع بين الظهر والعصر، والمغرب والعشاء. قال: فأخر الصلاة يوما، ثم خرج فصلى الظهر والعصر جميعا، ثم دخل، ثم خرج فصلى المغرب والعشاء جميعا.» قال ابن عبد البر: هذا حديث صحيح، ثابت الإسناد. وقال أهل السير: إن غزوة (تبوك) كانت في رجب، سنة تسع، وفي هذا الحديث أوضح الدلائل، وأقوى الحجج، في الرد على من قال: لا يجمع بين الصلاتين إلا إذا جد به السير؛ لأنه كان يجمع وهو نازل غير سائر، ماكث في خبائه، يخرج فيصلي الصلاتين جميعا، ثم ينصرف إلى خبائه. وروى هذا الحديث مسلم في " صحيحه " قال: فكان يصلي الظهر والعصر جميعا والمغرب والعشاء جميعا. والأخذ بهذا الحديث (متعين) ؛ لثبوته وكونه صريحا في الحكم، ولا معارض له، ولأن الجمع رخصة من رخص السفر، فلم يختص بحالة السير، كالقصر والمسح، ولكن الأفضل التأخير، لأنه أخذ بالاحتياط، وخروج من خلاف القائلين بالجمع، وعمل بالأحاديث كلها.

(١٢٥٣) فصل: ولا يجوز الجمع إلا في سفر يبيح القصر. وقال مالك، والشافعي، في أحد قوليه: يجوز في السفر القصير؛ لأن أهل مكة يجمعون بعرفة ومزدلفة، وهو سفر قصير. **ولنا**، أنه رخصة تثبت لدفع المشقة في السفر، فاختصت بالطويل، كالقصر والمسح ثلاثا؛ ولأنه تأخير للعبادة عن وقتها، فأشبه الفطر، ولأن دليل الجمع فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – والفعل لا صيغة له، وإنما هو قضية في عين، فلا يثبت حكمها إلا في مثلها، ولم ينقل أنه جمع إلا في سفر طويل.

(١٢٥٤) فصل: ويجوز الجمع لأجل المطر بين المغرب والعشاء. ويروى ذلك عن ابن عمر، وفعله أبان بن عثمان في أهل المدينة. وهو قول الفقهاء السبعة، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وروي عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/١٩٩

مروان، وعمر بن عبد العزيز. ولم (يجوزه) أصحاب الرأي. فصل: **ولنا**، أن أبا سلمة بن عبد الرحمن. قال: إن من السنة إذا كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء. رواه الأثرم. وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. وقال نافع: إن عبد الله بن عمر كان." (١)

"يجمع إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء. وقال هشام بن عروة: رأيت أبان بن عثمان يجمع بين الصلاتين في الليلة المطيرة؛ المغرب والعشاء، فيصليهما معه عروة بن الزبير،، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وأبو بكر بن عبد الرحمن، لا ينكرونه. ولا يعرف لهم في عصرهم مخالف، فكان إجماعا. رواه الأثرم (١٢٥٥) فصل: فأما الجمع بين الظهر والعصر، فغير جائز. قال: الأثرم: قيل لأبي عبد الله: الجمع بين الظهر والعصر في المطر؟ قال: لا، ما سمعت. وهذا (اختيار) أبي بكر، وابن حامد، وقول مالك. وقال أبو الحسن التميمي: فيه (قولان،) أحدهما أنه لا بأس به. وهو قول أبي الخطاب، (ومذهب) الشافعي، لما روى يحيى بن واضح، عن موسى بن عقبة، عن نافع عن ابن عمر، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جمع في المدينة بين الظهر والعصر في المطر» . ولأنه (معنى) أباح الجمع، فأباحه بين الظهر والعصر، كالسفر. **ولنا**، أن مستند الجمع ما ذكرناه من قول (أبي سلمة) ، والإجماع، ولم يرد إلا في المغرب والعشاء، وحديثهم غير صحيح؛ فإنه غير مذكور في الصحاح والسنن. وقول أحمد: ما سمعت. يدل على أنه ليس بشيء، ولا يصح القياس على المغرب والعشاء؛ لما فيهما من المشقة لأجل الظلمة والمضرة، ولا القياس على السفر؛ لأن مشقته لأجل السير وفوات الرفقة، وهو غير موجود هاهنا.

(١٢٥٦) فصل: والمطر المبيح للجمع هو ما (يبل) الثياب، وتلحق المشقة بالخروج فيه. وأما الطل، والمطر الخفيف الذي لا يبل الثياب، فلا يبيح، والثلج كالمطر في ذلك، لأنه في معناه، وكذلك البرد.

[فصل حكم الوحل بمجرده في جمع الصلاة]

(١٢٥٧) فصل: فأما الوحل بمجرده. فقال القاضي: قال أصحابنا: هو عذر؛ لأن المشقة تلحق بذلك في النعال والثياب، كما تلحق بالمطر. وهو قول مالك. وذكر أبو الخطاب فيه وجها ثانيا، أنه لا يبيح.

وهو مذهب الشافعي، وأبي ثور؛ لأن مشقته دون مشقة المطر، فإن المطر يبل النعال والثياب، والوحل لا يبلها، فلم يصح قياسه عليه. والأول أصح؛ لأن الوحل يلوث الثياب والنعال، ويتعرض الإنسان للزلق، فيتأذى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٢

نفسه وثيابه، وذلك أعظم من البلل، وقد ساوى المطر في العذر في ترك الجمعة والجماعة، فدل على تساويهما في المشقة المرعية في الحكم.

[فصل جمع الصلاة مع الريح الشديدة في الليلة المظلمة الباردة]

(١٢٥٨) فصل: فأما الريح الشديدة، في الليلة المظلمة الباردة، ففيها وجهان: أحدهما، يبيح الجمع. قال الآمدي: وهو أصح. وهو قول عمر بن عبد العزيز؛ لأن ذلك عذر." (١)

"في الجمعة والجماعة، بدليل ما روى محمد بن الصباح، حدثنا سفيان، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر، قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ينادي مناديه في الليلة المطيرة، أو الليلة الباردة ذات الريح: صلوا في رحالكم» . رواه ابن ماجه، عن محمد بن الصباح.

والثاني، لا يبيحه؛ لأن المشقة فيه دون المشقة في المطر، فلا يصح قياسه عليه، ولأن مشقتها من غير جنس مشقة المطر، ولا ضابط لذلك يجتمعان فيه، فلم يصح إلحاقه به.

[فصل هل يجوز جمع لمنفرد]

(١٢٥٩) فصل: هل يجوز الجمع لمنفرد، أو من كان طريقه إلى المسجد في ظلال يمنع وصول المطر إليه، أو من كان مقامه في المسجد؟ على وجهين: أحدهما، الجواز؛ لأن العذر إذا وجد استوى فيه حال وجود المشقة وعدمها، كالسفر، ولأن الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليست له حاجة، كالسلم، وإباحة اقتناء الكلب للصيد والماشية في حق من لا يحتاج إليهما، ولأنه قد روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جمع في المطر، وليس بين حجرته والمسجد شيء. والثاني، المنع؛ لأن الجمع لأجل المشقة، فيختص بمن تلحقه المشقة، دون من لا تلحقه؛ كالرخصة في التخلف عن الجمعة والجماعة، يختص بمن تلحقه المشقة، دون من لا تلحقه، كمن في الجامع والقريب منه.

[فصل جمع الصلاة لأجل المرض]

(١٢٦٠) فصل: ويجوز الجمع لأجل المرض، وهو قول عطاء، ومالك. وقال أصحاب الرأي والشافعي: لا يجوز، فإن أخبار التوقيت ثابتة، فلا تترك بأمر محتمل. **ولنا**، ما روى ابن عباس، قال: «جمع رسول الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٣

– صلى الله عليه وسلم – بين الظهر والعصر، وبين المغرب والعشاء، من غير خوف ولا مطر.» وفي رواية: «من غير خوف ولا سفر» . رواهما مسلم. وقد أجمعنا على أن الجمع لا يجوز لغير عذر، ثبت أنه كان لمرض، وقد روي عن أبي عبد الله أنه قال في حديث ابن عباس: هذا عندي رخصة للمريض والمرضع. وقد ثبت أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر سهلة بنت سهيل،." [1]

"الصلاتين، وصلى معه في الثانية مأموم ثان، صح. وقال ابن عقيل: لا يصح؛ لأن كل واحد من الإمام والمأموم أحد من يتم به الجمع، فلم يجز اختلافه، وإذا اشترط دوامه كالعذر اشترط دوامه في الصلاتين.

ولنا، أن لكل صلاة حكم نفسها، وهي منفردة بنيتها، فلم يشترط اتحاد الإمام ولا المأموم، كغير المجموعتين. وقوله: إن الإمام والمأموم أحد من يتم به الجمع. لا يصح، فإنه يجوز للمريض والمسافر الجمع منفردا وفي المطر في أحد الوجهين. وإن قلنا: إن الجمع في المطر لا يصح إلا في الجماعة. فالذي يتم به الجمع الجماعة، لا عين الإمام والمأموم، ولم تختل الجماعة، وعلى ما ذكرناه، لو ائتم المأموم بإمام لا ينوي الجمع، فنواه المأموم، فلما سلم الإمام صلى المأموم الثانية، جاز.

لأننا أبحنا له مفارقة إمامة في الصلاة الواحدة لعذر، ففي الصلاتين أولى، ولأن نيتهما لم تختلف في الصلاة الأولى، وإنما نوى أن يفعل فعلا في غيرها، فأشبه ما لو نوى المسافر في الصلاة الأولى إتمام الثانية، وهكذا لو صلى المسافر بمقيمين، فنوى الجمع، فلما صلى بهم الأولى قام فصلى الثانية، جاز على هذا. وكذلك لو صلى أحد صلاتي الجمع منفردا، ثم حضرت جماعة يصلون الثانية، فأمهم فيها، أو صلى معهم مأموما، جاز. وقول ابن عقيل يقتضي أن لا يجوز شيء من ذلك.

[مسألة قال نسي صلاة حضر فذكرها في السفر]

(١٢٧٠) مسألة؛ قال: (وإذا نسي صلاة حضر، فذكرها في السفر، أو صلاة سفر، فذكرها في الحضر، صلى في الحالتين صلاة حضر) . نص أحمد، رحمه الله، على هاتين المسألتين في رواية أبي داود والأثرم. قال في رواية الأثرم: أما المقيم إذا ذكرها في السفر، فذاك بالإجماع يصلي أربعا، وإذا نسيها في السفر، فذكرها في الحضر، صلى أربعا بالاحتياط، فإنما وجبت عليه الساعة، فذهب أبو عبد الله رحمه الله، إلى ظاهر الحديث: " فليصلها إذا ذكرها ". أما إذا نسي صلاة الحضر، فذكرها في السفر، فعليه الإتمام

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٤

إجماعا، ذكره الإمام أحمد وابن المنذر؛ لأن الصلاة تعين عليه فعلها أربعا، فلم يجز له النقصان من عددها، كما لو لم يسافر، ولأنه إنما يقضي ما فاته، وقد فاته أربع.

وأما إن نسي صلاة السفر، فذكرها في الحضر، فقال أحمد: عليه الإتمام احتياطا. وبه قال الأوزاعي، وداود، والشافعي في أحد قوليه. وقال مالك، والثوري، وأصحاب الرأي: يصليها صلاة سفر؛ لأنه إنما يقضي ما فاته، ولم يفته إلا ركعتان. **ولنا**، أن القصر رخصة من رخص السفر، فيبطل بزواله، كالمسح ثلاثا.

ولأنها وجبت عليه في الحضر، بدليل قوله - عليه السلام -: " فليصلها إذا ذكرها ". ولأنها عبادة تختلف بالحضر والسفر، فإذا وجد أحد طرفيها في الحضر، غلب فيها حكمه، كما لو دخلت به السفينة البلد في أثناء الصلاة وكالمسح. وقياسهم ينتقض بالجمعة إذا فاتت، وبالمتيمم إذا فاتته الصلاة، فقضاها عند وجود الماء.." (١)

"عائشة: إذا وضعت الزاد والمزاد فأتم الصلاة. وكان طاوس إذا قدم مكة صلى أربعا. **ولنا**، ما روى أنس، قال: «خرجنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى مكة، فصلى ركعتين حتى رجع، وأقام بمكة عشرا يقصر الصلاة» . متفق عليه.

وذكر أحمد حديث جابر وابن عباس «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قدم لصبح رابعة، فأقام النبي - صلى الله عليه وسلم - اليوم الرابع والخامس والسادس والسابع، وصلى الفجر بالأبطح يوم الثامن» فكان يقصر الصلاة في هذه الأيام، وقد أجمع على إقامتها. قال: فإذا أجمع أن يقيم كما أقام النبي - صلى الله عليه وسلم - قصر، وإذا أجمع على أكثر من ذلك أتم.

قال الأثرم: وسمعت أبا عبد الله يذكر حديث أنس في الإجماع على الإقامة للمسافر. فقال: هو كلام ليس يفقهه كل أحد. وقوله: أقام النبي - صلى الله عليه وسلم - عشرا يقصر الصلاة فقال: قدم النبي - صلى الله عليه وسلم - لصبح رابعة وخامسة وسادسة وسابعة. ثم قال: وثامنة يوم التروية، وتاسعة وعاشرة. فإنما وجه حديث أنس أنه حسب مقام النبي - صلى الله عليه وسلم - بمكة ومنى، وإلا فلا وجه له عندي غير هذا.

فهذه أربعة أيام، وصلاة الصبح بها يوم التروية تمام إحدى وعشرين صلاة يقصر، فهذا يدل على أن من أقام إحدى وعشرين صلاة يقصر، وهي تزيد على أربعة أيام، وهذا صريح في خلاف قول من حده بأربعة أيام.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٨

وقول أصحاب الرأي: لم نعرف لهم مخالفا في الصحابة، غير صحيح، فقد ذكرنا الخلاف فيه عنهم، وذكرنا عن ابن عباس نفسه خلاف ما حكوه عنه. رواه سعيد في سننه، ولم أجد ما حكوه عنه فيه.

وحديث ابن عباس في إقامة تسع عشرة، وجهه أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يجمع الإقامة. قال أحمد: أقام النبي – صلى الله عليه وسلم – بمكة ثماني عشرة زمن الفتح؛ لأنه أراد حنينا، ولم يكن ثم إجماع المقام. وهذه هي إقامته التي رواها ابن عباس، والله أعلم.

[فصل قصد بلدا بعينه فوصله غير عازم على الإقامة به هل يقصر الصلاة]

(١٢٨١) فصل: ومن قصد بلدا بعينه، فوصله غير عازم على الإقامة به مدة ينقطع فيها حكم سفره، فله القصر فيه. قال أحمد، في من دخل مكة لم يجمع على إقامة تزيد على إقامة النبي – صلى الله عليه وسلم – بها، وهو أن يقدم رابع ذي الحجة: فله القصر؛ وذلك لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان في أسفاره يقصر حتى يرجع، وحين قدم مكة وأقام بها ما أقام كان يقصر فيها، وهذا خلاف قول عائشة والحسن.

ولا فرق بين أن يقصد الرجوع إلى بلده، كما فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – في حجة الوداع، على ما في حديث أنس، وبين أن يريد بلدا آخر، كما فعل – صلى الله عليه وسلم – في غزوة الفتح، على ما في حديث ابن عباس.." (١)

"[فصل لا يحرم غير البيع من العقود]

(١٢٩٤) فصل: ولا يحرم غير البيع من العقود، كالإجارة والصلح والنكاح. وقيل: يحرم؛ لأنه عقد معاوضة، أشبه البيع. **ولنا**، أن النهي مختص بالبيع، وغيره لا يساويه في الشغل عن السعي؛ لقلة وجوده، فلا يصح قياسه على البيع.

[فصل للسعي إلى الجمعة وقتان]

(١٢٩٥) فصل: وللسعي إلى الجمعة وقتان: وقت وجوب، ووقت فضيلة. فأما وقت الوجوب فما ذكرناه، وأما وقت الفضيلة فمن أول النهار، فكلما كان أبكر كان أولى وأفضل. وهذا مذهب الأوزاعي، والشافعي، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. وقال مالك: لا يستحب التبكير قبل الزوال؛ لقول النبي – صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢١٣

وسلم -: " من راح إلى الجمعة ".
والرواح بعد الزوال، والغدو قبله، قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «غدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها» . ويقال: تروحت عند انتصاف النهار.
قال امرؤ القيس:
تروح من الحي أم تبتكر
ولنا، ما روى أبو هريرة، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة، ثم راح في الساعة الأولى، فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية، فكأنما قرب بقرة، ومن راح في الساعة الثالثة، فكأنما قرب كبشا أقرن، ومن راح في الساعة الرابعة، فكأنما قرب دجاجة، ومن راح في الساعة الخامسة، فكأنما قرب بيضة، فإذا خرج الإمام حضرت الملائكة يستمعون الذكر» متفق عليه. وفي لفظ: «إذا كان يوم الجمعة وقف على كل باب من أبواب المسجد ملائكة يكتبون الأول فالأول، فإذا خرج الإمام طووا الصحف، وجاءوا يستمعون» . متفق عليه. وقال علقمة: خرجت مع عبد الله إلى الجمعة، فوجدت ثلاثة قد سبقوه، فقال: رابع أربعة، وما رابع أربعة ببعيد، إني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «إن الناس يجلسون من الله عز وجل يوم القيامة على قدر رواحهم إلى الجمعة» . رواه ابن ماجه. وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من غسل يوم الجمعة واغتسل، وبكر وابتكر، كان له بكل خطوة يخطوها أجر سنة، صيامها وقيامها» . أخرجه الترمذي، وقال: حديث حسن. رواه ابن ماجه، وزاد: «ومشى." (١)

"يقرأ آيات ولا يجب قراءة آيات، ولكن يستحب أن يقرأ آيات كذلك، ولما روت أم هشام بنت حارثة بن النعمان، قالت: «ما أخذت ق والقرآن المجيد إلا من في رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يخطب بها في كل جمعة» . وعن أخت لعمرة كانت أكبر منها مثل هذا، رواهما مسلم
، وفي حديث الشعبي، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقرأ سورة.

[فصل يستحب أن يجلس بين الخطبتين جلسة خفيفة]
(١٣٠١) فصل: يستحب أن يجلس بين الخطبتين جلسة خفيفة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يفعل ذلك كما روينا في حديث ابن عمر، وجابر بن سمرة وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٢١

وقال الشافعي: هي واجبة؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يجلسها **ولنا**، أنها جلسة ليس فيها ذكر مشروع، فلم تكن واجبة كالأولى، وقد سرد الخطبة جماعة، منهم المغيرة بن شعبة، وأبي بن كعب. قاله أحمد.

وروي عن أبي إسحاق، قال: رأيت عليا يخطب على المنبر، فلم يجلس حتى فرغ. وجلوس النبي – صلى الله عليه وسلم – كان للاستراحة، فلم تكن واجبة، كالأولى، ولكن يستحب، فإن خطب جالسا لعذر فصل بين الخطبتين بسكتة، وكذلك إن خطب قائما فلم يجلس. قال: ابن عبد البر: ذهب مالك، والعراقيون، وسائر فقهاء الأمصار إلا الشافعي، أن الجلوس بين الخطبتين لا شيء على من تركه.

[فصل السنة أن يخطب متطهرا]

(١٣٠٢) فصل: والسنة أن يخطب متطهرا. قال أبو الخطاب: وعنه أن ذلك من شرائطها، وللشافعي قولان، كالروايتين. وقد قال أحمد، في من خطب وهو جنب، ثم اغتسل وصلى بهم: يجزئه. وهذا إنما يكون إذا خطب في غير المسجد، أو خطب في المسجد غير عالم بحال نفسه، ثم علم بعد ذلك، والأشبه بأصول المذهب اشتراط الطهارة من الجنابة؛ فإن أصحابنا قالوا: يشترط قراءة آية فصاعدا. وليس ذلك للجنب، ولأن الخرقي اشترط للأذان الطهارة من الجنابة، فالخطبة أولى.

فأما الطهارة الصغرى فلا يشترط؛ لأنه ذكر يتقدم الصلاة، فلم تكن الطهارة فيه شرطا كالأذان، لكن يستحب أن يكون متطهرا من الحدث والنجس؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يصلي عقيب الخطبة، لا يفصل بينهما بطهارة، فيدل على أنه كان متطهرا، والاقتداء به إن لم يكن واجبا فهو سنة. ولأننا استحببنا ذلك للأذان، فالخطبة أولى، ولأنه لو لم يكن متطهرا احتاج إلى الطهارة بين الصلاة والخطبة، فيفصل بينهما، وربما طول على الحاضرين.." (١)

"قال أحمد: لا بأس أن يصلي على النبي – صلى الله عليه وسلم – فيما بينه وبين نفسه. ورخص له في القراءة والذكر عطاء، وسعيد بن جبير، والنخعي والشافعي وليس له أن يرفع صوته، ولا يذاكر في الفقه، ولا يصلي، ولا يجلس في حلقة.

وذكر ابن عقيل أن له المذاكرة في الفقه، وصلاة النافلة. **ولنا**، عموم ما رويناه، وأن «النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن الحلق يوم الجمعة قبل الصلاة.» رواه أبو داود. ولأنه إذا رفع صوته منع من هو أقرب

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٢٧

منه من السماع، فيكون مؤذيا له، فيكون عليه إثم من آذى المسلمين، وصد عن ذكر الله تعالى. وإذا ذكر الله فيما بينه وبين نفسه، من غير أن يسمع أحدا، فلا بأس.
وهل ذلك أفضل أو الإنصات؟ يحتمل وجهين: أحدهما، الإنصات أفضل؛ لحديث عبد الله بن عمرو، وقول عثمان. والثاني، الذكر أفضل؛ لأنه يحصل له ثوابه من غير ضرر، فكان أفضل، كما قبل الخطبة.

[فصل لا يحرم الكلام على الخطيب ولا على من سأله الخطيب]
(١٣٢٦) فصل: ولا يحرم الكلام على الخطيب، ولا على من سأله الخطيب؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - سأل سليكا الداخل وهو يخطب: أصليت؟ قال: لا» وعن ابن عمر، أن عمر بينا هو يخطب يوم الجمعة، إذ دخل رجل من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فناداه عمر: أية ساعة هذه؟ قال: إني شغلت اليوم، فلم أنقلب إلى أهلي حتى سمعت النداء، فلم أزد على أن توضأت. قال عمر: الوضوء أيضا؟ وقد علمت أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يأمر بالغسل. متفق عليه.
ولأن تحريم الكلام علته الاشتغال به عن الإنصات الواجب، وسماع الخطبة.
ولا يحصل هاهنا، وكذلك من كلم الإمام لحاجة، أو سأله عن مسألة، بدليل الخبر الذي تقدم ذكره.

[فصل إذا سمع الإنسان يوم الجمعة متكلما لم ينهه بالكلام]
(١٣٢٧) فصل: وإذا سمع الإنسان متكلما لم ينهه بالكلام؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا قلت لصاحبك أنصت، والإمام يخطب، فقد لغوت» ولكن يشير إليه. نص عليه أحمد فيضع أصبعه على فيه.
وممن رأى أن يشير ولا يتكلم، زيد بن صوحان، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، والثوري، والأوزاعي، وابن المنذر، وكره الإشارة طاوس.." (١)

"وأبي ثور؛ لأنه يتناوله اسم الجمع، فانعقدت به الجماعة كالأربعين، ولأن الله تعالى قال: ﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [الجمعة: ٩] وهذه صيغة الجمع، فيدخل فيه الثلاثة. وقال أبو حنيفة: تنعقد بأربعة؛ لأنه عدد يزيد على أقل الجمع المطلق، أشبه الأربعين.
وقال ربيعة: تنعقد باثني عشر رجلا؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، «أنه كتب إلى مصعب

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٣٩

بن عمير بالمدينة، فأمره أن يصلي الجمعة عند الزوال ركعتين، وأن يخطب فيهما فجمع مصعب بن عمير في بيت سعد بن خيثمة باثني عشر رجلا» . وعن جابر قال: «كنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم الجمعة، فقدمت سويقة، فخرج الناس إليها، فلم يبق إلا اثنا عشر رجلا، أنا فيهم، فأنزل الله تعالى: ﴿وإذا رأوا تجارة أو لهوا انفضوا إليها وتركوك قائما﴾ [الجمعة: ١١] . إلى آخر الآية.» رواه مسلم.

وما يشترط للابتداء يشترط للاستدامة. **ولنا**، ما روى كعب بن مالك، قال: أول من جمع بنا أسعد بن زرارة، في هزم النبيت، من حرة بني بياضة، في نقيع يقال له: نقيع الخضمات قلت له: كم كنتم يومئذ؟ قال: أربعون. رواه أبو داود، والأثرم.

وروى خصيف، عن عطاء، عن جابر بن عبد الله، قال: مضت السنة أن في كل أربعين فما فوقها جمعة. رواه الدارقطني. وضعفه ابن الجوزي. وقول الصحابي: مضت السنة. ينصرف إلى سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فأما من روى أنهم كانوا اثني عشر رجلا، فلا يصح؛ فإن ما رويناه أصح منه رواه أصحاب السنن. والخبر الآخر يحتمل أنهم عادوا فحضروا القدر الواجب، ويحتمل أنهم عادوا قبل طول الفصل.

فأما الثلاثة والأربعة فتحكم بالرأي فيما لا مدخل له فيه، فإن التقديرات بابها التوقيف، فلا مدخل للرأي فيها، ولا معنى لاشتراط كونه جمعا، ولا للزيادة على الجمع، إذ لا نص في هذا ولا معنى نص، ولو كان الجمع كافيا فيه، لاكتفي بالاثنين، فإن الجماعة تنعقد بهما. (١٣٣٨)

فصل: فأما الاستيطان، فهو شرط في قول أكثر أهل العلم.

وهو الإقامة في قرية، على الأوصاف المذكورة، لا يظعنون عنها صيفا ولا شتاء، ولا تجب على مسافر ولا على مقيم في قرية يظعن أهلها عنها في الشتاء دون." (١)

"[فصل لا يشترط للجمعة المصر]

(١٣٤٠) فصل: ولا يشترط للجمعة المصر روي نحو ذلك عن ابن عمر، وعمر بن عبد العزيز، والأوزاعي، والليث، ومكحول، وعكرمة، والشافعي. وروي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع.

وبه قال: الحسن، وابن سيرين وإبراهيم، وأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن؛ لأنه قد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا جمعة ولا تشريق إلا في مصر جامع.» **ولنا**، ما روى كعب بن مالك أنه قال: أسعد بن زرارة أول من جمع بنا في هزم النبيت من حرة بني بياضة، في نقيع يقال له: نقيع الخضمات

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٤٤

رواه أبو داود.

قال ابن جريج: قلت لعطاء: تعني إذا كان ذلك بأمر النبي - صلى الله عليه وسلم -؟ قال. نعم قال الخطابي: حرة بني بياضة قرية على ميل من المدينة

وعن ابن عباس، قال: إن أول جمعة جمعت بعد جمعة المدينة لجمعة جمعت بجواثا من البحرين من قرى عبد القيس رواه البخاري.

وروى أبو هريرة، أنه كتب إلى عمر يسأله عن الجمعة بالبحرين، وكان عامله عليها فكتب إليه عمر: جمعوا حيث كنتم رواه الأثرم قال أحمد: إسناد جيد فأما خبرهم فلم يصح. قال أحمد: ليس هذا بحديث، ورواه الأعمش، عن أبي سعيد المقبري، ولم يلقه. قال أحمد: الأعمش لم يسمع من أبي سعيد، إنما هو عن علي، وقول عمر يخالفه

(١٣٤١) فصل: ولا يشترط لصحة الجمعة إقامتها في البنيان، ويجوز إقامتها فيما قاربه من الصحراء. وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي: لا تجوز في غير البنيان؛ لأنه موضع يجوز لأهل المصر قصر الصلاة فيه، فأشبه البعيد.

ولنا، أن مصعب بن عمير جمع بالأنصار في هزم النبيت في نقيع الخضمات، والنقيع: بطن من الأرض يستنقع فيه الماء مدة، فإذا نضب الماء نبت الكلأ.

ولأنه موضع لصلاة العيد، فجازت فيه الجمعة، كالجامع، ولأن الجمعة صلاة عيد، فجازت في المصلى كصلاة الأضحى، ولأن الأصل عدم اشتراط ذرك، ولا نص في اشتراطه، ولا معنى نص، فلا يشترط.

[مسألة صلوا جمعة مع اختلال بعض شروطها]

(١٣٤٢) مسألة: قال: (وإن صلوا أعادوها ظهرا) وجملته أن ما كان شرطا لوجوب الجمعة، فهو شرط لانعقادها، فمتى صلوا جمعة مع اختلال بعض شروطها، لم يصح، ولزمهم أن يصلوا ظهرا، ولا يعد في الأربعين الذين تنعقد بهم الجمعة من لا تجب عليه." (١)

"، ولا يعتبر اجتماع الشروط للصحة، بل تصح ممن لا تجب عليه، تبعا لمن وجبت عليه، ولا يعتبر في وجوبها كونه ممن تنعقد به، فإنها تجب على من يسمع النداء من غير أهل المصر، ولا تنعقد به. (١٣٤٣)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٤٦

فصل: ويعتبر استدامة الشروط في القدر الواجب من الخطبتين. وقال أبو حنيفة، في رواية عنه: لا يشترط العدد فيهما؛ لأنه ذكر يتقدم الصلاة، فلم يشترط له العدد، كالأذان. **ولنا**، أنه ذكر من شرائط الجمعة، فكان من شرطه العدد، كتكبيرة الإحرام، ويفارق الأذان، فإنه ليس بشرط، وإنما مقصوده الإعلام، والإعلام للغائبين، والخطبة مقصودها التذكير والموعظة، وذلك إنما يكون للحاضرين، وهي مشتقة من الخطاب، والخطاب إنما يكون للحاضرين

فعلى هذا إن انفضوا في أثناء الخطبة، ثم عادوا فحضروا القدر الواجب، أجزأهم، وإلا لم يجزئهم، إلا أن يحضروا القدر الواجب، ثم ينفضوا ويعودوا قبل شروعه في الصلاة، من غير طول الفصل، فإن طال الفصل، لزمه إعادة الخطبة، إن كان الوقت متسعا؛ لأنهم من أهل وجوب الجمعة، والوقت متسع لها، لتصح لهم الجمعة، وإن ضاق الوقت صلوا ظهرا، والمرجع في طول الفصل وقصره إلى العادة (١٣٤٤)

فصل: ويعتبر استدامة الشروط في جميع الصلاة، فإن نقص العدد قبل كمالها، فظاهر كلام أحمد أنه لا يتمها جمعة وهذا أحد قولي الشافعي لأنه فقد بعض شرائط الصلاة، فأشبه فقد الطهارة. وقياس قول الخرقي أنهم إن انفضوا بعد ركعة، أنه يتمها جمعة، وهذا قول مالك، وقال المزني: هو الأشبه عندي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أدرك من الجمعة ركعة أضاف إليها أخرى» .

ولأنهم أدركوا ركعة، فصحت لهم جمعة، كالمسبوقين بركعة، ولأن العدد شرط يختص الجمعة، فلم يفت بفواته في ركعة، كما لو دخل وقت العصر وقد صلوا ركعة. وقال أبو حنيفة: إن انفضوا بعدما صلى ركعة بسجدة واحدة، أتمها جمعة؛ لأنهم أدركوا معظم الركعة، فأشبه ما لو أدركوها بسجدتيها. وقال إسحاق: إن بقي معه اثنا عشر رجلا، أتمها جمعة لأن أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - انفضوا عنه، فلم يبق معه إلا اثنا عشر رجلا، فأتمها جمعة.

وقال الشافعي، في أحد أقواله: إن بقي معه اثنان، أتمها جمعة وهو قول الثوري؛ لأنهم أقل الجمع وحكى عنه أبو ثور: إن بقي معه واحد أتمها جمعة؛ لأن الاثنين جماعة.

ولنا، أنهم لم يدركوا ركعة كاملة بشروط الجمعة فأشبه ما لو انفض الجميع قبل الركوع في الأولى. وقولهم: أدرك معظم الركعة، يبطل بمن لم يفته من الركعة إلا السجدتان، فإنه قد أدرك معظمها.

وقول الشافعي: بقي معه من تنعقد به الجماعة قلنا: لا يصح، لأن هذا لا يكفي في الابتداء، فلا يكفي في الدوام. إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا لا يتمها جمعة، فقياس قول الخرقي أنها تبطل، ويستأنف." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٤٧

"(١٣٥٤) فصل: تجب الجمعة على الأعمى وقال أبو حنيفة: لا تجب عليه. **ولنا** عموم الآية، والأخبار، وقوله: «الجمعة واجبة إلا على أربعة» وما ذكرنا في وجوب الجماعة عليه.

(١٣٥٥) مسألة: قال: (وإن حضروها أجزأتهم) يعني تجزئهم الجمعة عن الظهر، ولا نعلم في هذا خلافا. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لا جمعة على النساء، وأجمعوا على أنهن إذا حضرن فصلين الجمعة أن ذلك يجزئ عنهن؛ لأن إسقاط الجمعة للتخفيف عنهن، فإذا تحملوا المشقة وصلوا، أجزأهم، كالمريض. (١٣٥٦)

فصل: والأفضل للمسافر حضور الجمعة،؛ لأنها أكمل.

فأما العبد فإن أذن له سيده في حضورها فهو أفضل؛ لينال فضل الجمعة وثوابها، ويخرج من الخلاف. وإن منعه سيده لم يكن له حضورها، إلا أن نقول بوجوبها عليه. وأما المرأة فإن كانت مسنة فلا بأس بحضورها وإن كانت شابة، جاز حضورها، وصلاتهما في بيوتهما خير لهما، كما روي في الخبر: «وبيوتهن خير لهن» . وقال أبو عمرو الشيباني: رأيت ابن مسعود يخرج النساء من الجامع يوم الجمعة، يقول: اخرجن إلى بيوتكن خير لكن.

(١٣٥٧) فصل: ولا تنعقد الجمعة بأحد من هؤلاء، ولا يصح أن يكون إماما فيها. وقال أبو حنيفة، والشافعي: يجوز أن يكون العبد والمسافر إماما فيها، ووافقهم مالك في المسافر.

وحكي عن أبي حنيفة أن الجمعة تصح بالعبيد والمسافرين؛ لأنهم رجال تصح منهم الجمعة.

ولنا، أنهم من غير أهل فرض الجمعة، فلم تنعقد الجمعة بهم، ولم يجز أن يؤموا فيها، كالنساء والصبيان، ولأن الجمعة إنما تنعقد بهم تبعا لمن انعقدت به، فلو انعقدت بهم أو كانوا أئمة فيها صار التبع متبوعا، وعليه يخرج الحر المقيم، ولأن الجمعة لو انعقدت بهم لانعقدت بهم منفردين، كالأحرار المقيمين، وقياسهم منتقض بالنساء والصبيان. (١٣٥٨)

فصل: فأما المريض، ومن حبسه العذر من المطر والخوف، فإذا تكلف حضورها وجبت عليه، وانعقدت به،." (١)

"مع الشك في طهارتها. وإن صلاها مع صلاة الإمام لم تصح؛ لأنه صلاها قبل فراغ الإمام منها، أشبه ما لو صلاها قبله في وقت يعلم أنه لا يدركها.

(١٣٦١) فصل: فأما من لا تجب عليه الجمعة، كالمسافر، والعبد، والمرأة، والمريض، وسائر المعذورين،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٥٣

فله أن يصلي الظهر قبل صلاة الإمام في قول أكثر أهل العلم. وقال أبو بكر عبد العزيز: لا تصح صلاته قبل الإمام؛ لأنه لا يتيقن بقاء العذر، فلم تصح صلاته كغير المعذور.

ولنا، أنه لم يخاطب بالجمعة، فصحت منه الظهر، كما لو كان بعيدا من موضع الجمعة. وقوله: لا يتيقن بقاء العذر. قلنا: أما المرأة فمعلوم بقاء عذرها، وأما غيرها فالظاهر بقاء عذره، والأصل استمراره، فأشبه المتيمم إذا صلى في أول الوقت، والمريض إذا صلى جالسا، إذا ثبت هذا، فإنه إن صلاها، ثم سعى إلى الجمعة، لم تبطل ظهره، وكانت الجمعة نفلا في حقه، سواء زال عذره أو لم يزل.

وقال أبو حنيفة: تبطل ظهره بالسعي إليها، كالتي قبلها. **ولنا**، ما روى أبو العالية، قال: سألت عبد الله بن الصامت، فقلت: نصلي يوم الجمعة خلف أمراء فيؤخرون الصلاة؟ فقال: سألت أبا ذر عن ذلك، فقال: سألت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك، فقال: «صلوا الصلاة لوقتها، واجعلوا صلاتكم معهم نافلة.» وفي لفظ: «فإن أدركتها معهم فصل، فإنها لك نافلة» .

ولأنها صلاة صحيحة أسقطت فرضه، وأبرأت ذمته، فأشبهت ما لو صلى الظهر منفردا، ثم سعى إلى الجماعة، والأفضل أن لا يصلوا إلا بعد صلاة الإمام؛ ليخرجوا من الخلاف، ولأنه يحتمل زوال أعذارهم، فيدركون الجمعة. (١٣٦٢)

فصل: ولا يكره لمن فاتته الجمعة، أو لم يكن من أهل فرضها، أن يصلي الظهر في جماعة إذا أمن أن ينسب إلى مخالفة الإمام، والرغبة عن الصلاة معه، أو أنه يرى الإعادة إذا صلى معه. فعل ذلك ابن مسعود، وأبو ذر، والحسن بن عبيد الله، وإياس بن معاوية، وهو قول الأعمش، والشافعي، وإسحاق.

وكرهه الحسن، وأبو قلابة، ومالك، وأبو حنيفة، لأن زمن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يخل من معذورين، فلم ينقل أنهم صلوا جماعة. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم -: «صلاة الجماعة تفضل صلاة الفذ بخمس وعشرين درجة» وروي عن ابن مسعود أنه فاتته الجمعة، فصلى بعلقمة والأسود واحتج به أحمد، وفعله من ذكرنا من قبل ومطرف، وإبراهيم. قال أبو عبد الله: ما أعجب الناس ينكرون هذا، فأما زمن النبي – صلى الله عليه وسلم – فلم ينقل إلينا أنه اجتمع جماعة معذورون يحتاجون إلى إقامة الجماعة.." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٥٥

"كان يأمر بالغسل؟» ولو كان واجبا لرده، ولم يخف على عثمان وعلى من حضر من الصحابة، وحديثهم محمول على تأكيد الندب، ولذلك ذكر في سياقه: " وسواك، وأن يمس طيبا "كذلك رواه مسلم. والسواك، ومس الطيب، لا يجب، ولما ذكرنا من الأخبار، وقالت عائشة: كان الناس مهنة أنفسهم، وكانوا يروحون إلى الجمعة بهيئتهم، فتظهر لهم رائحة، فقيل لهم: لو اغتسلتم. رواه مسلم بنحو هذا المعنى (١٣٦٤) فصل: وقت الغسل بعد طلوع الفجر، فمن اغتسل بعد ذلك أجزأه، وإن اغتسل قبله لم يجزئه، وهذا قول مجاهد، والحسن، والنخعي، والثوري، والشافعي، وإسحاق وحكي عن الأوزاعي أنه يجزئه الغسل قبل الفجر. وعن مالك: أنه لا يجزئه الغسل إلا أن يتعقبه الرواح. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من اغتسل يوم الجمعة» واليوم من طلوع الفجر، وإن اغتسل، ثم أحدث، أجزأه الغسل، وكفاه الوضوء، وهذا قول مجاهد، والحسن، ومالك، والأوزاعي، والشافعي. واستحب طاوس والزهري، وقتادة، ويحيى بن أبي كثير، إعادة الغسل.

ولنا، أنه اغتسل يوم الجمعة، فدخل في عموم الخبر، وأشبه من لم يحدث، والحدث إنما يؤثر في الطهارة الصغرى، ولا يؤثر في المقصود من الغسل، وهو التنظيف، وإزالة الرائحة، ولأنه غسل، فلا يؤثر الحدث في إبطاله، كغسل الجنابة. (١٣٦٥) فصل: ويفتقر الغسل إلى النية؛ لأنه عبادة محضة، فافتقر إلى النية، كتجديد الوضوء، فإن اغتسل للجمعة والجنابة غسلا واحدا ونواهما، أجزأه، ولا نعلم فيه خلافا وروي ذلك عن ابن عمر، ومجاهد، ومكحول، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأبي ثور. وقد ذكرنا أن معنى قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «من غسل واغتسل» أي: جامع واغتسل، ولأنهما." (١)

"[مسألة صلوا الجمعة قبل الزوال في الساعة السادسة]

(١٣٨٠) مسألة: قال: (وإن صلوا الجمعة قبل الزوال في الساعة السادسة، أجزأتهم) وفي بعض النسخ، في الساعة الخامسة. والصحيح في الساعة السادسة. وظاهر كلام الخرقي أنه لا يجوز صلاتها فيما قبل السادسة. وروي عن ابن مسعود، وجابر، وسعيد، ومعاوية، أنهم صلوها قبل الزوال. وقال القاضي، وأصحابه: يجوز فعلها في وقت صلاة العيد.

وروى ذلك عبد الله، عن أبيه، قال: نذهب إلى أنها كصلاة العيد. وقال مجاهد: ما كان للناس عيد إلا في أول النهار. وقال عطاء: كل عيد حين يمتد الضحى؛ الجمعة، والأضحى، والفطر؛ لما روي عن ابن مسعود، أنه قال: «ما كان عيد إلا في أول النهار، ولقد كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي بنا الجمعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٥٧

في ظل الحطيم» . رواه ابن البختري في " أماليه " بإسناده.

وروي عن ابن مسعود، ومعاوية، أنهما صليا الجمعة ضحى، وقالا: إنما عجلنا خشية الحر عليكم. وروى الأثرم حديث ابن مسعود. ولأنها عيد فجازت في وقت العيد، كالفطر والأضحى والدليل على أنها عيد قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن هذا يوم جعله الله عيدا للمسلمين» . وقوله: «قد اجتمع لكم في يومكم هذا عيدان» .

وقال أكثر أهل العلم: وقتها وقت الظهر، إلا أنه يستحب تعجيلها في أول وقتها؛ لقول سلمة بن الأكوع: «كنا نجمع مع النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا زالت الشمس، ثم نرجع نتبع الفيء» . متفق عليه.

وقال أنس: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي الجمعة حين تميل الشمس» . رواه البخاري. ولأنهما صلاتا وقت، فكان وقتهما واحدا، كالمقصورة والتامة، ولأن إحداهما بدل عن الأخرى، وقائمة مقامها، فأشبها الأصل المذكور، ولأن آخر وقتهما واحد، فكان أوله واحدا، كصلاة الحضر والسفر. **ولنا**، على جوازها في السادسة السنة والإجماع؛ أما السنة فما روى جابر بن عبد الله، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي - يعني الجمعة - ثم نذهب إلى جمالنا فنريحها حتى تزول الشمس.» أخرجه مسلم.

وعن سهل بن سعد، قال: «ما كنا نقيل ولا نتغدى إلا بعد الجمعة في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم -» . متفق عليه. قال ابن قتيبة: لا يسمى غداء، ولا قائلة بعد الزوال. وعن سلمة، قال: «كنا نصلي مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الجمعة، ثم ننصرف وليس للحيطان فيء.» رواه أبو داود.

وأما الإجماع، فروى الإمام أحمد عن وكيع، عن جعفر بن برقان، عن ثابت بن الحجاج، عن عبد الله بن سيدان، قال: شهدت الخطبة مع أبي بكر، فكانت صلاته وخطبته قبل نصف النهار، وشهدتها مع عمر بن الخطاب،." (١)

"«قال للأعمى الذي قال: ليس لي قائد يقودني: أتسمع النداء؟ قال: نعم. قال: فأجب» . ولأن من سمع النداء داخل في عموم قول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [الجمعة: ٩] .

وروي عن ابن عمر، وأبي هريرة، وأنس، والحسن، ونافع، وعكرمة، والحكم وعطاء، والأوزاعي، أنهم قالوا: الجمعة على من آواه الليل إلى أهله؛ لما روى أبو هريرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الجمعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٦٤

على من آواه الليل إلى أهله» . وقال أصحاب الرأي: لا جمعة على من كان خارج المصر؛ لأن عثمان – رضي الله عنه – صلى العيد في يوم جمعة، ثم قال لأهل العوالي: من أراد منكم أن ينصرف فلينصرف، ومن أراد أن يقيم حتى يصلي الجمعة فليقم.

ولأنهم خارج المصر، فأشبه أهل الحلل. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿إذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله﴾ [الجمعة: 9] . وهذا يتناول غير أهل المصر إذا سمعوا النداء، وحديث عبد الله بن عمرو، ولأن غير أهل المصر يسمعون النداء، وهم من أهل الجمعة، فلزمهم السعي إليها، كأهل المصر.

وحديث أبي هريرة غير صحيح، يرويه عبد الله بن سعيد المقبري، وهو ضعيف، قال أحمد بن الحسن: ذكرت هذا الحديث لأحمد بن حنبل، فغضب، وقال: استغفر ربك، استغفر ربك. وإنما فعل أحمد هذا، لأنه لم ير الحديث شيئا لحال إسناده. قال ذلك الترمذي. وأما ترخيص عثمان لأهل العوالي فلأنه إذا اجتمع عيدان اجتزئ بالعيد، وسقطت الجمعة عمن حضره، على ما قررناه فيما مضى.

وأما اعتبار أهل القرى بأهل الحلل فلا يصح؛ لأن أهل الحلل غير مستوطنين، ولا هم ساكنون بقرية، ولا في موضع جعل للاستيطان.

وأما اعتبار حقيقة النداء فلا يمكن؛ لأنه قد يكون من الناس الأصم وثقيل السمع، وقد يكون النداء بين يدي المنبر، فلا يسمعه إلا من في الجامع، وقد يكون المؤذن خفي الصوت، أو في يوم ذي ريح، ويكون المستمع نائما أو مشغولا بما يمنع السماع، فلا يسمع، ويسمع من هو أبعد منه، فيفضي إلى وجوبها على البعيد دون القريب، وما هذا سبيله ينبغي أن يقدر بمقدار لا يختلف، والموضع الذي يسمع منه النداء في الغالب – إذا كان المنادي صيتا، في موضع عال، والريح ساكنة، والأصوات هادئة، والمستمع سميع غير ساه ولا لاه – فرسخ، أو ما قاربه، فحد به، والله أعلم.

(١٣٨٤) فصل: وأهل القرية لا يخلون من حالين: إما أن يكون بينهم وبين المصر أكثر من فرسخ، أو لا، فإن." (١)

"كان بينهم أكثر من فرسخ لم يجب عليهم السعي إليه، وحالهم معتبر بأنفسهم، فإن كانوا أربعين واجتمعت فيهم شرائط الجمعة، فعليهم إقامتها، وهم مخيرون بين السعي إلى المصر، وبين إقامتها في قريتهم، والأفضل إقامتها؛ لأنه متى سعى بعضهم أخل على الباقين الجمعة، وإذا أقاموا حضرها جميعهم، وفي إقامتها بموضعهم تكثير جماعات المسلمين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٦٧

وإن كانوا ممن لا تجب عليهم الجمعة بأنفسهم فهم مخيرون بين السعي إليها، وبين أن يصلوا ظهرا، والأفضل السعي إليها، لينال فضل الساعي إلى الجمعة ويخرج من الخلاف. والحال الثاني، أن يكون بينهم وبين المصر فرسخ فما دون، فينظر فيهم، فإن كانوا أقل من أربعين فعليهم السعي إلى الجمعة، لما قدمنا.
وإن كانوا ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم، وكان موضع الجمعة القريب منهم قرية أخرى، لم يلزمهم السعي إليها، وصلوا في مكانهم، إذ ليست إحدى القريتين بأولى من الأخرى.
وإن أحبوا ا لسعي إليها، جاز، والأفضل أن يصلوا في مكانهم، كما ذكرنا من قبل. فإن سعى بعضهم فنقص عدد الباقين، لزمهم السعي؛ لئلا يؤدي إلى ترك الجمعة ممن تجب عليه. وإن كان موضع الجمعة القريب مصرا، فهم مخيرون أيضا بين السعي إلى المصر، وبين إقامة الجمعة في مكانهم، كالتي قبلها.
ذكره ابن عقيل. وعن أحمد، أن السعي يلزمهم، إلا أن يكون لهم عذر فيصلون جمعة. والأول أصح؛ لأن أهل القرية لا تنعقد بهم جمعة أهل المصر، فكان لهم إقامة الجمعة في مكانهم، كما لو سمعوا النداء من قرية أخرى، ولأن أهل القرى يقيمون الجمع في بلاد الإسلام، وإن كانوا قريبا من المصر، من غير نكير.

[فصل صلاة الجمعة بأقل من الأربعين]
(١٣٨٥) فصل: وإذا كان أهل المصر دون الأربعين، فجاءهم أهل القرية، فأقاموا الجمعة في المصر، لم يصح؛ لأن أهل القرية غير مستوطنين في المصر، وأهل المصر لا تنعقد بهم الجمعة لقلتهم. وإن كان أهل القريـة ممن تجب عليهم الجمعة بأنفسهم لزم أهل المصر السعي إليهم، لأنهم ممن بينه وبين موضع الجمعة أقل من فرسخ، فلزمهم السعي إليها، كما يلزم أهل القرية السعي إلى المصر إذا أقيمت به وكان أهل القرية دون الأربعين.
وإن كان في كل واحد منهما دون الأربعين، لم يجز إقامة الجمعة في واحد منهما.

[فصل من تجب عليه الجمعة لا يجوز له السفر بعد دخول وقتها]
(١٣٨٦) فصل: ومن تجب عليه الجمعة لا يجوز له السفر بعد دخول وقتها. وبه قال الشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة يجوز.
وسئل الأوزاعي عن مسافر يسمع أذان الجمعة، وقد أسرج دابته، فقال: ليمض في سفره؛ لأن عمر – رضي الله عنه – قال: الجمعة لا تحبس عن سفر. **ولنا**، ما روى ابن عمر، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم

- قال: «من سافر من دار إقامة يوم الجمعة دعت عليه الملائكة، لا يصحب في سفره، ولا يعان على حاجته» رواه الدارقطني في الأفراد.." [1]

"[باب صلاة العيدين]

. الأصل في صلاة العيد الكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فصل لربك وانحر﴾ [الكوثر: ٢] . المشهور في التفسير أن المراد بذلك صلاة العيد. وأما السنة فثبت بالتواتر أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يصلي صلاة العيدين. قال ابن عباس: «شهدت صلاة الفطر مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبي بكر، وعمر، فكلهم يصليها قبل الخطبة.» وعنه «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى العيد بغير أذان ولا إقامة» . متفق عليهما.

وأجمع المسلمون على صلاة العيدين. وصلاة العيد فرض على الكفاية، في ظاهر المذهب، إذا قام بها من يكفي سقطت عن الباقين، وإن اتفق أهل بلد على تركها قاتلهم الإمام. وبه قال بعض أصحاب الشافعي.

وقال أبو حنيفة: هي واجبة على الأعيان، وليست فرضا، لأنها صلاة شرعت لها الخطبة، فكانت واجبة على الأعيان، وليست فرضا. كالجمعة. وقال ابن أبي موسى: قيل إنها سنة مؤكدة غير واجبة. وبه قال مالك، وأكثر أصحاب الشافعي؛ «لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - للأعرابي حين ذكر خمس صلوات قال: هل علي غيرهن؟ قال: لا إلا أن تطوع.» وقوله - عليه السلام -: «خمس صلوات كتبهن الله على العبد.» الحديث.

ولأنها صلاة ذات ركوع وسجود لم يشرع لها أذان، فلم تجب ابتداء بالشرع، كصلاة الاستسقاء والكسوف. ثم اختلفوا، فقال بعضهم: إذا امتنع جميع الناس من فعلها قاتلهم الإمام عليها. وقال بعضهم: لا يقاتلهم.

ولنا، على أنها لا تجب على الأعيان أنها لا يشرع لها الأذان، فلم تجب على الأعيان، كصلاة الجنازة، ولأن الخبر الذي ذكره مالك ومن وافقه يقتضي نفي وجوب صلاة سوى الخمس، وإنما خولف بفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - ومن صلى معه، فيختص بمن كان مثلهم، ولأنها لو وجبت على الأعيان لوجبت خطبتها، ووجب استماعها كالجمعة.

ولنا، على وجوبها في الجملة. أمر الله تعالى بها، بقوله ﴿فصل لربك وانحر﴾ [الكوثر: ٢] والأمر يقتضي الوجوب، ومداومة النبي - صلى الله عليه وسلم - على فعلها، وهذا دليل الوجوب. ولأنها من أعلام الدين الظاهرة، فكانت واجبة كالجمعة، ولأنها لو لم تجب لم يجب قتال تاركيها، كسائر السنن، يحققه أن القتال

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٦٨

عقوبة لا تتوجه إلى تارك مندوب كالقتل والضرب. فأما حديث الأعرابي فلا حجة لهم فيه؛ لأن الأعراب لا تلزمهم الجمعة، لعدم الاستيطان، فالعيد أولى.

والحديث الآخر مخصوص بما ذكرناه، على أنه إنما صرح بوجوب الخمس، وخصها بالذكر، لتأكيدها ووجوبها على الأعيان،." (١)

"ووجوبها على الدوام، وتكررها في كل يوم وليلة، وغيرها يجب نادرا ولعارض، كصلاة الجنازة والمنذورة والصلاة المختلف فيها، فلم يذكرها، وقياسهم لا يصح؛ لأن كونها ذات ركوع وسجود لا أثر له، بدليل أن النوافل كلها فيها ركوع وسجود، وهي غير واجبة، فيجب حذف هذا الوصف، لعدم أثره، ثم ينقض قياسهم بصلاة الجنازة، وينتقض على كل حال بالمنذورة.

[مسألة إظهار التكبير في ليالي العيدين]

مسألة: قال (ويظهرون التكبير في ليالي العيدين، وهو في الفطر آكد، لقول الله تعالى ﴿ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم ولعلكم تشكرون﴾ [البقرة: ١٨٥] وجملته أنه يستحب للناس إظهار التكبير في ليلتي العيدين في مساجدهم ومنازلهم وطرقهم، مسافرين كانوا أو مقيمين، لظاهر الآية المذكورة. قال بعض أهل العلم في تفسيرها: لتكملوا عدة رمضان، ولتكبروا الله عند إكماله على ما هداكم.

ومعنى إظهار التكبير رفع الصوت به، واستحب ذلك لما فيه من إظهار شعائر الإسلام، وتذكير الغير، وكان ابن عمر يكبر في قبته بمنى، يسمعه أهل المسجد فيكبرون، ويكبر أهل الأسواق، حتى ترتج منى تكبيرا. قال أحمد: كان ابن عمر يكبر في العيدين جميعا، ويعجبنا ذلك.

واختص الفطر بمزيد تأكيد؛ لورود النص فيه، وليس التكبير واجبا. وقال داود: هو واجب في الفطر؛ لظاهر الآية. **ولنا**، أنه تكبير في عيد، فأشبه تكبير الأضحى، ولأن الأصل عدم الوجوب، ولم يرد من الشرع إيجابه، فيبقى على الأصل، والآية ليس فيها أمر، إنما أخبر الله تعالى عن إرادته، فقال: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ولتكملوا العدة ولتكبروا الله على ما هداكم﴾ [البقرة: ١٨٥] (١٣٩٥) فصل: ويستحب أن يكبر في طريق العيد، ويجهر بالتكبير.

قال ابن أبي موسى: يكبر الناس في خروجهم من منازلهم لصلاتي العيدين جهرا، حتى يأتي الإمام المصلى، ويكبر الناس بتكبير الإمام في خطبته، وينصتون فيما سوى ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٧٢

قال سعيد: حدثنا عبد العزيز بن محمد، حدثنا عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر أنه كان إذا خرج من بيته إلى العيد كبر حتى يأتي المصلى. وروي ذلك عن سعيد بن جبير، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، واختلف فيه عن إبراهيم (١٣٩٦) فصل: قال القاضي: التكبير في الأضحى مطلق ومقيد؛ فالمقيد عقيب الصلوات.

والمطلق في كل حال في الأسواق، وفي كل زمان. وأما الفطر فمسنونه مطلق غير مقيد، على ظاهر كلام أحمد.." (١)

"وروي ذلك عن ابن مسعود، وحذيفة، وأبي موسى، وأبي مسعود البدري والحسن، وابن سيرين، والثوري وهو قول أصحاب الرأي؛ لما روي عن أبي موسى، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يكبر تكبيره على الجنازة. ويوالي بين القراءتين» . رواه أبو داود.

وروى أبو عائشة، جليس لأبي هريرة «، أن سعيد بن العاص سأل أبا موسى وحذيفة: كيف كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يكبر في الأضحى والفطر؟ فقال أبو موسى: كان يكبر أربعا تكبيره على الجنازة. فقال حذيفة: صدق» .

ولنا، ما روى كثير بن عبد الله، عن أبيه، عن جده، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كبر في العيدين، في الأولى سبعا قبل القراءة، وفي الثانية خمسا قبل القراءة» . رواه الأثرم، وابن ماجه، والترمذي، وقال: هو حديث حسن، وهو أحسن حديث في الباب.

وعن عائشة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يكبر في العيدين سبعا وخمسا قبل القراءة» . رواه أحمد، في " المسند ". وعن عبد الله بن عمرو قال: قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «التكبير في الفطر سبع في الأولى، وخمس في الأخيرة، والقراءة بعدهما كليهما» . رواه أبو داود، والأثرم، ورواه ابن ماجه عن سعد مؤذن النبي - صلى الله عليه وسلم - مثل ذلك. وحديث أبي موسى ضعيف. قاله الخطابي وليس في رواية أبي داود أنه والى بين القراءتين، ثم نحمله على أنه والى بين الفاتحة والسورة، لأن قراءة الركعتين لا يمكن الموالاة بينهما؛ لما بينهما من الركوع والسجود.

[مسألة يكبر في الأولى سبع تكبيرات منها تكبيرة الافتتاح]

مسألة: قال: (ويكبر في الأولى سبع تكبيرات، منها تكبيرة الافتتاح) قال: أبو عبد الله: يكبر في الأولى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٧٣

سبعا مع تكبيرة الإحرام، ولا يعتد بتكبيرة الركوع؛ لأن بينهما قراءة، ويكبر في الركعة الثانية خمس تكبيرات، ولا يعتد بتكبيرة النهوض، ثم يقرأ في الثانية، ثم يكبر ويركع.

وروي ذلك عن فقهاء المدينة السبعة، وعمر بن عبد العزيز، والزهري، ومالك، والمزني، وروي عن أبي هريرة، وأبي سعيد الخدري، وابن عباس، وابن عمر، ويحيى الأنصاري، قالوا: يكبر في الأولى سبعا وفي الثانية خمسا. وبه قال الأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، إلا أنهم قالوا: يكبر سبعا في الأولى سوى تكبيرة الافتتاح؛ لقول عائشة: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يكبر في العيدين اثنتي عشرة تكبيرة سوى تكبيرة الافتتاح» .

وروي عن ابن عباس، وأنس، والمغيرة بن شعبة، وسعيد بن المسيب، والنخعي: يكبر سبعا سبعا: وقال أبو حنيفة والثوري: في الأولى والثانية ثلاثا ثلاثا. واحتجوا بحديثي أبي موسى اللذين ذكرناهما. **ولنا**، أحاديث كثير، وعبد الله بن عمرو، وعائشة، التي قدمناها.

قال ابن عبد البر: قد روي." (١)

"عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ومن طرق كثيرة حسان «، أنه كبر في العيد سبعا في الأولى، وخمسا في الثانية.» من حديث عبد الله بن عمرو، وابن عمر، وجابر، وعائشة، وأبي واقد، وعمرو بن عوف المزني، ولم يرو عنه من وجه قوي ولا ضعيف خلاف هذا، وهو أولى ما عمل به. وحديث عائشة المعروف عنها «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كبر في الفطر والأضحى سبعا وخمسا سوى تكبيرتي الركوع» . رواه أبو داود، وابن ماجه. وحديث أبي موسى ضعيف، يرويه، أبو عائشة جليس لأبي هريرة وهو غير معروف.

(١٤١٥) مسألة: قال: (ويرفع يديه مع كل تكبيرة) وجملته أنه يستحب أن يرفع يديه في حال تكبيره حسب رفعهما مع تكبيرة الإحرام. وبه قال عطاء، والأوزاعي، وأبو حنيفة، والشافعي.

وقال مالك، والثوري: لا يرفعهما فيما عدا تكبيرة الإحرام؛ لأنها تكبيرات في أثناء الصلاة؛ فأشبهت تكبيرات السجود. **ولنا**، ما روي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يرفع يديه مع التكبير.» قال أحمد: أما أنا فأرى أن هذا الحديث يدخل فيه هذا كله.

وروي عن عمر، أنه كان يرفع يديه في كل تكبيرة في الجنازة وفي العيد. رواه الأثرم. ولا يعرف له مخالف في الصحابة، ولا يشبه هذا تكبير السجود؛ لأن هذه يقع طرفاها في حال القيام، فهي بمنزلة تكبيرة الافتتاح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٨٢

[مسألة كيفية صلاة العيد]

(١٤١٦) مسألة: قال: (ويستفتح في أولها، ويحمد الله ويثني عليه، ويصلي على النبي - صلى الله عليه وسلم - بين كل تكبيرتين، وإن أحب قال: الله أكبر كبيرا، والحمد لله كثيرا، وسبحان الله بكرة وأصيلا، وصلى الله على محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم وإن أحب قال غير ذلك. ويكبر في الثانية خمس تكبيرات سوى التكبيرة التي يقوم بها من السجود، ويرفع يديه مع كل تكبيرة)

قوله: " يستفتح ". يعني يدعو بدعاء الاستفتاح عقيب التكبيرة الأولى، ثم يكبر تكبيرات العيد، ثم يتعوذ ثم يقرأ. وهذا مذهب الشافعي. وعن أحمد رواية أخرى، أن الاستفتاح بعد التكبيرات.

اختارها الخلال وصاحبه. وهو قول الأوزاعي؛ لأن الاستفتاح تليه الاستعاذة، وهي قبل القراءة. وقال أبو يوسف: يتعوذ قبل التكبير؛ لئلا يفصل بين الاستفتاح والاستعاذة. **ولنا**، أن الاستفتاح شرع ليستفتح به الصلاة، فكان في أولها كسائر الصلوات، والاستعاذة شرعت للقراءة، فهي تابعة لها، فتكون عند الابتداء بها؛ لقول الله تعالى:." (١)

"أن يبني؛ لأنه لم يطل الفصل، أشبه ما لو قطعها بقول " آمين ". واحتمل أن يبتدئ؛ لأن محل التكبير قبل القراءة، ومحل القراءة بعده، فيستأنفها، ليأتي بها بعده وإن ذكر التكبير بعد القراءة، فأتى به، لم يعد القراءة وجها واحدا؛ لأنها وقعت موقعها.

وإن لم يذكره حتى ركع، سقط وجها واحدا، لأنه فات المحل. وكذلك المسبوق إذا أدرك الركوع، لم يكبر فيه. وقال أبو حنيفة: يكبر فيه؛ لأنه بمنزلة القيام، بدليل إدراك الركعة به. **ولنا**، أنه ذكر مسنون حال القيام، فلم يأت به في الركوع، كالاستفتاح، وقراءة السورة، والقنوت عنده، وإنما أدرك الركعة بإدراكه، لأنه أدرك معظمها، ولم يفته إلا القيام، وقد حصل منه ما يجزئ في تكبيرة الإحرام.

فأما المسبوق إذا أدرك الإمام بعد تكبيره، فقال ابن عقيل: يكبر؛ لأنه أدرك محله. ويحتمل أن لا يكبر؛ لأنه مأمور بالإنصات إلى قراءة الإمام. ويحتمل أنه إن كان يسمع قراءة الإمام أنصت، وإن كان بعيدا كبر.

(١٤١٨) فصل: وإذا شك في عدد التكبيرات بنى على اليقين، فإن كبر ثم شك هل نوى الإحرام أو لا، ابتدأ الصلاة هو ومن خلفه؛ لأن الأصل عدم النية، إلا أن يكون وسواسا، فلا يلتفت إليه.

وسائر المسألة قد سبق شرحها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٨٣

[مسألة إذا سلم خطب بهم خطبتين يجلس بينهما]

(١٤١٩) مسألة: قال: (فإذا سلم خطب بهم خطبتين، يجلس بينهما، فإن كان فطرا حضهم على الصدقة، وبين لهم ما يخرجون، وإن كان أضحى يرغبهم في الأضحية، ويبين لهم ما يضحى به) وجملته أن خطبتي العيدين بعد الصلاة، لا نعلم فيه خلافا بين المسلمين، إلا عن بني أمية.

وروي عن عثمان، وابن الزبير أنهما فعلاه، ولم يصح ذلك عنهما، ولا يعتد بخلاف بني أمية؛ لأنه مسبوق بالإجماع الذي كان قبلهم، ومخالف لسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الصحيحة، وقد أنكر عليهم فعلهم، وعد بدعة ومخالفا للسنة، فإن ابن عمر قال: «إن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبا بكر، وعمر، وعثمان، كانوا يصلون العيدين قبل الخطبة» . متفق عليه. وروى ابن عباس مثله. رواه مسلم. ورواه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - جماعة، وروى طارق بن شهاب قال: قدم مروان الخطبة قبل الصلاة فقام رجل، فقال: خالفت السنة، كانت الخطبة بعد الصلاة. فقال: ترك ذاك يا أبا فلان. فقام أبو سعيد، فقال: أما هذا المتكلم فقد قضى ما عليه، قال لنا رسول الله: - صلى الله عليه وسلم - «من رأى منكم منكرا فلينكره بيده، فمن لم يستطع فلينكره بلسانه، فمن لم يستطع فلينكره بقلبه، وذلك أضعف الإيمان.» . رواه أبو داود الطيالسي،." (١)

"أن عليا - رضي الله عنه - رأى قوما يصلون قبل العيد، فقال: ما كان هذا يفعل على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.

وقال أحمد: أهل المدينة لا يتطوعون قبلها، ولا بعدها، وأهل البصرة يتطوعون قبلها، وبعدها، وأهل الكوفة لا يتطوعون قبلها، ويتطوعون بعدها. وهذا قول علقمة، والأسود، ومجاهد، وابن أبي ليلى، والنخعي، والثوري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي. وقال مالك: لا يتطوع في المصلى قبلها ولا بعدها.

وله في المسجد روايتان: إحداهما، يتطوع؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين» . وقال الشافعي: يكره التطوع للإمام دون المأموم؛ لأن الإمام لا يستحب له التشاغل عن الصلاة، ولم يكره للمأموم، لأنه وقت لم ينه عن الصلاة فيه، أشبه ما بعد الزوال.

ولنا ما روى ابن عباس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - خرج يوم الفطر، فصلى ركعتين، لم يصل قبلهما ولا بعدهما» . متفق عليه. وروى ابن عمر نحوه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٨٥

ولأنه إجماع كما ذكرناه عن الزهري وغيره، ونهى أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عنه، ورووا الحديث وعملوا به، ولأنه وقت نهي الإمام عن التنفل فيه، فكره للمأموم، كسائر أوقات النهي، وكما قبل الصلاة عند أبي حنيفة، وكما لو كان في المصلى عند مالك. قال الأثرم: قلت لأحمد: قال سليمان بن حرب: إنما ترك النبي - صلى الله عليه وسلم - التطوع لأنه كان إماما.

قال أحمد: فالذين رووا هذا عن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يتطوعوا. ثم قال ابن عمر، وابن عباس، هما راوياه، وأخذا به. يشير والله أعلم إلى أن عمل راوي الحديث به تفسير له، وتفسيره يقدم على تفسير غيره.

ولو كانت الكراهة للإمام كي لا يشتغل عن الصلاة، لاختصت بما قبل الصلاة، إذ لم يبق بعدها ما يشتغل به، ولأنه تنفل في المصلى وقت صلاة العيد فكره، كالذي سلموه، وقياسهم منتقض بالإمام، وقد روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان يكبر في صلاة العيد سبعا وخمسا، ويقول: لا صلاة قبلها ولا بعدها» . حكى ابن عقيل أن الإمام ابن بطة رواه بإسناده.

[فصل رجل يصلي صلاة في وقت العيد]

(١٤٢٣) فصل: قيل لأحمد: فإن كان رجل يصلي صلاة في ذلك الوقت؟ قال: أخاف أن يقتدي به بعض من يراه. يعني لا يصلي. قال ابن عقيل: وكره أحمد أن يتعمد لقضاء، صلاة، وقال: أخاف أن يقتدوا به . (١٤٢٤)

فصل: وإنما يكره التنفل في موضع الصلاة، فأما في غيره فلا بأس به، وكذلك لو خرج منه، ثم عاد إليه بعد الصلاة، فلا بأس بالتطوع فيه. قال عبد الله بن أحمد: سمعت أبي يقول: روى ابن عباس «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يصل قبلها ولا بعدها» . ورأيته يصلي بعدها ركعات في البيت، وربما." (١)

"فليصل أربعا، ومن فاتته الجمعة فليصل أربعا. وروي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: إن أمرت رجلا أن يصلي بضعفة الناس، أمرته أن يصلي أربعا. رواهما سعيد. قال أحمد، - رحمه الله -: يقوي ذلك حديث علي، أنه أمر رجلا يصلي بضعفة الناس أربعا، ولا يخطب.

ولأنه قضاء صلاة عيد، فكان أربعا كصلاة الجمعة، وإن شاء أن يصلي ركعتين كصلاة التطوع. وهذا قول الأوزاعي لأن ذلك تطوع. وإن شاء صلاها على صفة صلاة العيد بتكبير. نقل ذلك عن أحمد إسماعيل

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٨٨

بن سعيد، واختاره الجوزجاني.

وهذا قول النخعي، ومالك، والشافعي، وأبي ثور وابن المنذر؛ لما روي عن أنس، أنه كان إذا لم يشهد العيد مع الإمام بالبصرة جمع أهله ومواليه، ثم قام عبد الله بن أبي عتبة مولاه فيصلى بهم ركعتين، يكبر فيهما. ولأنه قضاء صلاة، فكان على صفتها، كسائر الصلوات، وهو مخير، إن شاء صلاها وحده، وإن شاء في جماعة. قيل لأبي عبد الله: أين يصلي؟ قال: إن شاء مضى إلى المصلى، وإن شاء حيث شاء.

(١٤٢٧) فصل: وإن أدرك الإمام في التشهد جلس معه، فإذا سلم الإمام قام فصلى ركعتين، يأتي فيهما بالتكبير؛ لأنه أدرك بعض الصلاة التي ليست مبدلة من أربع، فقضاها على صفتها كسائر الصلوات. وإن أدركه في الخطبة، فإن كان في المسجد صلى تحية المسجد؛ لأنها إذا صليت في خطبة الجمعة التي يجب الإنصات لها، ففي خطبة العيد أولى، ولا يكون حكمه في ترك التحية حكم من أدرك العيد. وقال القاضي: يجلس فيستمع الخطبة، ولا يصلي؛ لئلا يشتغل بالصلاة عن استماع الخطبة.

وهذا التعليل يبطل بالداخل في خطبة الجمعة، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر الداخل بالركوع، مع أن خطبة الجمعة آكد. فأما إن لم يكن في المسجد، فإنه يجلس فيستمع، ثم إن أحب قضى صلاة العيد، على ما ذكرناه.

[فصل لم يعلم بيوم العيد إلا بعد زوال الشمس]

(١٤٢٨) فصل: إذا لم يعلم بيوم العيد إلا بعد زوال الشمس، خرج من الغد، فصلى بهم العيد. وهذا قول الأوزاعي، والثوري، وإسحاق، وابن المنذر. وصوبه الخطابي. وحكي عن أبي حنيفة أنها لا تقضى. وقال الشافعي: إن علم بعد غروب الشمس كقولنا، وإن علم بعد الزوال لم يصل، لأنها صلاة شرع لها الاجتماع والخطبة، فلا تقضى بعد فوات وقتها، كصلاة الجمعة.

وإنما يصليها إذا علم بعد غروب الشمس؛ لأن العيد هو الغد؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فطركم يوم تفطرون، وأضحاكم يوم تضحون، وعرفتكم يوم تعرفون» . ولنا، ما روى أبو عمير بن أنس، عن عمومة له من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أن ركبا جاءوا." (١)

"[فصل صفة تكبير العيدين]

(١٤٣٢) فصل: وصفة التكبير: الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله، والله أكبر الله أكبر ولله الحمد. وهذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٩٠

قول عمر، وعلي، وابن مسعود. وبه قال الثوري، وأبو حنيفة، وإسحاق، وابن المبارك، إلا أنه زاد: على ما هدانا. لقوله: ﴿لتكبروا الله على ما هداكم﴾ [الحج: ٣٧] .

وقال مالك، والشافعي، يقول: الله أكبر الله أكبر ثلاثا؛ لأن جابرا صلى في أيام التشريق، فلما فرغ من صلاته، قال: الله أكبر، الله أكبر، الله أكبر. وهذا لا يقوله إلا توقيفا، ولأن التكبير شعار العيد، فكان وترا، كتكبير الصلاة والخطبة.

ولنا، خبر جابر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو نص في كيفية التكبير، وأنه قول الخليفتين الراشدين، وقول ابن مسعود، وقول جابر لا يسمع مع قول النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا يقدم على قول أحد ممن ذكرنا، فكيف قدموه على قول جميعهم؟ ولأنه تكبير خارج الصلاة، فكان شفعا، كتكبير الأذان.

وقولهم: إن جابرا لا يفعله إلا توقيفا. فاسد؛ لوجوه: أحدها، أنه قد روى خلاف قوله، فكيف يترك ما صرح به لاحتمال وجود ضده؟ الثاني، أنه إن كان قوله توقيفا، كان قول من خالفه توقيفا، فكيف قدموا الضعيف على ما هو أقوى منه، مع إمامة من خالفه وفضلهم في العلم عليه، وكثرتهم؟ الثالث، أن هذا ليس بمذهب لهم، فإن قول الصحابي لا يحمل على التوقيف عندهم. الرابع، أنه إنما يحمل على التوقيف ما خالف الأصول، وذكر الله تعالى لا يخالف الأصل، ولا سيما إذا كان وترا.

[مسألة التكبير عقيب الفرائض في العيدين]

(١٤٣٣) مسألة؛ قال: (ثم لا يزال يكبر دبر كل صلاة مكتوبة صلاها في جماعة، وعن أبي عبد الله، رحمه الله، أنه يكبر لصلاة الفرض، وإن كان وحده، حتى يكبر لصلاة العصر من آخر أيام التشريق، ثم يقطع) المشروع عند إمامنا، - رحمه الله -، التكبير عقيب الفرائض في الجماعات، في المشهور عنه. قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: أذهب إلى فعل ابن عمر، أنه كان لا يكبر إذا صلى وحده؟ قال أحمد: نعم. وقال ابن مسعود: إنما التكبير على من صلى في جماعة.

وهذا مذهب الثوري، وأبي حنيفة. وقال مالك: لا يكبر عقيب النوافل، ويكبر عقيب الفرائض كلها. وقال الشافعي: يكبر عقيب كل صلاة، فريضة كانت، أو نافلة، منفردا صلاها، أو في جماعة؛ لأنها صلاة مفعولة،

فيكبر عقيبها، كالفرض في جماعة. **ولنا**، قول ابن مسعود، وفعل ابن عمر، ولم يعرف لهما مخالف في الصحابة – رضي الله عنهم –، فكان إجماعا. ولأنه." (١)

"جميعا، فلا حاجة إلى مفارقتهم إياه قبله، والمفارقة إنما جازت للعذر. ويقرأ، ويتشهد، ويطيل في حال الانتظار حتى يدركوه.

وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا يقرأ حال الانتظار، بل يؤخر القراءة ليقرأ بالطائفة الثانية، ليكون قد سوى بين الطائفتين. **ولنا**، أن الصلاة ليس فيها حال سكوت، والقيام محل للقراءة، فينبغي أن يأتي بها فيه، كما في التشهد إذا انتظرهم فإنه يتشهد ولا يسكت، كذلك هاهنا، والتسوية بينهم تحصل بانتظاره إياهم في موضعين، والأولى في موضع واحد.

إذا ثبت هذا فقال القاضي: إن قرأ في انتظارهم قرأ بعد ما جاءوا بقدر فاتحة الكتاب وسورة خفيفة، وإن لم يقرأ في انتظارهم قرأ إذا جاءوا بالفاتحة وسورة خفيفة، وهذا على سبيل الاستحباب، ولو قرأ قبل مجيئهم ثم ركع عند مجيئهم أو قبله فأدركوه راكعا ركعوا معه، وصحت لهم الركعة مع تركه السنة، وإذا جلس للتشهد قاموا فصلوا ركعة أخرى، وأطال التشهد بالدعاء والتوسل حتى يدركوه ويتشهدوا، ثم يسلم بهم.

وقال مالك: يتشهدون معه، فإذا سلم الإمام قاموا فقضوا ما فاتهم كالمسبوق. وما ذكرناه أولى. لقول الله تعالى: ﴿ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك﴾ [النساء: ١٠٢] . وهذا يدل على أن صلاتهم كلها معه. وفي حديث سهل «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قعد حتى صلى الذين خلفه ركعة، ثم سلم» . رواه أبو داود.

وروي أنه سلم بالطائفة الثانية. ولأن الأولى أدركت معه فضيلة الإحرام، فينبغي أن يسلم بالثانية، ليسوي بينهم. وبهذا قال مالك، والشافعي، إلا فيما ذكرنا من الاختلاف. وقال أبو حنيفة: يصلي كما روى ابن عمر، قال: «صلى النبي – صلى الله عليه وسلم – صلاة الخوف بإحدى الطائفتين ركعة وسجدتين، والطائفة الأخرى مواجهة للعدو، ثم انصرفوا، وقاموا في مقام أصحابهم مقبلين على العدو، وجاء أولئك، ثم صلى لهم النبي – صلى الله عليه وسلم – ركعة، ثم سلم، ثم قضى هؤلاء ركعة وهؤلاء ركعة.» متفق عليه.

وقال أبو حنيفة: يصلي بإحدى الطائفتين ركعة، والأخرى مواجهة للعدو، ثم تنصرف التي صلت معه إلى وجه العدو، وهي في صلاتها، ثم تجيء الطائفة الأخرى، فتصلي مع الإمام الركعة الثانية، ثم يسلم الإمام، وترجع الطائفة إلى وجه العدو، وهي في الصلاة، ثم تأتي الطائفة الأولى إلى موضع صلاتها، فتصلي ركعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٩٣

منفردة ولا تقرأ فيها؛ لأنها في حكم الائتمام، ثم تنصرف إلى وجه العدو، ثم تأتي الطائفة الأخرى إلى موضع الصلاة، فتصلي الركعة الثانية منفردة، وتقرأ فيها؛ لأنها قد فارقت الإمام بعد فراغه من الصلاة، فحكمها حكم المسبوق إذا فارق إمامه.

قال: وهذا أولى؛ لأنكم جوزتم للمأموم فراق إمامه قبل فراغه من الصلاة، وهي الطائفة الأولى، وللثانية فراقه في الأفعال، فيكون جالسا وهم قيام يأتون بركعة وهم في إمامته.." (١)

"[مسألة خاف وهو مقيم أن يصلي]

(١٤٤٧) مسألة؛ قال: (وإن خاف وهو مقيم، صلى بكل طائفة ركعتين، وأتمت الطائفة الأولى بالحمد لله في كل ركعة، والطائفة الأخرى تتم بالحمد لله وسورة) وجملة ذلك أن صلاة الخوف جائزة في الحضر، إذا احتيج إلى ذلك بنزول العدو قريبا من البلد. وبه قال الأوزاعي، والشافعي.

وحكي عن مالك أنها لا تجوز في الحضر؛ لأن الآية إنما دلت على صلاة ركعتين، وصلاة الحضر أربعا، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يفعلها في الحضر. وخالفه أصحابه، فقالوا كقولنا. ولنا، قول الله تعالى: ﴿وإذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة﴾ [النساء: ١٠٢] الآية، وهذا عام في كل حال، وترك النبي - صلى الله عليه وسلم - فعلها في الحضر إنما كان لغناه عن فعلها في الحضر.

وقولهم: إنما دلت الآية على ركعتين. قلنا: وقد يكون في الحضر ركعتان، الصبح والجمعة، والمغرب ثلاث، ويجوز فعلها في الخوف في السفر، ولأنها حالة خوف، فجازت فيها صلاة الخوف كالسفر، فإذا صلى بهم الرباعية صلاة الخوف، فرقهم فرقتين، فصلى بكل طائفة ركعتين، وهل تفارقه الطائفة الأولى في التشهد الأول، أو حين يقوم إلى الثالثة؟ على وجهين: أحدهما، حين قيامه إلى الثالثة.

وهو قول مالك، والأوزاعي؛ لأنه يحتاج إلى التطويل من أجل الانتظار، والتشهد يستحب تخفيفه، ولذلك كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا جلس للتشهد كأنه على الرضف حتى يقوم. ولأن ثواب القائم أكثر، ولأنه إذا انتظرهم جالسا، فجاءت الطائفة، فإنه يقوم قبل إحرامهم، فلا يحصل اتباعهم له في القيام. والثاني، في التشهد؛ لتدرك الطائفة الثانية جميع الركعة الثالثة، ولأن الانتظار في الجلوس أخف على الإمام، ولأنه متى انتظرهم قائما احتاج إلى قراءة السورة في الركعة الثالثة، وهو خلاف السنة. وأيا ما فعل كان جائزا. وإذا جلس الإمام للتشهد الأخير، جلست الطائفة معه، فتشهدت التشهد الأول، وقامت وهو جالس فأتمت صلاتها، وتقرأ في كل ركعة بالحمد لله وسورة؛ لأن ما تقضيه أول صلاتها، ولأنها لم يحصل لها

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٩٩

مع الإمام قراءة السورة. ويطول الإمام التشهد والدعاء حتى تصلي الركعتين ثم يتشهد ويسلم بهم.
فأما الطائفة الأولى، فإنما تقرأ في الركعتين بعد مفارقة إمامها الفاتحة وحدها، لأنها آخر صلاتها. وقد قرأ إمامها بها السورة في الركعتين الأوليين، وظاهر المذهب أن ما تقضيه الطائفة الثانية أول صلاتها، فعلى هذا تستفتح إذا فارقت إمامها، وتستعيذ، وتقرأ الفاتحة وسورة.
وقد روي أنه آخر صلاتها، ومقتضاه ألا تستفتح ولا تستعيذ ولا تقرأ السورة. وعلى كل حال." [1]

"حدث الإمام، ولم يعلما كونه مبطلا. وقال بعض أصحاب الشافعي كقول ابن حامد. وقال بعضهم: تصح صلاة الإمام والمأمومين جميعا؛ لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فأشبه ما لو فرقهم فرقتين. وقال بعضهم: المنصوص أن صلاتهم تبطل بالانتظار الأول؛ لأنه زاد على انتظار رسول الله - صلى الله عليه وسلم - زيادة لم يرد الشرع بها. **ولنا** على الأول، أن الرخص إنما تتلقى من الشرع، ولم يرد الشرع بهذا.
وعلى الثاني، أن طول الانتظار لا عبرة به، كما لو أبطأت الثانية فيما إذا فرقهم فرقتين.

[مسألة كانت الصلاة مغربا في صلاة الخوف]
(١٤٥١) مسألة؛ قال: (وإن كانت الصلاة مغربا صلى بالطائفة الأولى ركعتين، وأتمت لأنفسها ركعة تقرأ فيها بالحمد لله، ويصلى بالطائفة الأخرى ركعة، وأتمت لأنفسها ركعتين، تقرأ فيهما بالحمد لله وسورة)
وبهذا قال مالك، والأوزاعي، وسفيان، والشافعي في أحد قوليه.
وقال في آخر: يصلي بالأولى رك؏ة، والثانية ركعتين، لأنه روي عن علي - رضي الله عنه - أنه صلى ليلة الهدير هكذا، ولأن الأولى أدركت معه فضيلة الإحرام والتقدم، فينبغي أن تزيد الثانية في الركعات؛ ليجبر نقصهم، وتساوي الأولى. **ولنا**، أنه إذا لم يكن بد من التفضيل، فالأولى أحق به، ولأنه يجبر ما فات الثانية بإدراكها السلام مع الإمام، ولأنها تصلي جميع صلاتها في حكم الائتمام، والأولى تفعل بعض صلاتها في حكم الانفراد، وأيا ما فعل فهو جائز على ما قدمنا.
وهل تفارقه الطائفة الأولى في التشهد، أو حين يقوم إلى الثالثة؟ على وجهين. وإذا صلى بالثانية الركعة الثالثة، وجلس للتشهد، فإن الطائفة تقوم ولا تتشهد معه. ذكره القاضي؛ لأنه ليس بموضع لتشهدها، بخلاف الرباعية.
ويحتمل أن تتشهد معه، لأنها تقضي ركعتين متواليتين، على إحدى الروايتين، فيفضي إلى أن تصلي ثلاث

---
(١) المغني لابن قدامة ٢/٢٠٣

ركعات بتشهد واحد، ولا نظير لهذا في الصلوات، فعلى هذا الاحتمال تتشهد معه التشهد الأول، ثم تقوم، كالصلاة الرباعية سواء.

[فصل يستحب أن يحمل السلاح في صلاة الخوف]
فصل: ويستحب أن يحمل السلاح في صلاة الخوف، لقول الله تعالى: ﴿وليأخذوا حذرهم وأسلحتهم﴾ [النساء: ١٠٢] . ولأنهم لا يأمنون أن يفجأهم عدوهم، فيميلون عليهم، كما قال الله تعالى: ﴿ود الذين كفروا لو تغفلون عن أسلحتكم وأمتعتكم فيميلون عليكم ميلة واحدة﴾ [النساء: ١٠٢] .
والمستحب من ذلك ما يدفع عن نفسه. كالسيف، والسكين، ولا يثقله، كالجوشن، ولا يمنع من إكمال السجود، كالمغفر،." (١)

"[فصل صلى بهم صلاة الخوف من غير خوف]
(١٤٥٧) فصل: ومتى صلى بهم صلاة الخوف، من غير خوف، فصلاته وصلاتهم فاسدة؛ لأنها لا تخلو من مفارق إمامه لغير عذر، وتارك متابعة إمامه في ثلاثة أركان، أو قاصر للصلاة مع إتمام إمامه، وكل ذلك يفسد الصلاة، إلا مفارقة الإمام لغير عذر، على اختلاف فيه. وإذا فسدت صلاتهم، فسدت صلاة الإمام؛ لأنه صلى إماما بمن صلاته فاسدة، إلا أن يصلي بهم صلاتين كاملتين؛ فإنه تصح صلاته، وصلاة الطائفة الأولى، وصلاة الثانية تبنى على ائتمام المفترض بالمتنفل، وقد نصرنا جوازه.

[مسألة كان الخوف شديدا وهم في حال المسايفة]
(١٤٥٨) مسألة؛ قال: (وإذا كان الخوف شديدا، وهم في حال المسايفة، صلوا رجالا وركبانا، إلى القبلة وإلى غيرها، يومئون إيماء، يبتدئون تكبيرة الإحرام إلى القبلة إن قدروا، أو إلى غيرها) .
أما إذا اشتد الخوف، والتحم القتال، فلهم أن يصلوا كيفما أمكنهم؛ رجالا وركبانا، إلى القبلة إن أمكنهم، وإلى غيرها إن لم يمكنهم، يومئون بالركوع والسجود على قدر الطاقة، ويجعلون السجود أخفض من الركوع، ويتقدمون ويتأخرون، ويضربون ويطعنون، ويكرون ويفرون، ولا يؤخرون الصلاة عن وقتها.
وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة، وابن أبي ليلى: لا يصلي مع المسايفة، ولا مع المشي؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يصل يوم الخندق، وأخر الصلاة، ولأن ما منع الصلاة في غير شدة

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٥/٢

الخوف منعها معه، كالحدث والصياح. وقال الشافعي: يصلي، ولكن إن تابع الطعن، أو الضرب، أو المشي، أو فعل ما يطول، بطلت صلاته؛ لأن ذلك من مبطلات الصلاة، أشبه الحدث. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿فإن خفتم فرجالا أو ركبانا﴾ [البقرة: ٢٣٩] ، قال ابن عمر: فإن كان خوف أشد من ذلك، صلوا رجالا قياما على أقدامهم، وركبانا مستقبلي القبلة وغير مستقبليها. متفق عليه.

وروي ذلك عن النبي - صلى اللہ عليه وسلم - ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى بأصحابه في غير شدة الخوف، فأمرهم بالمشي إلى وجاه العدو، ثم يعودون لقضاء ما بقي من صلاتهم، وهذا مشي كثير، وعمل طويل، واستدبار للقبلة، وأجاز ذلك من أجل الخوف الذي ليس بشديد، فمع الخوف الشديد أولى.

ومن العجب أن أبا حنيفة اختار هذا الوجه دون سائر الوجوه التي لا تشتمل على العمل في أثناء الصلاة، وسوغه مع الغنى عنه، وإمكان الصلاة بدونه، ثم منعه في حال لا يقدر إلا عليه، وكان العكس أولى، سيما مع نص الله تعالى على الرخصة في هذه الحال، ولأنه مكلف تصح طهارته، فلم يجز له إخلاء وقت الصلاة عن فعلها، كالمريض، ويخص الشافعي بأنه عمل أبيح من أجل الخوف، فلم تبطل الصلاة به، كاستدبار القبلة، والركوب، والإيماء.

ولأنه لا يخلو عند الحاجة إلى العمل الكثير من أجل ثلاثة أمور: إما تأخير الصلاة عن وقتها، ولا خلاف بيننا في تحريمه، أو ترك القتال وفيه هلاكه، وقد قال الله تعالى: ﴿ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة﴾ [البقرة: ١٩٥] . وأجمع المسلمون على أنه لا يلزمه هذا،." (١)

"[كتاب صلاة الكسوف الكسوف والخسوف] [مسألة مشروعية صلاة الكسوف]

شيء واحد، وكلاهما قد وردت به الأخبار، وجاء القرآن بلفظ الخسوف. (١٤٦٣) مسألة؛ قال أبو القاسم: (وإذا خسفت الشمس أو القمر، فزع الناس إلى الصلاة، إن أحبوا جماعة، وإن أحبوا فرادى) صلاة الكسوف ثابتة بسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على ما سنذكره، ولا نعلم بين أهل العلم في مشروعيتها لكسوف الشمس خلافا، وأكثر أهل العلم على أنها مشروعة لخسوف القمر، فعله ابن عباس. وبه قال عطاء، والحسن، والنخعي، والشافعي، وإسحاق.

وقال مالك: ليس لكسوف القمر سنة. وحكى ابن عبد البر عنه، وعن أبي حنيفة أنهما قالا: يصلي الناس لخسوف القمر وحدانا ركعتين ركعتين، ولا يصلون جماعة؛ لأن في خروجهم إليها مشقة. **ولنا**، أن النبي -

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٠٩

صلى الله عليه وسلم – قال: «إن الشمس والقمر آيتان من آيات الله، لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته، فإذا رأيتم ذلك فصلوا» . متفق عليه. فأمر بالصلاة لهما أمرا واحدا.

وعن ابن عباس، أنه صلى بأهل البصرة في خسوف القمر ركعتين، وقال: إنما صليت لأني رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يصلي. ولأنه أحد الكسوفين، فأشبه كسوف الشمس. ويسن فعلها جماعة وفرادى. وبهذا قال مالك، والشافعي. وحكي عن الثوري أنه قال: إن صلاها الإمام صلوها معه، وإلا فلا تصلوا. **ولنا**، قوله – عليه الصلاة والسلام –: «فإذا رأيتموها فصلوا» . ولأنها نافلة، فجازت في الانفراد، كسائر النوافل.

وإذا ثبت هذا فإن فعلها في الجماعة أفضل؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلاها في جماعة، والسنة أن يصليها في المسجد؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – فعلها فيه. قالت عائشة: خسفت الشمس في حياة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فخرج إلى المسجد، فصف الناس وراءه. رواه البخاري. ولأن وقت الكسوف يضيق، فلو خرج إلى المصلى احتمل التجلي قبل فعلها. وتشرع في الحضر والسفر، بإذن الإمام وغير إذنه. وقال أبو بكر: هي كصلاة العيد، فيها روايتان.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فإذا رأيتموها فصلوا» . ولأنها نافلة أشبهت سائر النوافل. وتشرع في حق النساء؛ لأن عائشة وأسماء صلتا مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. رواه البخاري.." (١)

"وروى قبيصة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «فإذا رأيتموها فصلوا كأحدث صلاة صليتموها من المكتوبة» . **ولنا**، أن عبد الله بن عمرو قال في صفة صلاة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الكسوف: ثم سجد، فلم يكد يرفع. رواه أبو داود.

وفي حديث عائشة: «ثم رفع، ثم سجد سجودا طويلا، ثم قام قياما طويلا، وهو دون القيام الأول، ثم ركع ركوعا طويلا، وهو دون الركوع الأول، ثم سجد سجودا طويلا، وهو دون السجود الأول» . رواه البخاري. وترك ذكره في حديث لا يمنع مشروعيته إذا ثبت عن النبي – صلى الله عليه وسلم –. وأما الجهر فقد روي عن علي – رضي الله عنه – وفعله عبد الله بن زيد وبحضرته البراء بن عازب وزيد بن أرقم، وبه قال أبو يوسف، وإسحاق، وابن المنذر.

وروت عائشة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جهر في صلاة الخسوف» . متفق عليه. وعن عروة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣١٢

عن عائشة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلى صلاة الكسوف، وجهر فيها بالقراءة» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. ولأنها نافلة شرعت لها الجماعة، فكان من سننها الجهر كصلاة الاستسقاء والعيد والتراويح. فأما قول عائشة – رضي الله عنها –: حزرت قراءته. ففي إسناده مقال؛ لأنه من رواية ابن إسحاق.

ويحتمل أن تكون سمعت صوته ولم تفهم للبعد، أو قرأ من غير أول القرآن بقدر البقرة. ثم حديثنا صحيح صريح، فكيف يعارض بمثل هذا، وحديث سمرة يجوز أنه لم يسمع لبعده؛ فإن في حديثه: دفعت إلى المسجد، وهو بازر. يعني مغتصا بالزحام. قاله الخطابي. ومن هذا حاله لا يصل مكانا يسمع منه.

ثم هذا نفي محتمل لأمور كثيرة، فكيف يترك من أجله الحديث الصحيح الصريح، وقياسهم منتقض بالجمعة والعيدين والاستسقاء، وقياس هذه الصلاة على هذه الصلوات أولى من قياسها على الظهر؛ لبعدها منها، وشبهها بهذه. وأما الدليل على صفة الصلاة، فروت عائشة، قالت: «خسفت الشمس في حياة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فخرج رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى المسجد، فقام، وكبر، وصف الناس وراءه، فاقترأ رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قراءة طويلة، ثم كبر فركع ركوعا طويلا، ثم رفع رأسه، فقال: سمع الله لمن حمده، ربنا ولك الحمد. ثم قام فاقترأ قراءة طويلة، هي أدنى من القراءة الأولى، ثم كبر فركع ركوعا طويلا، هو أدنى من الركوع الأول، ثم قال: سمع الله لمن حمده، ربنا ولك الحمد، ثم سجد، ثم فعل في الركعة الأولى مثل ذلك، حتى استكمل أربع ركعات، وأربع سجدات، وانجلت الشمس قبل أن ينصرف.» وعن ابن عباس مثل ذلك، وفيه «أنه قام في الأولى قياما طويلا نحوا من سورة البقرة» . متفق." (١)

"والتضرع. وأيا ما فعل من ذلك فهو جائز؛ لأن الخطبة غير واجبة، على الروايات كلها، فإن شاء فعلها، وإن شاء تركها.

والأولى أن يخطب بعد الصلاة خطبة واحدة؛ لتكون كالعيد، وليكونوا قد فرغوا من الصلاة إن أجيب دعاؤهم فأغيثوا، فلا يحتاجون إلى الصلاة في المطر. وقول ابن عباس: لم يخطب كخطبتكم هذه. نفي للصفة لا لأصل الخطبة، أي لم يخطب كخطبتكم هذه، إنما كان جل خطبته الدعاء والتضرع والتكبير

[مسألة للخطيب استقبال القبلة في أثناء الخطبة لصلاة الاستسقاء]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣١٤

(١٤٧٩) مسألة؛ قال: (ويستقبل القبلة، ويحول رداءه، فيجعل اليمين يسارا، واليسار يمينا، ويفعل الناس كذلك) وجملته أنه يستحب للخطيب استقبال القبلة في أثناء الخطبة؛ لما روى عبد الله بن زيد «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – خرج يستسقي، فتوجه إلى القبلة يدعو.» رواه البخاري. وفي لفظ: «فحول إلى الناس ظهره، واستقبل القبلة يدعو» .

ويستحب أن يدعو سرا حال استقبال القبلة، فيقول: اللهم إنك أمرتنا بدعائك، ووعدتنا إجابتك، فقد دعوناك كما أمرتنا، فاستجب لنا كما وعدتنا، اللهم فامنن علينا بمغفرة ذنوبنا، وإجابتنا في سقيانا، وسعة أرزاقنا. ثم يدعو بما شاء من أمر دين ودنيا. وإنما يستحب الإسرار؛ ليكون أقرب من الإخلاص، وأبلغ في الخشوع والخضوع والتضرع، وأسرع في الإجابة، قال الله تعالى: ﴿ادعوا ربكم تضرعا وخفية﴾ [الأعراف: ٥٥] .

واستحب الجهر ببعضه؛ ليسمع الناس، فيؤمنون على دعائه. ويستحب أن يحول رداءه في حال استقبال القبلة؛ لأن في حديث عبد الله بن زيد، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «يوم خرج يستسقي، فحول إلى الناس ظهره، واستقبل القبلة، ثم حول رداءه» . متفق عليه. وهذا لفظ رواه البخاري. وفي لفظ رواه مسلم: «فحول رداءه حين استقبل القبلة» . وفي لفظ: «وقلب رداءه» . متفق عليه.

ويستحب تحويل الرداء للإمام والمأموم، في قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة: لا يسن؛ لأنه دعاء، فلا يستحب تحويل الرداء فيه، كسائر الأدعية. وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق أن تتبع.

وحكي عن سعيد بن المسيب، وعروة، والثوري، أن تحويل الرداء مختص بالإمام دون المأموم.

وهو قول الليث، وأبي يوسف، ومحمد بن الحسن، لأنه نقل عن النبي – صلى الله عليه وسلم – دون أصحابه. **ولنا**، أن ما فعله النبي – صلى الله عليه وسلم – ثبت في حق غيره، ما لم يقم على اختصاصه به دليل، كيف وقد عقل المعنى في ذلك، وهو التفاؤل بقلب الرداء، ليقلب الله ما بهم من الجدب إلى الخصب، وقد جاء ذلك." (١)

"[فصل شرط صلاة الاستسقاء]

(١٤٨٢) فصل: وهل من شرط هذه الصلاة إذن الإمام؟ على روايتين: إحداهما، لا يستحب إلا بخروج الإمام، أو رجل من قبله. قال أبو بكر: فإذا خرجوا بغير إذن الإمام دعوا، وانصرفوا بلا صلاة ولا خطبة. نص عليه أحمد. وعنه أنهم يصلون لأنفسهم، ويخطب بهم أحدهم. فعلى هذه الرواية يكون الاستسقاء

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٢٢

مشروعا في حق كل أحد؛ مقيم، ومسافر، وأهل القرى، والأعراب؛ لأنها صلاة نافلة، فأشبهت صلاة الكسوف.

ووجه الرواية الأولى، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يأمر بها، وإنما فعلها على صفة، فلا يتعدى تلك الصفة، وهو أنه صلاها بأصحابه، وكذلك خلفاؤه ومن بعدهم، فلا تشرع إلا في مثل تلك الصفة.

[فصل يستسقي بمن ظهر صلاحه]

(١٤٨٣) فصل: ويستحب أن يستسقى بمن ظهر صلاحه؛ لأنه أقرب إلى إجابة الدعاء، فإن عمر – رضي الله عنه – استسقى بالعباس عم النبي – صلى الله عليه وسلم –. قال ابن عمر: استسقى عمر عام الرمادة بالعباس، فقال: اللهم إن هذا عم نبيك – صلى الله عليه وسلم – نتوجه إليك به فاسقنا. فما برحوا حتى سقاهم الله عز وجل.

وروي أن معاوية خرج يستسقي، فلما جلس على المنبر، قال: أين يزيد بن الأسود الجرشي؟ فقام يزيد، فدعاه معاوية، فأجلسه عند رجليه، ثم قال: اللهم إنا نستشفع إليك بخيرنا وأفضلنا يزيد بن الأسود، يا يزيد، ارفع يديك. فرفع يديه، ودعا الله تعالى، فثارت في الغرب سحابة مثل الترس، وهب لها ريح، فسقوا حتى كادوا لا يبلغون منازلهم. واستسقى به الضحاك مرة أخرى.

[مسألة كم مرة يخرجون للاستسقاء]

مسألة؛ قال: (فإن سقوا، وإلا عادوا في اليوم الثاني والثالث) وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال إسحاق: لا يخرجون إلا مرة واحدة؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يخرج إلا مرة واحدة، ولكن يجتمعون في مساجدهم، فإذا فرغوا من الصلاة ذكروا الله تعالى، ودعوا، ويدعو الإمام يوم الجمعة على المنبر، ويؤمن الناس. **ولنا**، أن هذا أبلغ في الدعاء والتضرع، وقد جاء عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «إن الله يحب الملحين في الدعاء» .

وأما النبي فلم يخرج ثانيا؛ لاستغنائه عن الخروج بإجابته أول مرة، والخروج في المرة الأولى آكد مما بعدها؛ لورود السنة به.." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٢٦

"[باب الحكم في من ترك الصلاة] [مسألة ترك الصلاة وهو بالغ عاقل جاحدا لها أو غير جاحد]

(١٤٩٠) مسألة؛ قال: (ومن ترك الصلاة، وهو بالغ عاقل، جاحدا لها، أو غير جاحد، دعي إليها في وقت كل صلاة، ثلاثة أيام، فإن صلى، وإلا قتل) وجملة ذلك أن تارك الصلاة لا يخلو؛ إما أن يكون جاحدا لوجوبها، أو غير جاحد، فإن كان جاحدا لوجوبها نظر فيه، فإن كان جاهلا به، وهو ممن يجهل ذلك، كالحديث الإسلام، والناشئ ببادية، عرف وجوبها، وعلم ذلك، ولم يحكم بكفره؛ لأنه معذور.

وإن لم يكن ممن يجهل ذلك، كالناشئ من المسلمين في الأمصار والقرى، لم يعذر، ولم يقبل منه ادعاء الجهل، وحكم بكفره؛ لأن أدلة الوجوب ظاهرة في الكتاب والسنة، والمسلمون يفعلونها على الدوام، فلا يخفى وجوبها على من هذا حاله، فلا يجحدها إلا تكذيبا لله تعالى ولرسوله وإجماع الأمة، وهذا يصير مرتدا عن الإسلام، وحكمه حكم سائر المرتدين، في الاستتابة والقتل، ولا أعلم في هذا خلافا. وإن تركها لمرض، أو عجز عن أركانها وشروطها، قيل له: إن ذلك لا يسقط الصلاة، وإنه يجب عليه أن يصلي على حسب طاقته.

وإن تركها تهاونا أو كسلا، دعي إلى فعلها، وقيل له: إن صليت، وإلا قتلناك. فإن صلى، وإلا وجب قتله. ولا يقتل حتى يحبس ثلاثا، ويضيق عليه فيها، ويدعى في وقت كل صلاة إلى فعلها، ويخوف بالقتل، فإن صلى، وإلا قتل بالسيف. وبهذا قال مالك، وحماد بن زيد، ووكيع والشافعي. وقال الزهري: يضرب ويسجن. وبه قال أبو حنيفة، قال: ولا يقتل؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنا بعد إحصان، أو قتل نفس بغير حق» . متفق عليه.

وهذا لم يصدر منه أحد الثلاثة. فلا يحل دمه. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها» . متفق عليه. ولأنه فرع من فروع الدين. فلا يقتل بتركه كالحج، ولأن القتل لو شرع لشرع زجرا عن ترك الصلاة، ولا يجوز شرع زاجر تحقق المزجور عنه، والقتل يمنع فعل الصلاة دائما، فلا يشرع، ولأن الأصل تحريم الدم، فلا تثبت الإباحة إلا بنص أو معنى نص.

والأصل عدمه. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة: ٥] إلى قوله: ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾ [التوبة: ٥] .." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٢٩

"[مسألة تجريد الميت عند غسله وستر عورته بمئزر]

(١٤٩٨) مسألة؛ قال: (فإذا أخذ في غسله ستر من سرته إلى ركبتيه) وجملته أن المستحب تجريد الميت عند غسله، ويستر عورته بمئزر. هذا ظاهر قول الخرقي، في رواية الأثرم عن أحمد فقال: يغطي ما بين سرته وركبتيه.

وهذا اختيار أبي الخطاب وهو مذهب ابن سيرين ومالك وأبي حنيفة وروى المروذي، عن أحمد، أنه قال: يعجبني أن يغسل الميت وعليه ثوب يدخل يده من تحت الثوب. قال: وكان أبو قلابة إذا غسل ميتا جلله بثوب.

قال القاضي: السنة أن يغسل في قميص رقيق ينزل الماء فيه، ولا يمنع أن يصل إلى بدنه، ويدخل يده في كم القميص، فيمرها على بدنه والماء يصب، فإن كان القميص ضيقا فتق رأس الدخاريص، وأدخل يده منه. وهذا مذهب الشافعي لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - غسل في قميصه. وقال سعد اصنعوا بي كما صنع برسول الله - صلى الله عليه وسلم -.

قال أحمد غسل النبي - صلى الله عليه وسلم - في قميصه، وقد أرادوا خلعه، فنودوا، أن لا تخلعوه، واستروا نبيكم. **ولنا**، أن تجريده أمكن لتغسيله، وأبلغ في تطهيره، والحي يتجرد إذا اغتسل، فكذا الميت، ولأنه إذا غسل في ثوبه تنجس الثوب بما يخرج، وقد لا يطهر بصب الماء عليه، فيتنجس الميت به. فأما النبي - صلى الله عليه وسلم - فذاك خاص له، ألا ترى أنهم قالوا: نجرده كما نجرد موتانا. كذلك روت عائشة قال ابن عبد البر: روي ذلك عنها من وجه صحيح.

فالظاهر أن تجريد الميت فيما عدا العورة كان مشهورا عندهم، ولم يكن هذا ليخفى على النبي - صلى الله عليه وسلم - بل الظاهر أنه كان بأمره؛ لأنهم كانوا ينتهون إلى رأيه، ويصدرون عن أمره في الشرعيات، واتباع أمره وفعله أولى من اتباع غيره. ولأن ما يخشى من تنجيس قميصه بما يخرج منه كان مأمونا في حق النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ لأنه طيب حيا وميتا، بخلاف غيره، وإنما قال سعد الحدوا لي لحدا، وانصبوا علي اللبن نصبا، كما صنع برسول الله - صلى الله عليه وسلم -. ولو ثبت أنه أراد الغسل فأمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أولى بالاتباع.

وأما ستر ما بين السرة والركبة فلا نعلم فيه خلافا، فإن ذلك عورة، وستر العورة مأمور به، وقد «قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لعلي: لا تنظر إلى فخذ حي، ولا ميت» .

قال ابن عبد البر: وروي: " الناظر من الرجال إلى فروج الرجال، كالناظر منهم إلى فروج النساء، والمتكشف ملعون "..." (١)

"السبيلين، وبالأخرى سائر بدنه، فإن كان الميت امرأة حاملا لم يعصر بطنها، لئلا يؤذي الولد، وقد جاء في حديث رواه الخلال، بإسناده عن أم سليم قالت: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «إذا توفيت المرأة، فأرادوا غسلها، فليبدأ ببطنها، فليمسح مسحا رفيقا إن لم تكن حبلى، فإن كانت حبلى فلا يحركها.»

[مسألة يوضئ الميت وضوءه للصلاة ولا يدخل الماء في فيه ولا في أنفه]
(١٥٠٤) مسألة؛ قال: (ويوضئه وضوءه للصلاة، ولا يدخل الماء في فيه، ولا في أنفه، وإن كان فيهما أذى أزاله بخرقة) وجملة ذلك أنه إذا أنجاه، وأزال عنه النجاسة، بدأ بعد ذلك فوضأه وضوء الصلاة، فيغسل كفيه، ثم يأخذ خرقة خشنة فيبلها ويجعلها على أصبعه، فيمسح أسنانه وأنفه، حتى ينظفهما، ويكون ذلك في رفق، ثم يغسل وجهه، ويتم وضوءه، لأن الوضوء يبدأ به في غسل الحي، وقد قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – للنساء اللاتي غسلن ابنته: «ابدأن بميامنها، ومواضع الوضوء منها» متفق عليه.
وفي حديث أم سليم: «فإذا فرغت من غسل سفلتها غسلا نقيا بماء وسدر، فوضئيها وضوء الصلاة، ثم اغسليها» ولا يدخل الماء فاه، ولا منخريه، في قول أكثر أهل العلم. كذلك قال سعيد بن جبير، والنخعي، والثوري وأبو حنيفة. وقال الشافعي يمضمضه وينشقه كما يفعل الحي. **ولنا**، أن إدخال الماء فاه وأنفه لا يؤمن معه وصوله إلى جوفه، فيفضي إلى المثلة به، ولا يؤمن خروجه في أكفانه.

[مسألة يبدأ في غسل الميت بميامنه ويقلبه على جنبيه ليعم الماء سائر جسمه]
(١٥٠٥) مسألة؛ قال: (ويصب عليه الماء، فيبدأ بميامنه، ويقلبه على جنبيه، ليعم الماء سائر جسمه) وجملة ذلك أنه إذا وضأه بدأ بغسل رأسه، ثم لحيته. نص عليه أحمد. فيضرب السدر فيغسلهما برغوته، ويغسل وجهه، ويغسل اليد اليمنى من المنكب إلى الكفين وصفحة عنقه اليمنى، وشق صدره وجنبيه وفخذه وساقه، يغسل الظاهر من ذلك وهو مستلق، ثم يصنع ذلك بالجانب الأيسر، ثم يرفعه من جانبه الأيمن، ولا يكبه لوجهه، فيغسل الظهر وما هناك من وركه وفخذه وساقه، ثم يعود فيحرفه على جنبه الأيمن، ويغسل

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٣٨

شقه الأيسر كذلك.

هكذا ذكره إبراهيم النخعي، والقاضي. وهو أقرب إلى موافقة قوله – عليه السلام – «ابدأن بميامنها» . وهو أشبه بغسل الحي.." (١)

"[مسألة الرفق بالميت في تقليبه وعرك أعضائه]

(١٥٠٨) مسألة؛ قال: (ويستعمل في كل أموره الرفق به) ويستحب الرفق بالميت في تقليبه، وعرك أعضائه، وعصر بطنه، وتليين مفاصله، وسائر أموره، احتراما له؛ فإنه مشبه بالحي في حرمته، ولا يأمن إن عنف به أن ينفصل منه عضو، فيكون مثلة به، وقد قال – عليه الصلاة والسلام –: «كسر عظم الميت ككسر عظم الحي» . وقال «إن الله يحب الرفق في الأمر كله» .

[مسألة الماء الحار والأشنان والخلال يستعمل إن احتيج إليه في غسل الميت]

(١٥٠٩) مسألة؛ قال (والماء الحار والأشنان، والخلال، يستعمل إن احتيج إليه) هذه الثلاثة تستعمل عند الحاجة إليها، مثل أن يحتاج إلى الماء الحار لشدة البرد، أو لوسخ لا يزول إلا به، وكذا الأشنان يستعمل إذا كان على الميت وسخ. قال أحمد: إذا طال ضنى المريض غسل بالأشنان. يعني أنه يكثر وسخه، فيحتاج إلى الأشنان ليزيله.

والخلال: يحتاج إليه لإخراج شيء، والمستحب أن يكون من شجرة لينة كالصفصاف ونحوه، مما ينقي ولا يجرح، وإن لف على رأسه قطنا، فحسن. ويتتبع ما تحت أظفاره حتى ينقيه، فإن لم يحتج إلى شيء من ذلك لم يستحب استعماله. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة المسخن أولى بكل حال؛ لأنه ينقي ما لا ينقي البارد. **ولنا**، أن البارد يمسكه والمسخن يرخيه، ولهذا يطرح الكافور في الماء ليشده ويبرده، والإنقاء يحصل بالسدر إذا لم يكثر وسخه، فإن كثر ولم يزل إلا بالحار صار مستحبا.

[مسألة يغسل الميت المرة الثالثة بماء فيه كافور وسدر]

(١٥١٠) مسألة؛ قال: (ويغسل الثالثة بماء فيه كافور وسدر، ولا يكون فيه سدر صحاح) الواجب في غسل الميت مرة واحدة؛ لأنه غسل واجب من غير نجاسة أصابته، فكان مرة واحدة، كغسل الجنابة والحيض، ويستحب أن يغسل ثلاثا، كل غسلة بالماء والسدر، على ما وصفنا، ويجعل في الماء كافور في

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٤١

الغسلة الثالثة؛ ليشده ويبرده ويطيبه، لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – للنساء اللاتي غسلن ابنته: «اغسلنها بالسدر وترا ثلاثا، أو خمسا، أو أكثر من ذلك إن رأيتن، واجعلن في الغسلة الأخيرة كافورا» .

وفي حديث أم سليم: «فإذا كان في آخر غسلة من الثالثة أو غيرها، فاجعلي ماء فيه شيء من كافور، وشيء من سدر، ثم اجعلي ذلك في جرة جديدة، ثم أفرغيه عليها، وابدئي برأسها حتى يبلغ رجليها» . ولا يجعل في الماء سدر صحيح؛ لأنه لا فائدة فيه، لأن السدر إنما أمر به." (١)

"للتنظيف، والمعد للتنظيف إنما هو المطحون، ولهذا لا يستعمله المغتسل به من الأحياء إلا كذلك.

قال أبو داود: قلت لأحمد إنهم يأتون بسبع ورقات من سدر، فيلقونها في الماء في الغسلة الأخيرة.

فأنكر ذلك، ولم يعجبه، وإذا فرغ من الغسلة الثالثة لم يمر يده على بطن الميت، لئلا يخرج منه شيء، ويقع في أكفانه. قال أحمد: ويوضأ الميت مرة واحدة في الغسلة الأولى. وما سمعنا إلا أنه يوضأ أول مرة، وهذا والله أعلم، ما لم يخرج منه شيء، ومتى خرج منه شيء، أعاد وضوءه لأن ذلك ينقض الوضوء من الحي ويوجبه، وإن رأى الغاسل أن يزيد على ثلاث، لكونه لم ينق بها، أو غير ذلك، غسله خمسا أو سبعا، ولم يقطع إلا على وتر.

قال أحمد ولا يزاد على سبع والأصل في هذا قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «اغسلنها ثلاثا، أو خمسا، أو سبعا» لم يزد على ذلك وجعل جميع ما أمر به وترا وقال أيضا: " اغسلنها وترا " وإن لم ينق بسبع فالأولى غسله حتى ينقى، ولا يقطع إلا على وتر؛ لقوله – عليه السلام –: " اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو سبعا، أو أكثر من ذلك إن رأيتن ". ولأن الزيادة على الثلاث إنما كانت للإنقاء، وللحاجة إليها، فكذلك فيما بعد السبع. ولم يذكر أصحابنا أنه يزيد على سبع.

[مسألة خرجت نجاسة من قبل الميت أو دبره وهو على مغتسله بعد الثلاث]

(١٥١١) مسألة؛ قال: " فإن خرج منه شيء غسله إلى خمس، فإن زاد فإلى سبع " يعني إن خرجت نجاسة من قبله أو دبره، وهو على مغتسله بعد الثلاث، غسله إلى خمس، فإن خرج بعد الخامسة، غسله إلى سبع ويوضئه في الغسلة التي تلي خروج النجاسة. قال صالح: قال أبي: يوضأ الميت مرة واحدة، إلا أن يخرج منه شيء، فيعاد عليه الوضوء، ويغسله إلى سبع. وهو قول ابن سيرين، وإسحاق.

واختار أبو الخطاب أنه يغسل موضع النجاسة، ويوضأ، ولا يجب إعادة غسله. وهو قول الثوري، ومالك،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٤٣

وأبي حنيفة؛ لأن خروج النجاسة من الحي بعد غسله لا يبطله، فكذلك الميت. وعن الشافعي كالمذهبين.
ولنا، أن القصد من غسل الميت أن يكون خاتمة أمره الطهارة الكاملة، ألا ترى أن الموت جرى مجرى زوال العقل في حق الحي، وقد أوجب الغسل في حق الحي، فكذلك هذا، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو سبعا، إن رأيتن ذلك، بماء وسدر» .

(١٥١٢) فصل: وإن خرجت منه نجاسة من غير السبيلين. فقال أحمد فيما روى أبو داود: الدم أسهل من الحدث. ومعناه أن الدم الذي يخرج من أنفه أسهل من الحدث في أن لا يعاد له الغسل؛ لأن الحدث ينقض الطهارة بالاتفاق، ويسوى بين كثيره وقليله. ويحتمل أنه أراد أن الغسل لا يعاد من يسيره، كما لا ينقض الوضوء، بخلاف الخارج من السبيلين.." [(١)]

"[فصل تكفين المرأة بالحرير]

(١٥٣١) فصل: قال أحمد لا يعجبني أن تكفن في شيء من الحرير. وكره ذلك الحسن، وابن المبارك، وإسحاق قال ابن المنذر: ولا أحفظ من غيرهم خلافهم. وفي جواز تكفين المرأة بالحرير احتمالان؛ لأن أقيسهما الجواز، لأنه من لباسها في حياتها، لكن كرهناه لها، لأنها خرجت عن كونها محلا للزينة والشهوة، وكذلك يكره تكفينها بالمعصفر، ونحوه؛ لذلك.

قال الأوزاعي: لا يكفن الميت في الثياب المصبغة، إلا ما كان من العصب، يعني ما صنع بالعصب، وهو نبت ينبت باليمن.

[مسألة يضفر شعر الميتة ثلاثة قرون ويسدل من خلفها]

(١٥٣٢) مسألة؛ قال: (ويضفر شعرها ثلاثة قرون، ويسدل من خلفها) وجملة ذلك أن شعر الميتة يغسل، وإن كان معقوصا نقض، ثم غسل، ثم ضفر ثلاثة قرون، قرنيها، وناصيتها، ويلقى من خلفها. وبهذا قال الشافعي، وإسحاق، وابن المنذر.

وقال الأوزاعي وأصحاب الرأي: لا يضفر، ولكن يرسل مع خديها، من بين يديها من الجانبين، ثم يرسل عليه الخمار؛ لأن ضفره يحتاج إلى تسريحها، فينقطع، شعرها وينتف. **ولنا**، ما روت أم عطية، قالت: «ضفرنا شعرها ثلاثة قرون، وألقيناه خلفها. يعني بنت رسول الله - صلى الله عليه وسلم -» . متفق عليه. ولمسلم: فضفرنا شعرها ثلاثة قرون؛ قرنيها، وناصيتها. وللبخاري: جعلن رأس بنت رسول الله - صلى الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٤٤

عليه وسلم - ثلاثة قرون، نقضنه، ثم غسلنه، ثم جعلنه ثلاثة قرون. وإنما غسلنه بأمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وتعليمه.

وفي حديث أم سليم، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «واضفرن شعرها ثلاثة قرون؛ قصة، وقرنين، ولا تشبهنها بالرجال» . فأما التسريح فكرهه أحمد، وقال: قالت عائشة: علام تنصون ميتكم؟ قال: يعني لا تسرحوا رأسه بالمشط. ولأن ذلك يقطع شعره وينتفه.

وقد روي عن أم عطية، قالت: مشطناها ثلاثة قرون. متفق عليه. قال أحمد: إنما ضفرن. وأنكر المشط. فكأنه تأول قولها: مشطناها. على أنها أرادت ضفرناها؛ لما ذكرناه. والله أعلم.

[مسألة الإسراع بالجنازة]

(١٥٣٣) مسألة؛ قال: " والمشي بالجنازة الإسراع " لا خلاف بين الأئمة، - رحمهم الله -، في استحباب الإسراع بالجنازة، وبه ورد النص، وهو قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أسرعوا بالجنازة، فإن تكن صالحة فخير تقدمونها إليه، وإن كانت غير ذلك فشر تضعونه عن رقابكم» . متفق عليه.

وعن أبي هريرة، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا تبع الجنازة." (١)

"(١٥٣٥) فصل: ويستحب لمتبع الجنازة أن يكون متخشعا، متفكرا في مآله، متعظا بالموت، وبما يصير إليه الميت، ولا يتحدث بأحاديث الدنيا، ولا يضحك، قال سعد بن معاذ: ما تبعت جنازة فحدثت نفسي بغير ما هو مفعول بها. ورأى بعض السلف رجلا يضحك في جنازة، فقال: أتضحك وأنت تتبع الجنازة؟ لا كلمتك أبدا.

[مسألة فصل الماشي خلف الجنازة]

(١٥٣٦) مسألة؛ قال: " والمشي أمامها أفضل " أكثر أهل العلم يرون الفضيلة للماشي أن يكون أمام الجنازة، روي ذلك عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وابن عمر، وأبي هريرة والحسن بن علي، وابن الزبير، وأبي قتادة، وأبي أسيد، وعبيد بن عمير، وشريح، والقاسم بن محمد، وسالم، والزهري، ومالك، والشافعي. وقال الأوزاعي، وأصحاب الرأي: المشي خلفها أفضل؛ لما روى ابن مسعود، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الجنازة متبوعة، ولا تتبع، ليس منها من تقدمها» . وقال علي - رضي الله عنه -:

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٢/٢

«فضل الماشي خلف الجنازة على الماشي قدامها، كفضل المكتوبة على التطوع، سمعته من رسول الله - صلى الله عليه وسلم -» . ولأنها متبوعة فيجب أن تقدم كالإمام في الصلاة، ولهذا قال في الحديث الصحيح: " من تبع جنازة ". **ولنا**، ما روى ابن عمر، قال: رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبا بكر، وعمر يمشون أمام الجنازة. رواه أبو داود، والترمذي. وعن أنس نحوه، رواه ابن ماجه.

وقال ابن المنذر: ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبا بكر، وعمر، كانوا يمشون أمام الجنازة. وقال أبو صالح: كان أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يمشون أمام الجنازة، ولأنهم شفعاء له، بدليل قوله - عليه السلام -: «ما من ميت تصلي عليه أمة من المسلمين، يبلغون مائة، كلهم يشفعون له، إلا شفعوا فيه» . رواه مسلم. والشفيع يتقدم المشفوع له، وحديث ابن مسعود يرويه أبو ماجد، وهو مجهول، قيل ليحيى: من أبو ماجد هذا؟ قال: طائر طار. قال الترمذي: سمعت محمد بن إسماعيل يضعف هذا الحديث. والحديث الآخر لم يذكره أصحاب السنن. وقالوا: هو ضعيف.

ثم نحمله على من تقدمها إلى موضع الصلاة أو الدفن، ولم يكن معها. وقياسهم يبطل بسنة الصبح والظهر، فإنها تابعة لهما، وتتقدمهما في الوجود.." (١)

"والحسين وسمى في موضع آخر زيد بن ثابت، وأبا هريرة.

وقال علي - رضي الله عنه - الإمام أحق من صلى على الجنازة وعن ابن مسعود نحو ذلك. وهذا اشتهر فلم ينكر، فكان إجماعا، ولأنها صلاة شرعت فيها الجماعة، فكان الإمام أحق بالإمامة فيها كسائر الصلوات وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يصلي على الجنائز، مع حضور أقاربها، والخلفاء بعده ولم ينقل إلينا أنهم استأذنوا أولياء الميت في التقدم عليها.

(١٥٤٩) فصل: والأمير هاهنا الإمام، فإن لم يكن فالأمير من قبله، فإن لم يكن فالنائب من قبله في الإمامة، فإن الحسين قدم سعيد بن العاص، وإنما كان أميرا من قبل معاوية فإن لم يكن فالحاكم

[مسألة أولى الناس في الصلاة على الميت]

مسألة؛ قال: (ثم الأب وإن علا، ثم الابن وإن سفل، ثم أقرب العصبة) الصحيح في المذهب ما ذكره الخرقي في أن أولى الناس بعد الأمير الأب، ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الابن، ثم ابنه وإن نزل، ثم الأخ الذي هو عصبة، ثم ابنه، ثم الأقرب فالأقرب من العصبات، وقال أبو بكر: إذا اجتمع جد وأخ، ففيه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٥٤

قولان وحكي عن مالك أن الابن أحق من الأب؛ لأنه أقوى تعصيبا منه، بدليل الإرث، والأخ أولى من الجد؛ لأنه يدلي بالبنوة والجد يدلي بالأبوة.

ولنا، أنهما استويا في الإدلاء؛ لأن كل واحد منهما يدلي بنفسه، والأب أرأف وأشفق، ودعاؤه لأبنه أقرب إلى الإجابة، فكان أولى، كالقريب مع البعيد، إذ كان المقصود الدعاء للميت والشفاعة له، بخلاف الميراث

[فصل اجتمع زوج المرأة الميتة وعصبتها في الصلاة عليها]

(١٥٥١) فصل: وإن اجتمع زوج المرأة وعصبتها فظاهر كلام الخرقي تقديم العصبات، وهو أكثر الروايات عن أحمد، وقول سعيد بن المسيب، والزهري، وبكير بن الأشج ومذهب أبي حنيفة، ومالك، والشافعي إلا أن أبا حنيفة يقدم زوج المرأة على ابنها منه.

وروي عن أحمد تقديم الزوج على العصبات؛ لأن أبا بكرة صلى على امرأته، ولم يستأذن إخوتها وروي ذلك عن ابن عباس، والشعبي، وعطاء، وعمر بن عبد العزيز، وإسحاق، ولأنه أحق بالغسل، فكان أحق بالصلاة، كمحل الوفاق ولنا، أنه يروى عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال لأهل امرأته: أنتم أحق بها ولأن الزوج قد زالت زوجيته بالموت فصار أجنبيا، والقرابة لم تزل، فعلى هذه الرواية، إن لم يكن لها عصبات، فالزوج أولى؛ لأن له سببا وشفقة، فكان أولى من الأجنبي." (١)

"[فصل اجتمع جنائز فتشاح أولياؤهم في من يتقدم للصلاة عليهم]

(١٥٥٦) فصل: فإن اجتمع جنائز، فتشاح أولياؤهم في من يتقدم للصلاة عليهم، قدم أولاهم بالإمامة في الفرائض. وقال القاضي: يقدم السابق، يعني من سبق ميته. ولنا، أنهم تساووا فأشبهوا الأولياء إذا تساووا في الدرجة، مع قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله» وإن أراد ولي كل ميت إفراد ميته بصلاة جاز.

[مسألة كيفية صلاة الجنازة]

(١٥٥٧) مسألة؛ قال والصلاة عليه، يكبر، ويقرأ الحمد وجملة ذلك أن سنة التكبير على الجنازة أربع، ولا تسن الزيادة عليها، ولا يجوز النقص منها، فيكبر الأولى، ثم يستعيذ، ويقرأ الحمد، ويبدؤها ببسم الله الرحمن الرحيم، ولا يسن الاستفتاح. قال أبو داود سمعت أحمد يسأل عن الرجل يستفتح الصلاة على

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٦٠

الجنازة بسبحانك اللهم وبحمدك؟ قال: ما سمعت قال ابن المنذر كان الثوري يستحب أن يستفتح في صلاة الجنازة، ولم نجده في كتب سائر أهل العلم، وقد روي عن أحمد مثل قول الثوري لأن الاستعاذة فيها مشروعة فسن فيها الاستفتاح، كسائر الصلوات.

ولنا، أن صلاة الجنازة شرع فيها التخفيف، ولهذا لا يقرأ فيها بعد الفاتحة بشيء، وليس فيها ركوع ولا سجود، والتعوذ سنة للقراءة مطلقا في الصلاة، وغيرها؛ لقول الله تعالى ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨] إذا ثبت هذا فإن قراءة الفاتحة واجبة في صلاة الجنازة وبهذا قال الشافعي، وإسحاق.

وروي ذلك عن ابن عباس وقال الثوري، والأوزاعي، ومالك، وأبو حنيفة: لا يقرأ فيها بشيء من القرآن؛ لأن ابن مسعود قال: إن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يوقت فيها قولا ولا قراءة. ولأن ما لا ركوع فيه لا قراءة فيه، كسجود التلاوة **ولنا**، أن ابن عباس صلى على جنازة فقرأ بفاتحة الكتاب فقال: إنه من السنة. أو: من تمام السنة قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح.

وروى ابن ماجه بإسناده عن أم شريك قالت «أمرنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نقرأ على الجنازة بفاتحة الكتاب» .

وروى الشافعي، في " مسنده " بإسناده عن جابر أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كبر على الجنازة أربعا، وقرأ بفاتحة الكتاب بعد التكبيرة الأولى ثم هو داخل في عموم قوله – عليه السلام – «لا صلاة لمن لم يقرأ بأم القرآن» ولأنها صلاة يجب فيها القيام، فوجبت فيها القراءة، كسائر الصلوات وإن صح ما رووه عن ابن مسعود فإنما قال: لم يوقت. أي لم يقدر.

ولا يدل هذا على نفي أصل القراءة وقد روى ابن المنذر عنه،." (١)

"وروي أنه سعى في جنازة سعد حتى سقط رداؤه عن منكبيه، فعلم، أنه لم يرد بالحديث هذه الصلاة، ثم الحديث الذي رويناه أخص منه، فيجب تقديمه. والقياس على سائر الصلوات لا يصح؛ لأنه لا يقضي في شيء من الصلوات التكبير المنفرد، ثم يبطل بتكبيرات العيد.

إذا ثبت هذا فإنه متى قضى أتى بالتكبير متواليا، لا ذكر معه كذلك قال أحمد وحكاه عن إبراهيم قال: يبادر بالتكبير متتابعا، وإن لم يرفع قضى ما فاته، وإذا أدرك الإمام في الدعاء على الميت تابعه فيه، فإذا سلم الإمام كبر، وقرأ الفاتحة، ثم كبر وصلى على النبي – صلى الله عليه وسلم – وكبر وسلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٦٢

وقال الشافعي: متى دخل المسبوق في الصلاة ابتدأ الفاتحة ثم أتى بالصلاة في الثانية. ووجه الأول أن المسبوق في سائر الصلوات يقرأ فيما يقضيه الفاتحة وسورة، على صفة ما فاته، فينبغي أن يأتي هاهنا بالقراءة على صفة ما فاته. والله أعلم

[فصل أدرك الإمام فيما بين تكبيرتين في صلاة الجنازة]

(١٥٧٤) فصل: وإذا أدرك الإمام فيما بين تكبيرتين فعن أحمد أنه ينتظر الإمام حتى يكبر معه، وبه قال أبو حنيفة، والثوري، وإسحاق؛ لأن التكبيرات كالركعات، ثم لو فاتته ركعة لم يتشاغل بقضائها، وكذلك إذا فاتته تكبيرة. والثانية، يكبر ولا ينتظر. وهو قول الشافعي؛ لأنه في سائر الصلوات متى أدرك الإمام كبر معه، ولم ينتظر، وليس هذا اشتغالا بقضاء ما فاته، وإنما يصلي معه ما أدركه، فيجزئه، كالذي عقيب تكبير الإمام، أو يتأخر عن ذلك قليلا.

وعن مالك كالروايتين. قال ابن المنذر: سهل أحمد في القولين جميعا ومتى أدرك الإمام في التكبيرة الأولى فكبر، وشرع في القراءة، ثم كبر الإمام قبل أن يتمها، فإنه يكبر، ويتابعه، ويقطع القراءة كالمسبوق في بقية الصلوات، إذا ركع الإمام قبل إتمام القراءة.

[مسألة يدخل قبره من عند رجليه]

(١٥٧٥) مسألة: قال: (ويدخل قبره من عند رجليه إن كان أسهل عليهم) الضمير في قوله " رجليه " يعود إلى القبر. أي: من عند موضع الرجلين. وذلك أن المستحب أن يوضع رأس الميت عند رجل القبر، ثم يسل سلا إلى القبر. روي ذلك عن ابن عمر، وأنس، وعبد الله بن يزيد الأنصاري، والنخعي، والشعبي، والشافعي.

وقال أبو حنيفة توضع الجنازة على جانب القبر، مما يلي القبلة، ثم يدخل القبر معترضا؛ لأنه يروى عن علي - رضي الله عنه - ولأن النخعي قال: حدثني من رأى أهل المدينة في الزمن الأول يدخلون موتاهم من قبل القبلة وأن السل شيء أحدثه أهل المدينة. **ولنا**، ما روى الإمام أحمد، بإسناده عن عبد الله بن يزيد الأنصاري، «أن الحارث أوصى أن يليه عند موته، فصلى عليه، ثم دخل القبر، فأدخله من رجلي القبر،

وقال: هذا السنة» .

وهذا يقتضي سنة." [1]

"عثمان بن مظعون أخرج بجنازته، فدفن، أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - رجلا أن يأتيه بحجر فلم يستطع حمله، فقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فحسر عن ذراعيه، ثم حملها، فوضعها عند رأسه، وقال: أعلم بها قبر أخي، وأدفن إليه من مات من أهله» ورواه ابن ماجه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - من رواية أنس.

[فصل تسنيم القبر أفضل من تسطيحه]

(١٥٨٨) فصل: وتسنيم القبر أفضل من تسطيحه. وبه قال مالك وأبو حنيفة، والثوري. وقال الشافعي: تسطيحه أفضل. قال: وبلغنا أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سطح قبر ابنه إبراهيم. وعن القاسم قال: رأيت قبر النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبي بكر وعمر مسطحة. **ولنا** ما روى سفيان التمار، أنه قال: رأيت قبر النبي - صلى الله عليه وسلم - مسنما. رواه البخاري بإسناده وعن الحسن مثله ولأن التسطيح يشبه أبنية أهل الدنيا، وهو أشبه بشعار أهل البدع، فكان مكروها.

وحديثنا أثبت من حديثهم وأصح، فكان العمل به أولى.

[فصل الوقوف على القبر بعدما يدفن يدعو للميت]

(١٥٨٩) فصل: وسئل أحمد عن الوقوف على القبر بعدما يدفن، يدعو للميت؟ قال: لا بأس به، قد وقف علي والأحنف بن قيس، وروى أبو داود بإسناده عن عثمان، قال «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا دفن الرجل وقف عليه، فقال: استغفروا لأخيكم، واسألوا له التثبيت، فإنه الآن يسأل» .

وروى الخلال بإسناده ومسلم والبخاري عن السري قال: لما حضرت عمرو بن العاص الوفاة، قال: اجلسوا عند قبري قدر ما ينحر جزور، ويقسم، فإني أستأنس بكم.

[فصل التلقين بعد الدفن]

(١٥٩٠) فصل: فأما التلقين بعد الدفن فلم أجد فيه عن أحمد شيئا، ولا أعلم فيه للأئمة قولا، سوى ما

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٧٠

رواه الأثرم قال: قلت لأبي عبد الله فهذا الذي يصنعون إذا دفن الميت، يقف الرجل، ويقول: يا فلان بن فلانة، اذكر ما فارقت عليه، شهادة أن لا إله إلا الله؟ فقال: ما رأيت أحدا فعل هذا إلا أهل الشام، حين مات أبو المغيرة جاء إنسان، فقال ذاك. قال: وكان أبو المغيرة يروي فيه عن أبي بكر بن أبي مريم، عن أشياخهم، أنهم كانوا يفعلونه، وكان ابن عياش يروي فيه، ثم قال فيه: إنما لأثبت عذاب القبر.
قال القاضي، وأبو الخطاب: يستحب ذلك. وروينا فيه عن أبي أمامة الباهلي أن النبي - صلى الله عليه وسلم -." (١)

"وإن تشاح الورثة في الكفن، جعل كفنه بحسب حاله، إن كان موسرا كان كفنه رفيعا حسنا، ويجعل على حسب ما كان يلبس في حال الحياة، وإن كان دون ذلك فعلى حسب حاله. وقول الخرقي: " جعل بثلاثين درهما، وإن كان موسرا فبخمسين "
ليس هو على سبيل التحديد، إذ لم يرد فيه نص، ولا فيه إجماع، والتحديد إنما يكون بأحدهما، وإنما هو تقريب، فلعله كان يحصل الجيد والمتوسط في وقته بالقدر الذي ذكره، وقد روي عن ابن مسعود، أنه أوصى أن يكفن بنحو من ثلاثين درهما. والمستحب أن يكفن في جديد، إلا أن يوصي الميت بغير ذلك، فتمتثل وصيته.
كما روي عن أبي بكر الصديق - رضي الله عنه - أنه قال: كفنوني في ثوبي هذين، فإن الحي أحوج إلى الجديد من الميت، وإنما هما للمهنة والتراب. وذهب ابن عقيل إلى أن التكفين في الخليع أولى لهذا الخبر، والأول أولى لدلالة قول النبي - صلى الله عليه وسلم - وفعل أصحابه عليه.

[فصل وجوب كفن الميت]
(١٦١٥) فصل: ويجب كفن الميت؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر به، ولأن سترته واجبة في الحياة، فكذلك بعد الموت ويكون ذلك من رأس ماله مقدما على الدين والوصية والميراث؛ لأن حمزة، ومصعب بن عمير - رضي الله عنه - ما لم يوجد لكل واحد منهما إلا ثوب، فكفن فيه، ولأن لباس المفلس مقدم على قضاء دينه، فكذلك كفن الميت.
ولا ينتقل إلى الوارث من مال الميت إلا ما فضل عن حاجته الأصلية، وكذلك مئونة دفنه وتجهيزه، وما لا بد للميت منه، فأما الحنوط والطيب، فليس بواجب. ذكره أبو عبد الله بن حامد ولأنه لا يجب في الحياة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٧٧

فكذلك بعد الموت. وقال القاضي: يحتمل أنه واجب؛ لأنه مما جرت العادة به وليس بصحيح؛ فإن العادة جرت بتحسين الكفن، وليس بواجب.

[فصل كفن المرأة ومئونة دفنها من مالها]

(١٦١٦) فصل: وكفن المرأة ومئونة دفنها من مالها إن كان لها مال. وهذا قول الشعبي، وأبي حنيفة، وبعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يجب على الزوج.

واختلفوا عن مالك فيه. واحتجوا بأن كسوتها ونفقتها واجبة عليه فوجب عليه كفنها، كسيد العبد والوالد.

ولنا، أن النفقة والكسوة تجب في النكاح للتمكن من الاستمتاع، ولهذا تسقط بالنشوز والبينونة، وقد انقطع ذلك بالموت، فأشبه ما لو انقطع بالفرقة في الحياة، ولأنها بانت منه بالموت فأشبهت الأجنبية، وفارقت المملوك، فإن نفقته تجب بحق الملك لا بالانتفاع ولهذا تجب نفقة الآبق وفطرته، والولد تجب نفقته بالقرابة، ولا يبطل ذلك بالموت؛ بدليل أن السيد والوالد أحق بدفنه وتوليه.." (١)

"[فصل طلق امرأته ثم مات أحدهما في العدة وكان الطلاق رجعيا لم يبح لأحدهما غسل صاحبه]

(١٦٢١) فصل: فإن طلق امرأته، ثم مات أحدهما في العدة، وكان الطلاق رجعيا، فحكمهما حكم الزوجين قبل الطلاق؛ لأنها زوجة تعتد للوفاة، وترثه ويرثها، ويباح له وطؤها. وإن كان بائنا لم يجز لأن اللمس والنظر محرم حال الحياة، فبعد الموت أولى. وإن قلنا: إن الرجعية محرمة لم يبح لأحدهما غسل صاحبه؛ لما ذكرناه.

[فصل حكم أم الولد في الجنائز كحكم المرأة]

(١٦٢٢) فصل: وحكم أم الولد حكم المرأة فيما ذكرنا وقال ابن عقيل: يحتمل أن لا يجوز لها غسل سيدها؛ لأن عتقها حصل بالموت، ولم يبق علقة من ميراث ولا غيره. وهذا قول أبي حنيفة. **ولنا**، أنها في معنى الزوجة في اللمس والنظر والاستمتاع، فكذلك في الغسل، والميراث ليس من المقتضى، بدليل الزوجين إذا كان أحدهما رقيقا، والاستبراء هاهنا كالعدة. ولأنها إذا ماتت يلزمه كفنها ودفنها ومؤنتها، بخلاف الزوجة.

فأما غير أم الولد من الإماء، فيحتمل أن لا يجوز لها غسل سيدها؛ لأن الملك انتقل فيها إلى غيره، ولم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٨٨

يكن بينهما من الاستمتاع ما تصير به في معنى الزوجات. ولو مات قبل الدخول بامرأته احتمل أن لا يباح لها غسله لذلك. والله أعلم.

[فصل إن كانت الزوجة ذمية فليس لها غسل زوجها]

(١٦٢٣) فصل: وإن كانت الزوجة ذمية، فليس لها غسل زوجها، لأن الكافر لا يغسل المسلم، لأن النية واجبة في الغسل، والكافر ليس من أهلها، وليس لزوجها غسلها؛ لأن المسلم لا يغسل الكافر، ولا يتولى دفنه، ولأنه لا ميراث بينهما، ولا موالاة، وقد انقطعت الزوجية بالموت ويتخرج جواز ذلك بناء على جواز غسل المسلم الكافر.

[فصل هل يغسل الرجل أخته إذا لم يجد نساء]

(١٦٢٤) فصل: وليس لغير من ذكرنا من الرجال غسل أحد من النساء، ولا أحد من النساء غسل غير من ذكرنا من الرجال وإن كن ذوات رحم محرم. وهذا قول أكثر أهل العلم، وحكي عن أبي قلابة أنه غسل ابنته. واستعظم أحمد هذا، ولم يعجبه وقال: أليس قد قيل: استأذن على أمك. وذلك لأنها محرمة حال الحياة، فلم يجز غسلها كالأجنبية، وأخته من الرضاع.

فإن دعت

الضرورة

إلى ذلك بأن لا يوجد من يغسل المرأة من النساء، فقال مهنا: سألت أحمد عن الرجل يغسل أخته إذا لم يجد نساء قال: لا. قلت: فكيف يصنع؟ قال: يغسلها وعليها ثيابها، يصب عليها الماء صبا. قلت لأحمد: وكذلك كل ذات محرم تغسل وعليها ثيابها؟ قال: نعم. وقال الحسن ومحمد ومالك: لا بأس." (١)

"بغسل ذات محرم عند الضرورة فأما إن مات رجل بين نسوة أجانب، أو امرأة بين رجال أجانب، أو مات خنثى مشكل، فإنه ييمم.

وهذا قول سعيد بن المسيب، والنخعي، وحماد، ومالك وأصحاب الرأي وابن المنذر.

وحكى أبو الخطاب رواية ثانية، أنه يغسل من فوق القميص، يصب عليه الماء من فوق القميص صبا، ولا يمس. وهو قول الحسن، وإسحاق. **ولنا**، ما روى تمام الرازي في " فوائده " بإسناده عن مكحول عن واثلة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٩١

قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إذا ماتت المرأة مع الرجال، ليس بينها وبينهم محرم، تيمم كما ييمم الرجال» . ولأن الغسل من غير مس لا يحصل به التنظيف، ولا إزالة النجاسة، بل ربما كثرت ولا يسلم من النظر، فكان العدول إلى التيمم أولى، كما لو عدم الماء.

[فصل المرأة تغسل الصبي الصغير]

(١٦٢٥) فصل: وللنساء غسل الطفل بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم، على أن المرأة تغسل الصبي الصغير. قال أحمد: لهن غسل من له دون سبع سنين. وقال الحسن: إذا كان فطيما، أو فوقه. وقال الأوزاعي: ابن أربع أو خمس. وقال أصحاب الرأي: الذي لم يتكلم. – **ولنا**، أن من له دون السبع لم نؤمر بأمره بالصلاة، ولا عورة له، فأشبه ما سلموه، فأما من بلغ السبع ولم يبلغ عشرا، فحكى أبو الخطاب فيه روايتين.

والصحيح أن من بلغ عشرا ليس للنساء غسله؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «وفرقوا بينهم في المضاجع» . وأمر بضربهم للصلاة لعشر. ومن دون العشر يحتمل أن يلحق بمن دون السبع، لأنه في معناه، ويحتمل أن لا يلحق به، لأنه يفارقه في أمره بالصلاة، وقربه من المراهقة. فأما الجارية الصغيرة، فلم ير أبو عبد الله أن يغسلها الرجل، وقال: النساء أعجب إلي. وذكر له أن الثوري يقول: تغسل المرأة الصبي، والرجل الصبية.

قال: لا بأس أن تغسل المرأة الصبي، وأما الرجل يغسل الصبية فلا أجترئ عليه، إلا أن يغسل الرجل ابنته الصغيرة، فإنه يروى عن أبي قلابة أنه غسل بنتا له صغيرة.

والحسن قال: لا بأس أن يغسل الرجل ابنته، إذا كانت صغيرة. وكره غسل الرجل الصغيرة سعيد والزهري. قال الخلال: القياس التسوية بين الغلام والجارية، لولا أن التابعين فرقوا بينهما، فكرهه أحمد لذلك. وسوى أبو الخطاب بينهما، فجعل فيهما روايتين، جريا على موجب القياس.

والصحيح ما عليه السلف، من أن الرجل لا يغسل الجارية، والتفرقة بين عورة الغلام والجارية؛ لأن عورة." (١)

"خلافا، إلا عن الحسن، وسعيد بن المسيب، قالا: يغسل الشهيد، ما مات ميت إلا جنبا. والاقتداء بالنبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه في ترك غسلهم أولى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٩٢

فأما الصلاة عليه، فالصحيح أنه لا يصلى عليه. وهو قول مالك، والشافعي، وإسحاق. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه يصلى عليه. اختارها الخلال. وهو قول الثوري، وأبي حنيفة. إلا أن كلام أحمد في هذه الرواية يشير إلى أن الصلاة عليه مستحبة، غير واجبة. قال في موضع: إن صلي عليه فلا بأس به. وفي موضع آخر، قال: يصلى، وأهل الحجاز لا يصلون عليه، وما تضره الصلاة، لا بأس به.

وصرح بذلك في رواية المروذي، فقال: الصلاة عليه أجود، وإن لم يصلوا عليه أجزأ. فكأن الروايتين في استحباب الصلاة، لا في وجوبها، إحداهما يستحب؛ لما روى عقبة، أن «النبي - صلى الله عليه وسلم - خرج يوما، فصلى على أهل أحد صلاته على الميت، ثم انصرف إلى المنبر» . متفق عليه. وعن ابن عباس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - صلى على قتلى أحد» . **ولنا**، ما روى جابر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بدفن شهداء أحد في دمائهم، ولم يغسلهم، ولم يصل عليهم» . متفق عليه. ولأنه لا يغسل مع إمكان غسله، فلم يصل عليه، كسائر من لم يغسل، وحديث عقبة مخصوص بشهداء أحد، فإنه صلى عليهم في القبور بعد ثماني سنين، وهم لا يصلون على القبر أصلا، ونحن لا نصلي عليه بعد شهر. وحديث ابن عباس يرويه الحسن بن عمارة، وهو ضعيف، وقد أنكر عليه شعبة رواية هذا الحديث. وقال: إن جرير بن حازم يكلمني في أن لا أتكلم في الحسن بن عمارة، وكيف لا أتكلم فيه وهو يروي هذا الحديث ثم نحمله على الدعاء. إذا ثبت هذا فيحتمل أن ترك غسل الشهيد لما تضمنه الغسل من إزالة أثر العبادة المستحسنة شرعا، فإنه جاء عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «والذي نفسي بيده، لا يكلم أحد في سبيل الله، والله أعلم بمن يكلم في سبيله، إلا جاء يوم القيامة، واللون لون دم، والريح ريح مسك.» رواه البخاري.

وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ليس شيء أحب إلى الله عز وجل من قطرتين وأثرين: أما الأثران، فأثر في سبيل الله، وأثر في فريضة من فرائض الله تعالى.» رواه الترمذي، وقال: هو حديث حسن، وقد جاء ذكر هذه العلة في الحديث، فإن عبد الله بن ثعلبة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «زملوهم بدمائهم، فإنه ليس كلم يكلم في سبيل الله إلا يأتي يوم القيامة يدمى، لونه لون الدم، وريحه ريح المسك.» رواه النسائي.." (١)

"ويحتمل أن الغسل لا يجب إلا من أجل الصلاة، إلا أن الميت لا فعل له، فأمرنا بغسله لنصلي عليه، فمن لم تجب الصلاة عليه لم يجب غسله، كالحي. ويحتمل أن الشهداء في المعركة يكثرون، فيشق

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٩٤

غسلهم، وربما يكون فيهم الجراح فيتضررون، فعفي عن غسلهم لذلك.
وأما سقوط الصلاة عليهم، فيحتمل أن تكون علته كونهم أحياء عند ربهم، والصلاة إنما شرعت في حق الموتى. ويحتمل أن ذلك لغناهم عن الشفاعة لهم، فإن الشهيد يشفع في سبعين من أهله، فلا يحتاج إلى شفيع، والصلاة إنما شرعت للشفاعة.

[فصل كان الشهيد جنبا]
(١٦٢٩) فصل: فإن كان الشهيد جنبا غسل، وحكمه في الصلاة عليه حكم غيره من الشهداء. وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: لا يغسل؛ لعموم الخبر. وعن الشافعي كالمذهبين. **ولنا**، ما روي «أن حنظلة بن الراهب قتل يوم أحد، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: ما شأن حنظلة؟ فإني رأيت الملائكة تغسله. فقالوا: إنه جامع، ثم سمع الهيعة فخرج إلى القتال.» رواه ابن إسحاق، في " المغازي ".
ولأنه غسل واجب لغير الموت، فلم يسقط بالموت كغسل الجنابة. وحديثهم لا عموم له، فإنه قضية في عين ورد في شهداء أحد، وحديثنا خاص في حنظلة، وهو من شهداء أحد، فيجب تقديمه. إذا ثبت هذا، فمن وجب الغسل عليه بسبب سابق على الموت، كالمرأة تطهر من حيض أو نفاس، ثم تقتل، فهي كالجنب؛ للعلة التي ذكرناها. ولو قتلت في حيضها أو نفاسها، لم يجب الغسل؛ لأن الطهر من الحيض شرط في الغسل، أو في السبب الموجب، فلا يثبت الحكم بدونه.
فأما إن أسلم، ثم استشهد، فلا غسل عليه؛ لأنه روي أن أصيرم بني عبد الأشهل أسلم يوم أحد، ثم قتل، فلم يؤمر بغسله.

[فصل البالغ وغيره سواء في غسل الشهيد]
(١٦٣٠) فصل: والبالغ وغيره سواء. وبهذا قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة: لا يثبت حكم الشهادة لغير البالغ؛ لأنه ليس من أهل القتال.." (١)

"**ولنا**، أنه مسلم قتل في معترك المشركين بقتالهم، أشبه البالغ، ولأنه أشبه البالغ في الصلاة عليه والغسل إذا لم يقتله المشركون، فيشبهه في سقوط ذلك عنه بالشهادة، وقد كان في شهداء أحد حارثة بن النعمان، وعمير بن أبي وقاص أخو سعد، وهما صغيران، والحديث عام في الكل. وما ذكره يبطل بالنساء.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٩٥

[مسألة الشهيد يدفن في ثيابه وإن كان عليه شيء من الجلود والسلاح نحي عنه]

(١٦٣١) مسألة؛ قال: (ودفن في ثيابه، وإن كان عليه شيء من الجلود والسلاح نحي عنه) أما دفنه بثيابه، فلا نعلم فيه خلافا، وهو ثابت بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ادفنوهم بثيابهم» . وروى أبو داود، وابن ماجه، عن ابن عباس، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أمر بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود، وأن يدفنوا في ثيابهم، بدمائهم.» وليس هذا بحتم، لكنه الأولى. وللولي أن ينزع عنه ثيابه، ويكفنه بغيرها، وقال أبو حنيفة: لا ينزع عنه شيء؛ لظاهر الخبر. **ولنا**، ما روي، «أن صفية أرسلت إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - ثوبين؛ ليكفن فيهما حمزة، فكفنه في أحدهما، وكفن في الآخر رجلا آخر.» رواه يعقوب بن شيبة، وقال: هو صالح الإسناد.

فدل على أن الخيار للولي. والحديث الآخر يحمل على الإباحة والاستحباب. إذا ثبت هذا، فإنه ينزع عنه من لباسه ما لم يكن من عامة لباس الناس، من الجلود والفراء والحديد. قال أحمد: لا يترك عليه فرو، ولا خف، ولا جلد. وبهذا قال الشافعي، وأبو حنيفة. وقال مالك: لا ينزع عنه فرو ولا خف ولا محشو؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ادفنوهم بثيابهم.» وهذا عام في الكل، وما رويناه أخص، فكان أولى.

[مسألة الشهيد إن حمل وبه رمق غسل وصلي عليه]

(١٦٣٢) مسألة؛ قال: (وإن حمل وبه رمق غسل، وصلي عليه) معنى قوله: " رمق " أي حياة مستقرة. فهذا يغسل، ويصلى عليه، وإن كان شهيدا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «غسل سعد بن معاذ، وصلى عليه، وكان شهيدا، رماه ابن العرقة يوم الخندق بسهم، فقطع أكحله، فحمل إلى المسجد، فلبث فيه أياما، حتى حكم في بني قريظة، ثم انفتح جرحه فمات» .

وظاهر كلام الخرقي أنه متى طالت حياته بعد حمله غسل، وصلي عليه، وإن مات في المعترك، أو عقب حمله، لم يغسل، ولم يصل عليه. ونحو هذا قول مالك، قال: إن أكل، أو شرب، أو بقي يومين." (١)

"أو ثلاثة، غسل. وقال أحمد في موضع: إن تكلم، أو أكل، أو شرب، صلي عليه. وقول أصحاب أبي حنيفة نحو من هذا. وعن أحمد أنه سئل عن المجروح إذا بقي في المعترك يوما إلى الليل، ثم مات، فرأى أن يصلى عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٦/٢

وقال أصحاب الشافعي: إن مات حال الحرب، لم يغسل، ولم يصل عليه، وإلا فلا. والصحيح: التحديد بطول الفصل، أو الأكل؛ لأن الأكل لا يكون إلا من ذي حياة مستقرة، وطول الفصل يدل على ذلك، وقد ثبت اعتباره في كثير من المواضع. وأما الكلام والشرب، وحالة الحرب، فلا يصح التحديد بشيء منها؛ لأنه يروى «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال يوم أحد: من ينظر ما فعل سعد بن الربيع؟ فقال رجل: أنا أنظر لك يا رسول الله. فنظر فوجده جريحا، به رمق، فقال له: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أمرني أن أنظر في الأحياء أنت أم في الأموات؟ قال: فأنا في الأموات، فأبلغ رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عني السلام. وذكر الحديث، قال: ثم لم أبرح أن مات» .

وروي أن أصيرم بني عبد الأشهل وجد صريعا يوم أحد، فقيل له: ما جاء بك؟ قال: أسلمت، ثم جئت. وهما من شهداء أحد، دخلا في عموم قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ادفنوهم بدمائهم وثيابهم» . ولم يغسلهم، ولم يصل عليهم، وقد تكلما، وماتا بعد انقضاء الحرب.

وفي قصة أهل اليمامة، عن ابن عمر، أنه طاف في القتلى، فوجد أبا عقيل الأنيفي قال: فسقيته ماء، وبه أربعة عشر جرحا، كلها قد خلص إلى مقتل، فخرج الماء من جراحاته كلها، فلم يغسل. .

وفي فتوح الشام: أن رجلا قال: أخذت ماء لعلي أسقي ابن عمي إن وجدت به حياة، فوجدت الحارث بن هشام فأردت أن أسقيه، فإذا رجل ينظر إليه، فأومأ لي أن أسقيه، فذهبت إليه لأسقيه، فإذا آخر ينظر إليه، فأومأ لي أن أسقيه، فلم أصل إليه حتى ماتوا كلهم، ولم يفرد أحد منهم بغسل ولا صلاة، وقد ماتوا بعد انقضاء الحرب.

(١٦٣٣) فصل: فإن كان الشهيد عاد عليه سلاحه فقتله، فهو كالمقتول بأيدي العدو.

وقال القاضي: يغسل، ويصلى عليه؛ لأنه مات بغير أيدي المشركين، أشبه ما لو أصابه ذلك في غير المعترك. **ولنا**، ما روى أبو داود، عن «رجل من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: أغرنا على حي من جهينة، فطلب رجل من المسلمين رجلا منهم، فضربه فأخطأه، فأصاب نفسه بالسيف، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: أخوكم يا معشر المسلمين. فابتدره الناس، فوجدوه قد مات، فلفه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بثيابه ودمائه، وصلى عليه، فقالوا: يا رسول الله، أشهيد هو؟ قال: نعم،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٩٧

"وأنا له شهيد.» وعامر بن الأكوع بارز مرحبا يوم خيبر، فذهب يسفل له، فرجع سيفه على نفسه، فكانت فيها نفسه.

فلم يفرد عن الشهداء بحكم. ولأنه شهيد المعركة، فأشبه ما لو قتله الكفار، وبهذا فارق، ما لو كان في غير المعترك، فأما إن سقط من دابته، أو وجد ميتا ولا أثر به، فإنه يغسل. نص عليه أحمد، وتأول الحديث: «ادفنوهم بكلومهم» . فإذا كان به كلم لم يغسل. وهذا قول أبي حنيفة في الذي يوجد ميتا لا أثر به.

وقال الشافعي: لا يغسل بحال؛ لاحتمال أنه مات بسبب من أسباب القتال. **ولنا**، أن الأصل وجوب الغسل، فلا يسقط بالاحتمال، ولأن سقوط الغسل في محل الوفاق مقرون بمن كلم، فلا يجوز حذف ذلك عن درجة الاعتبار.

[فصل حكم غسل من قتل من أهل العدل في المعركة]

(١٦٣٤) فصل: ومن قتل من أهل العدل في المعركة، فحكمه في الغسل والصلاة عليه، حكم من قتل في معركة المشركين؛ لأن عليا لم يغسل من قتل معه،

وعمار أوصى أن لا يغسل، وقال: ادفنوني في ثيابي، فإني مخاصم.

قال أحمد: قد أوصى أصحاب الجمل: إنا مستشهدون غدا، فلا تنزعوا عنا ثوبا، ولا تغسلوا عنا دما. ولأنه شهيد المعركة، أشبه قتيل الكفار. وهذا قول أبي حنيفة. وقال الشافعي، في أحد قوليه: يغسلون؛ لأن أسماء غسلت ابنها عبد الله بن الزبير. والأول أولى؛ لما ذكرناه، وأما عبد الله بن الزبير فإنه أخذ وصلب، فهو كالمقتول ظلما، وليس بشهيد المعركة.

وأما الباغي، فقال الخرقي: من قتل منهم، غسل، وكفن، وصلي عليه. ويحتمل إلحاقه بأهل العدل؛ لأنه لم ينقل إلينا غسل أهل الجمل وصفين من الجانبين، ولأنهم يكثرون في المعترك، فيشق غسلهم، فأشبهوا أهل العدل. فأما الصلاة على أهل العدل، فيحتمل أن لا يصلى عليهم؛ لأننا شبهناهم بشهداء معركة المشركين في الغسل، فكذلك في الصلاة، ويحتمل أن يصلى عليهم؛ لأن عليا - رضي الله عنه - صلى عليهم.." (١)

"[فصل حكم غسل من قتل ظلما أو قتل دون ماله أو دون نفسه وأهله]

(١٦٣٥) فصل: فأما من قتل ظلما، أو قتل دون ماله، أو دون نفسه وأهله، ففيه روايتان: إحداهما، يغسل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٨/٢

اختارها الخلال، وهو قول الحسن، ومذهب الشافعي، ومالك؛ لأن رتبته دون رتبة الشهيد في المعترك، فأشبه المبطون؛ ولأن هذا لا يكثر القتل فيه، فلم يجز إلحاقه بشهداء المعترك. والثانية، لا يغسل، ولا يصلى عليه.

وهو قول الشعبي، والأوزاعي، وإسحاق في الغسل؛ لأنه قتل شهيدا، أشبه شهيد المعترك، قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من قتل دون ماله فهو شهيد.»

[فصل حكم غسل الشهيد بغير قتل كالمبطون والمطعون]

(١٦٣٦) فصل: فأما الشهيد بغير قتل، كالمبطون، والمطعون، والغرق، وصاحب الهدم، والنفساء، فإنهم يغسلون، ويصلى عليهم؛ لا نعلم فيه خلافا، إلا ما يحكى عن الحسن: لا يصلى على النفساء؛ لأنها شهيدة. **ولنا**، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلى على امرأة ماتت في نفاسها، فقام وسطها.» متفق عليه. «وصلى على سعد بن معاذ، وهو شهيد» .

وصلى المسلمون على عمر وعلي – رضي الله عنهما –، وهما شهيدان.

وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «الشهداء خمسة: المطعون، والمبطون، والغرق، وصاحب الهدم، والشهيد في سبيل الله.» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، متفق عليه.

وعن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «الشهادة سبع سوى القتل.» وزاد على ما ذكر في هذا الخبر: " صاحب الحريق، وصاحب ذات الجنب، والمرأة تموت بجمع شهيدة ". وكل هؤلاء يغسلون ويصلى عليهم، لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – ترك غسل الشهيد في المعركة؛ لما يتضمنه من إزالة الدم المستطاب شرعا، أو لمشقة غسلهم، لكثرتهم، أو لما فيهم من الجراح، ولا يوجد ذلك هاهنا.

[فصل إن اختلط موتى المسلمين بموتى المشركين صلى على جميعهم]

(١٦٣٧) فصل: فإن اختلط موتى المسلمين بموتى المشركين، فلم يميزوا، صلى على جميعهم ينوي المسلمين. قال أحمد: ويجعلهم بينه وبين القبلة، ثم يصلي عليهم. وهذا قول مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان المسلمون أكثر، صلى عليهم، وإلا فلا؛ لأن الاعتبار بالأكثر، بدليل أن دار المسلمين الظاهر فيها الإسلام؛ لكثرة المسلمين بها، وعكسها دار الحرب، لكثرة من بها من الكفار.." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٣٩٩

"**ولنا**، أنه أمكن الصلاة على المسلمين من غير ضرر، فوجب، كما لو كانوا أكثر، ولأنه إذا جاز أن يقصد بصلاته ودعائه الأكثر، جاز قصد الأقل، ويبطل ما قالوه بما إذا اختلطت أخته بأجنبيات، أو ميتة بمذكيات، ثبت الحكم للأقل، دون الأكثر.

[فصل وجد ميت لم يعلم أمسلم هو أم كافر]

(١٦٣٨) فصل: وإن وجد ميت، فلم يعلم أمسلم هو أم كافر، نظر إلى العلامات، من الختان، والثياب، والخضاب، فإن لم يكن عليه علامة، وكان في دار الإسلام، غسل، وصلي عليه، وإن كان في دار الكفر، لم يغسل، ولم يصل عليه. نص عليه أحمد؛ لأن الأصل أن من كان في دار، فهو من أهلها، يثبت له حكمهم ما لم يقم على خلافه دليل.

[مسألة المحرم يغسل بماء وسدر]

(١٦٣٩) مسألة؛ قال: (والمحرم يغسل بماء وسدر، ولا يقرب طيبا، ويكفن في ثوبيه، ولا يغطى رأسه، ولا رجلاه) إنما كان كذلك لأن المحرم لا يبطل حكم إحرامه بموته، فلذلك جنب ما يجنبه المحرم من الطيب، وتغطية الرأس، ولبس المخيط، وقطع الشعر. روي ذلك عن عثمان، وعلي، وابن عباس. وبه قال عطاء، والثوري، والشافعي، وإسحاق. وقال مالك، والأوزاعي، وأبو حنيفة: يبطل إحرامه بالموت، ويصنع به كما يصنع بالحلال.

وروي ذلك عن عائشة، وابن عمر، وطاوس؛ لأنها عبادة شرعية، فبطلت بالموت، كالصلاة والصيام. **ولنا**، ما روى ابن عباس، «أن رجلا وقصه بعيره، ونحن مع النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: اغسلوه بماء وسدر، وكفنوه في ثوبين، ولا تمسوه طيبا، ولا تخمروا رأسه، فإن الله يبعثه يوم القيامة ملبدا.» وفي رواية " ملبيا ". متفق عليه.

فإن قيل: هذا خاص له؛ لأنه يبعث يوم القيامة ملبيا. قلنا: حكم النبي - صلى الله عليه وسلم - في واحد حكمه في مثله، إلا أن يرد تخصيصه، ولهذا ثبت حكمه في شهداء أحد في سائر الشهداء، وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «حكمي على الواحد حكمي على الجماعة.» قال أبو داود:

سمعت أحمد بن حنبل يقول: في هذا الحديث خمس سنن؛ كفنوه في ثوبيه، أي يكفن في ثوبين. وأن يكون في الغسلات كلها سدر، ولا تخمروا رأسه،." (١)

"صلي عليه، وإلا فلا؛ لأنه بعض لا يزيد على النصف، فلم يصل عليه، كالذي بان في حياة صاحبه، كالشعر والظفر. **ولنا**، إجماع الصحابة – رضي الله عنهم – قال أحمد: صلى أبو أيوب على رجل، وصلى عمر على عظام بالشام، وصلى أبو عبيدة على رءوس بالشام. رواهما عبد الله بن أحمد، بإسناده.

وقال الشافعي: ألقى طائر يدا بمكة من وقعة الجمل، فعرفت بالخاتم، وكانت يد عبد الرحمن بن عتاب بن أسيد، فصلى عليها أهل مكة. وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم نعرف من الصحابة مخالفا في ذلك، ولأنه بعض من جملة تجب الصلاة عليها، فيصلى عليه كالأكثر، وفارق ما بان في الحياة؛ لأنه من جملة لا يصلى عليها، والشعر والظفر لا حياة فيه.

[فصل وجد جزء الميت بعد دفنه]

(١٦٤٢) فصل: وإن وجد الجزء بعد دفن الميت، غسل، وصلي عليه، ودفن إلى جانب القبر، أو نبش بعض القبر ودفن فيه، ولا حاجة إلى كشف الميت، لأن ضرر نبش الميت وكشفه أعظم من الضرر بتفرقة أجزائه.

[فصل المجدور والمحترق والغريق إذا أمكن غسله غسل]

(١٦٤٣) فصل: والمجدور، والمحترق، والغريق، إذا أمكن غسله غسل، وإن خيف تقطعه بالغسل صب عليه الماء صبا، ولم يمس، فإن خيف تقطعه بالماء لم يغسل، وييمم إن أمكن، كالحي الذي يؤذيه الماء، وإن تعذر غسل الميت لعدم الماء ييمم، وإن تعذر غسل بعضه دون بعض، غسل ما أمكن غسله، وييمم الباقي، كالحي سواء.

[فصل إن مات في بئر ذات نفس]

(١٦٤٤) فصل: فإن مات في بئر ذات نفس، فأمكن معالجة البئر بالأكسية المبلولة تدار في البئر حتى تجتذب بخاره، ثم ينزل من يطلعه، أو أمكن إخراجه بكلاليب من غير مثلة، لزم ذلك؛ لأنه أمكن غسله

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٠٠

من غير ضرر، فلزم، كما لو كان على ظهر الأرض.
وإذا شك في زوال بخاره، أنزل إليه سراج أو نحوه، فإن انطفأ فالبخار باق، وإن لم ينطفئ فقد زال، فإنه يقال: لا تبقى النار إلا فيما يعيش فيه الحيوان.." (١)

"وإن لم يمكن إخراجه إلا بمثلة، ولم يكن إلى البئر حاجة، طمت عليه، فكانت قبره.
وإن كان طمها يضر بالمارة، أخرج بالكلاليب، سواء أفضى إلى المثلة أو لم يفض؛ لأن فيه جمعا بين حقوق كثيرة؛ نفع المارة، وغسل الميت، وربما كانت المثلة في بقائه أعظم؛ لأنه يتقطع وينتن. فإن نزل على البئر قوم، فاحتاجوا إلى الماء، وخافوا على أنفسهم، فلهم إخراجه، وجها واحدا، وإن حصلت مثلة؛ لأن ذلك أسهل من تلف نفوس الأحياء، ولهذا لو لم يجد من السترة إلا كفن الميت، واضطر الحي إليه، قدم الحي، ولأن حرمة الحي، وحفظ نفسه، أولى من حفظ الميت عن المثلة.
لأن زوال الدنيا أهون على الله من قتل مسلم، ولأن الميت لو بلع مال غيره شق بطنه لحفظ مال الحي، وحفظ النفس أولى من حفظ المال، والله أعلم.

[مسألة إن كان شارب الميت طويلا أخذ وجعل معه]
(١٦٤٥) مسألة؛ قال: (وإن كان شاربه طويلا أخذ، وجعل معه) وجملته أن شارب الميت إن كان طويلا استحب قصه. وهذا قول الحسن، وبكر بن عبد الله، وسعيد بن جبير، وإسحاق. وقال أبو حنيفة، ومالك: لا يؤخذ من الميت شيء لأنه قطع شيء منه فلم يستحب، كالختان. واختلف أصحاب الشافعي كالقولين.
ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «اصنعوا بموتاكم كما تصنعون بعرائسكم» .
والعروس يحسن، ويزال عنه ما يستقبح من الشارب وغيره، ولأن تركه يقبح منظره، فشرعت إزالته، كفتح عينيه وفمه شرع ما يزيله، ولأنه فعل مسنون في الحياة لا مضرة فيه، فشرع بعد الموت، كالاغتسال. ويخرج على هذا الختان؛ لما فيه من المضرة. فإذا أخذ الشعر جعل معه في أكفانه؛ لأنه من الميت، فيستحب جعله في أكفانه كأعضائه؛ وكذلك كل ما أخذ من الميت من شعر أو ظفر أو غيرهما، فإنه يغسل ويجعل معه في أكفانه كذلك. (١٦٤٦) فصل: فأما الأظفار إذا طالت ففيها روايتان: إحداهما، لا تقلم.
قال أحمد: لا تقلم أظفاره، وينقى وسخها. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لقوله: والخلال يستعمل إن احتيج إليه. والخلال يزال به ما تحت الأظفار؛ لأن الظفر لا يظهر كظهور الشارب، فلا حاجة إلى قصه. والثانية،

---
(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٠٢

يقص إذا كان فاحشا. نص عليه؛ لأنه من السنة، ولا مضرة فيه، فيشرع أخذه كالشارب. ويمكن أن تحمل الرواية الأولى على ما إذا لم تكن فاحشة.

وأما العانة فظاهر كلام الخرقي أنها لا تؤخذ؛ لتركه ذكرها. وهو قول ابن سيرين، ومالك،." [1]

"ليكون أستر لها.

وقد روي أن فاطمة بنت رسول الله - رضي الله عنها - أول من صنع لها ذلك بأمرها.

[مسألة تعزية أهل الميت]

(١٦٥١) مسألة؛ قال: (ويستحب تعزية أهل الميت) لا نعلم في هذه المسألة خلافا، إلا أن الثوري قال: لا تستحب التعزية بعد الدفن؛ لأنه خاتمة أمره. **ولنا**، عموم قوله - عليه السلام -: «من عزى مصابا، فله مثل أجره.» رواه الترمذي. وقال: هو حديث غريب.

وروى ابن ماجه، في " سننه " عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «ما من مؤمن يعزي أخاه بمصيبة، إلا كساه الله عز وجل من حلل الكرامة يوم القيامة.» وقال أبو برزة: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من عزى ثكلى، كسي بردا في الجنة.» قال الترمذي: هذا ليس إسناده بالقوي. والمقصود بالتعزية تسلية أهل المصيبة، وقضاء حقوقهم، والتقرب إليهم، والحاجة إليها بعد الدفن كالحاجة إليها قبله.

[فصل تعزية جميع أهل المصيبة كبارهم وصغارهم]

(١٦٥٢) فصل: ويستحب تعزية جميع أهل المصيبة، كبارهم وصغارهم، ويخص خيارهم، والمنظور إليه من بينهم؛ ليستن به غيره، وذا الضعف منهم عن تحمل المصيبة، لحاجته إليها، ولا يعزي الرجل الأجنبي شواب النساء؛ مخافة الفتنة.

[فصل لا نعلم في التعزية شيئا محدودا]

(١٦٥٣) فصل: ولا نعلم في التعزية شيئا محدودا، إلا أنه يروى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «عزى رجلا، فقال: رحمك الله وآجرك.» رواه الإمام أحمد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٠٣

وعزى أحمد أبا طالب، فوقف على باب المسجد فقال: أعظم الله أجركم، وأحسن عزاءكم. وقال بعض أصحابنا: إذا عزى مسلما بمسلم قال: أعظم الله أجرك، وأحسن عزاك، ورحم الله ميتك. واستحب بعض أهل العلم أن يقول ما روى جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده، قال: «لما توفي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وجاءت التعزية، سمعوا قائلا يقول: إن في الله عزاء من كل مصيبة، وخلفا من كل هالك، ودركا من كل ما فات، فبالله فثقوا، وإياه فارجوا، فإن المصاب من حرم الثواب.» رواه الشافعي، في " مسنده "

وإن عزى مسلما بكافر، قال: أعظم الله أجرك، وأحسن عزاءك.." (١)

"[فصل تعزية أهل الذمة]

(١٦٥٤) فصل: وتوقف أحمد، – رحمه الله –، عن تعزية أهل الذمة، وهي تخرج على عيادتهم، وفيها روايتان: إحداهما، لا نعودهم، فكذلك لا نعزيهم؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا تبدءوهم بالسلام» .

وهذا في معناه. والثانية، نعودهم؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أتى غلاما من اليهود كان مرض يعوده، فقعد عند رأسه، فقال له: أسلم. فنظر إلى أبيه وهو عند رأسه، فقال له: أطع أبا القاسم. فأسلم، فقام النبي – صلى الله عليه وسلم – وهو يقول: الحمد لله الذي أنقذه بي من النار.» رواه البخاري. فعلى هذا نعزيهم فنقول في تعزيتهم بمسلم: أحسن الله عزاءك، وغفر لميتك. وعن كافر: أخلف الله عليك، ولا نقص عددك. ويقصد زيادة عددهم لتكثر جزيتهم.

وقال أبو عبد الله بن بطة، يقول: أعطاك الله على مصيبتك أفضل ما أعطى أحدا من أهل دينك. فأما الرد من المعزى، فبلغنا عن أحمد بن الحسين، قال: سمعت أبا عبد الله، وهو يعزي في عبثر ابن عمه، وهو يقول: استجاب الله دعاك، ورحمنا وإياك.

[فصل الجلوس للتعزية]

(١٦٥٥) فصل: قال أبو الخطاب: يكره الجلوس للتعزية. وقال ابن عقيل: يكره الاجتماع بعد خروج الروح؛ لأن فيه تهييجا للحزن. وقال أحمد: أكره التعزية عند القبر، إلا لمن لم يعز، فيعزي إذا دفن الميت، أو قبل أن يدفن. وقال: إن شئت أخذت بيد الرجل في التعزية، وإن شئت لم تأخذ. وإذا رأى الرجل قد شق ثوبه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٠٥

على المصيبة عزاه، ولم يترك حقا لباطل، وإن نهاه فحسن.

[مسألة البكاء غير مكروه إذا لم يكن معه ندب ولا نياحة]

(١٦٥٦) مسألة؛ (قال: والبكاء غير مكروه، إذا لم يكن معه ندب ولا نياحة) أما البكاء بمجرده فلا يكره في حال. وقال الشافعي: يباح إلى أن تخرج الروح، ويكره بعد ذلك؛ لما روى عبد الله بن عتيك قال: «جاء رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى عبد الله بن ثابت يعوده، فوجده قد غلب فصاح به فلم يجبه، فاسترجع، وقال: غلبنا عليك أبا الربيع. فصاح النسوة، وبكين، فجعل ابن عتيك يسكتهن. فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم -: دعهن، فإذا وجب فلا تبكين باكية.» يعني إذا مات. **ولنا**، ما روى أنس، قال: «شهدنا بنت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ورسول الله - صلى الله عليه وسلم - جالس على القبر، فرأيت عينيه تدمعان» . «وقبل النبي - صلى الله عليه وسلم - عثمان بن مظعون وهو ميت، ورفع رأسه، وعيناه تهراقان» . وقال أنس: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «أخذ الراية زيد فأصيب، ثم أخذها جعفر فأصيب، ثم أخذها عبد الله بن رواحة فأصيب وإن عيني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لتذرفان»." (١)

"وتخلصه من أعضاء الميت، جاز نبشه وإخراجه.

وقد روى أبو داود، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن هذا قبر أبي رغال، وآية ذلك أن معه غصنا من ذهب، إن أنتم نبشتم عنه أصبتموه معه» . فابتدره الناس، فاستخرجوا الغصن. ولو كان في أذن الميت حلق، أو في أصبعه خاتم أخذ. فإن صعب أخذه، برد، وأخذ؛ لأن تركه تضييع للمال.

[فصل وقع في القبر ما له قيمة]

(١٦٦٣) فصل: وإن وقع في القبر ما له قيمة، نبش وأخرج. قال أحمد: إذا نسي الحفار مسحاته في القبر، جاز أن ينبش عنها. وقال في الشيء يسقط في القبر، مثل الفأس والدراهم: ينبش. قال: إذا كان له قيمة. يعني ينبش. قيل: فإن أعطاه أولياء الميت؟ قال: إن أعطوه حقه أي شيء يريد، وقد روي أن المغيرة بن شعبة طرح خاتمه في قبر النبي - صلى الله عليه وسلم - ثم قال: خاتمي. ففتح موضع منه، فأخذ المغيرة خاتمه، فكان يقول: أنا أقربكم عهدا برسول الله - صلى الله عليه وسلم -.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٠٦

[فصل دفن من غير غسل أو إلى غير القبلة]

(١٦٦٤) فصل: وإن دفن من غير غسل، أو إلى غير القبلة، نبش، وغسل، ووجه، إلا أن يخاف عليه أن يتفسخ، فيترك. وهذا قول مالك، والشافعي، وأبي ثور. وقال أبو حنيفة: لا ينبش؛ لأن النبش مثلة، وقد نهي عنها. **ولنا**، أن الصلاة تجب ولا تسقط بذلك، كإخراج ما له قيمة. وقولهم: إن النبش مثلة. قلنا: إنما هو مثلة في حق من يقبر ولا ينبش.

[فصل دفن قبل الصلاة عليه]

(١٦٦٥) فصل: وإن دفن قبل الصلاة، فعن أحمد أنه ينبش، ويصلى عليه. وعنه أنه إن صلي على القبر جاز. واختار القاضي أنه يصلى على القبر ولا ينبش. وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «صلى على قبر المسكينة ولم ينبشها» . ووجه الأول أنه دفن قبل واجب، فنبش، كما لو دفن من غير غسل، وإنما يصلى على القبر عند الضرورة.

وأما المسكينة فقد كانت صلي عليها، ولم." (١)

"أخرجه البخاري. فلم ينكر عليهم، ولأنه أحد الآيتين، فجاز الدفن فيه كالنهار، وحديث الزجر محمول على الكراهة والتأديب؛ فإن الدفن نهارا أولى؛ لأنه أسهل على متبعها، وأكثر للمصلين عليها، وأمكن لإتباع السنة في دفنه وإلحاده.

[مسألة لا يصلي الإمام على الغال من الغنيمة ولا على من قتل نفسه]

(١٦٧٠) مسألة؛ قال: (ولا يصلي الإمام على الغال من الغنيمة، ولا على من قتل نفسه) الغال: هو الذي يكتم غنيمته أو بعضها، ليأخذه لنفسه، ويختص به. فهذا لا يصلي عليه الإمام، ولا على من قتل نفسه متعمدا. ويصلي عليهما سائر الناس. نص عليهما أحمد. وقال عمر بن عبد العزيز، والأوزاعي: لا يصلى على قاتل نفسه بحال؛ لأن من لا يصلي عليه الإمام لا يصلي عليه غيره، كشهيد المعركة.

وقال عطاء، والنخعي، والشافعي: يصلي الإمام وغيره على كل مسلم؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صلوا على من قال لا إله إلا الله» . رواه الخلال بإسناده. **ولنا** ما روى جابر بن سمرة، «أن النبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤١٢

- صلى الله عليه وسلم - جاءوه برجل قتل نفسه بمشاقص، فلم يصل عليه» . رواه مسلم. وروى أبو داود «أن رجلا انطلق إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبره عن رجل أنه قد مات، قال: وما يدريك؟ قال: رأيته ينحر نفسه بمشاقص، قال: أنت رأيته؟ قال: نعم، قال: إذا لا أصلي عليه» .

وروى زيد بن خالد الجهني، قال: «توفي رجل من جهينة يوم خيبر، فذكر ذلك لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: صلوا على صاحبكم. فتغيرت وجوه القوم، فلما رأى ما بهم قال: إن صاحبكم غل من الغنيمة» . احتج به أحمد. واختص هذا الامتناع بالإمام؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما امتنع من الصلاة على الغال، قال: «صلوا على صاحبكم» . وروي أنه أمر بالصلاة على قاتل نفسه، وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - هو الإمام، فألحق به من ساواه في ذلك، ولا يلزم من ترك صلاة النبي - صلى الله عليه وسلم - ترك صلاة غيره؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان في بدء الإسلام لا يصلي على من عليه دين لا وفاء له، ويأمرهم بالصلاة عليه. فإن قيل: هذا خاص للنبي - صلى الله عليه وسلم -؛ لأن صلاته سكن. قلنا: ما ثبت في حق النبي - صلى الله عليه وسلم - ثبت في حق غيره، ما لم يقم على اختصاصه دليل. فإن قيل: فقد ترك النبي - صلى الله عليه وسلم - الصلاة على من عليه دين. قلنا: ثم صلى عليه بعد، فروى أبو هريرة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيقول: هل ترك لدينه من وفاء؟ . فإن حدث أنه ترك وفاء صلى عليه، وإلا قال للمسلمين: صلوا على صاحبكم فلما فتح الله الفتوح قام فقال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن توفي من المؤمنين، وترك دينا، علي قضاؤه،." (١)

"ومن ترك مالا فللورثة.» قال الترمذي: هذا حديث صحيح.

ولولا النسخ كان كمسألتنا، وهذه الأحاديث خاصة، فيجب تقديمها على قوله: - صلى الله عليه وسلم - «صلوا على من قال لا إله إلا الله» . على أنه لا تعارض بين الخبرين؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - ترك الصلاة على هذين، وأمر بالصلاة عليهما، فلم يكن أمره بالصلاة عليهما منافيا لتركه الصلاة عليهما، كذلك أمره بالصلاة على من قال لا إله إلا الله.

[فصل لا يصلى على الجهمية ولا الرافضة]

(١٦٧١) فصل: قال أحمد: لا أشهد الجهمية ولا الرافضة، ويشهده من شاء، قد ترك النبي - صلى الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤١٥

عليه وسلم – الصلاة على أقل من هذا؛ الدين، والغلول، وقاتل نفسه. وقال: لا يصلى على الرافضي. وقال أبو بكر بن عياش: لا أصلي على رافضي، ولا حروري. وقال الفريابي: من شتم أبا بكر فهو كافر، لا يصلى عليه. قيل له: فكيف نصنع به، وهو يقول: لا إله إلا الله؟ قال: لا تمسوه بأيديكم، ارفعوه بالخشب حتى تواروه في حفرته.

وقال أحمد: أهل البدع لا يعادون إن مرضوا، ولا تشهد جنائزهم إن ماتوا. وهذا قول مالك. قال ابن عبد البر: وسائر العلماء يصلون على أهل البدع والخوارج وغيرهم؛ لعموم قوله: – عليه السلام – «صلوا على من قال لا إله إلا الله محمد رسول الله» **ولنا**، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «ترك الصلاة بأدون من هذا، فأولى أن نترك الصلاة به» ، وروى ابن عمر أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إن لكل أمة مجوسا، وإن مجوس أمتي الذين يقولون لا قدر، فإن مرضوا فلا تعودوهم، وإن ماتوا فلا تشهدوهم» . رواه الإمام أحمد.

[فصل لا يصلى على أطفال المشركين]

(١٦٧٢) فصل: ولا يصلى على أطفال المشركين؛ لأن لهم حكم آبائهم، إلا من حكمنا بإسلامه، مثل أن يسلم أحد." (١)

"أبويه، أو يموت، أو يسبى منفردا من أبويه، أو من أحدهما، فإنه يصلى عليه. قال أبو ثور من سبي مع أحد أبويه، لا يصلى عليه، حتى يختار الإسلام. **ولنا**، أنه محكوم له بالإسلام، أشبه ما لو سبي منفردا منهما.

[فصل يصلى على سائر المسلمين من أهل الكبائر والمرجوم في الزنا وغيرهم]

(١٦٧٣) فصل: ويصلى على سائر المسلمين من أهل الكبائر، والمرجوم في الزنا، وغيرهم. قال أحمد: من استقبل قبلتنا، وصلى بصلاتنا، نصلي عليه وندفنه. ويصلى على ولد الزنا، والزانية، والذي يقاد منه بالقصاص، أو يقتل في حد. وسئل عمن لا يعطي زكاة ماله، فقال: يصلى عليه، ما يعلم أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ترك الصلاة على أحد، إلا على قاتل نفسه والغال.

وهذا قول عطاء، والنخعي، والشافعي، وأصحاب الرأي، إلا أن أبا حنيفة، قال: لا يصلى على البغاة، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤١٦

المحاربين؛ لأنهم باينوا أهل الإسلام، وأشبهوا أهل دار الحرب. وق ال مالك: لا يصلى على من قتل في حد؛ لأن أبا برزة الأسلمي قال: «لم يصل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على ماعز بن مالك، ولم ينه عن الصلاة عليه» . رواه أبو داود. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صلوا على من قال لا إله إلا الله» . رواه الخلال بإسناده

، وروى الخلال بإسناده، عن أبي شميلة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - خرج إلى قباء، فاستقبله رهط من الأنصار، يحملون جنازة على باب، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: ما هذا؟ قالوا: مملوك لآل فلان. قال: أكان يشهد أن لا إله إلا الله؟ قالوا: نعم، ولكنه كان وكان. فقال: أكان يصلي؟ قالوا: قد كان يصلي ويدع. فقال لهم: ارجعوا به، فغسلوه، وكفنوه، وصلوا عليه، وادفنوه، والذي نفسي بيده لقد كادت الملائكة تحول بيني وبينه» .

وأما أهل الحرب فلا يصلى عليهم؛ لأنهم كفار، ولا يقبل فيهم شفاعة، ولا يستجاب فيهم دعاء، وقد نهينا عن الاستغفار لهم، وقال الله تعالى لنبيه - صلى الله عليه وسلم -: ﴿ولا تصل على أحد منهم مات أبدا ولا تقم على قبره﴾ [التوبة: ٨٤] وقال: ﴿إن تستغفر لهم سبعين مرة فلن يغفر الله لهم﴾ [التوبة: ٨٠] . وأما ترك الصلاة على ماعز فيحتمل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر من يصلي عليه لعذر، بدليل أنه - صلى الله عليه وسلم - «رجم الغامدية،." (١)

"فلا يتعدى ثوابه.

وقال بعضهم: إذا قرئ القرآن عند الميت، أو أهدي إليه ثوابه، كان الثواب لقارئه، ويكون الميت كأنه حاضرها، فترجى له الرحمة. **ولنا**، ما ذكرناه، وأنه إجماع المسلمين؛ فإنهم في كل عصر ومصر يجتمعون ويقرءون القرآن، ويهدون ثوابه إلى موتاهم من غير نكير. ولأن الحديث صح عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الميت يعذب ببكاء أهله عليه» . والله أكرم من أن يوصل عقوبة المعصية إليه، ويحجب عنه المثوبة.

ولأن الموصل لثواب ما سلموه، قادر على إيصال ثواب ما منعوه، والآية مخصوصة بما سلموه، وما اختلفنا فيه في معناه، فنقيسه عليه. ولا حجة لهم في الخبر الذي احتجوا به، فإنما دل على انقطاع عمله، فلا دلالة فيه عليه؛ ثم لو دل عليه كان مخصوصا بما سلموه، وفي معناه ما منعوه، فيتخصص به أيضا بالقياس عليه، وما ذكروه من المعنى غير صحيح، فإن تعدي الثواب ليس بفرع لتعدي النفع، ثم هو باطل بالصوم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤١٧

اوالحج، وليس له أصل يعتبر به، والله أعلم.

[مسألة زيارة النساء للقبور]

(١٦٨٨) مسألة: قال: (وتكره للنساء) اختلفت الرواية عن أحمد في زيارة النساء القبور، فروي عنه كراهتها؛ لما روت أم عطية، قالت:." (١)

"إلى خمس وثلاثين، ففيها بنت مخاض أنثى، فإذا بلغت ستا وثلاثين إلى خمس وأربعين، ففيها بنت لبون أنثى، فإذا بلغت ستا وأربعين إلى ستين، ففيها حقة طروقة الجمل، فإذا بلغت واحدة وستين إلى خمس وسبعين، ففيها جذعة، فإذا بلغت ستا وسبعين إلى تسعين، ففيها ابنتا لبون، فإذا بلغت إحدى وتسعين إلى عشرين ومائة، ففيها حقتان طروقتا الفحل، فإذا زادت على عشرين ومائة، ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة، ومن لم يكن معه إلا أربع من الإبل، فليس فيها صدقة إلا أن يشاء ربها، فإذا بلغت خمسا من الإبل، ففيها شاة ". وذكر تمام الحديث نذكره إن شاء الله تعالى في أبوابه، ورواه أبو داود، في " سننه "، وزاد: " وإذا بلغت خمسا وعشرين، ففيها بنت مخاض، إلى أن تبلغ خمسا وثلاثين، فإن لم يكن فيها ابنة مخاض، ففيها ابن لبون ذكر ". وهذا كله مجمع عليه إلى أن يبلغ عشرين ومائة، ذكره ابن المنذر. قال: ولا يصح عن علي - رضي الله عنه - ما روي عنه في خمس وعشرين. يعني ما حكي عنه في خمس وعشرين خمس شياه. وقول الصديق - رضي الله عنه -: التي فرض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - . يعني قدر، والتقدير يسمى فرضا، ومنه فرض الحاكم للمرأة فرضا. وقوله: ومن سئل فوقها فلا يعط. يعني لا يعطي فوق الفرض. وأجمع المسلمون على أن ما دون خمس من الإبل لا زكاة فيه. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - في هذا الحديث: «ومن لم يكن معه إلا أربع من الإبل، فليس عليه فيها صدقة إلا أن يشاء ربها» . وقال: «ليس فيما دون خمس ذود صدقة» . متفق عليه.

والسائمة: الراعية، وقد سامت تسوم سوما: إذا رعت، وأسمتها إذا رعيتها، وسومتها: إذا جعلتها سائمة، ومنه قول الله تعالى: ﴿ومنه شجر فيه تسيمون﴾ [النحل: ١٠] أي ترعون. وفي ذكر السائمة احتراز من المعلوفة والعوامل؛ فإنه لا زكاة فيها عند أكثر أهل العلم. وحكي عن مالك أن في الإبل النواضح والمعلوفة الزكاة؛ لعموم قوله - عليه السلام -: «في كل خمس شياه» .

قال أحمد: ليس في العوامل زكاة، وأهل المدينة يرون فيها الزكاة، وليس عندهم في هذا أصل. ولنا قول

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٢٤

النبي – صلى الله عليه وسلم –: «في كل سائمة في كل أربعين بنت لبون» . في حديث بهز بن حكيم، فقيده بالسائمة، فدل على أنه لا زكاة في غيرها، وحديثهم مطلق، فيحمل على المقيد، ولأن وصف النماء معتبر في الزكاة، والمعلوفة يستغرق علفها نماءها، إلا أن يعدها للتجارة، فيكون." [1]

"دون العين أجزأ فيها الذكر كالأضحية، فإن لم يكن له غنم لزمه شراء شاة. وقال أبو بكر: يخرج عشرة دراهم، قياسا على شاة الجبران.

ولنا، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نص على الشاة، فيجب العمل بنصه، ولأن هذا إخراج قيمة فلم يجز، كما لو كانت الشاة واجبة في نصابها، وشاة الجبران مختصة بالبدل بعشرة دراهم، بدليل أنها لا تجوز بدلا عن الشاة الواجبة في سائمة الغنم.

[فصل أخرج عن الشاة بعيرا]

(١٦٩٥) فصل: فإن أخرج عن الشاة بعيرا لم يجزئه، سواء كانت قيمته أكثر من قيمة الشاة أو لم يكن، وحكي ذلك عن مالك وداود.

وقال الشافعي، وأصحاب الرأي: يجزئه البعير عن العشرين فما دونها. ويتخرج لنا مثل ذلك إذا كان المخرج مما يجزئ عن خمس وعشرين؛ لأنه يجزئ عن خمس وعشرين، والعشرون داخلة فيها، ولأن ما أجزأ عن الكثير أجزأ عما دونه، كابنتي لبون عما دون ستة وسبعين. **ولنا**، أنه أخرج غير المنصوص عليه من غير جنسه، فلم يجزه، كما لو أخرج بعيرا عن أربعين شاة، ولأن النص ورد بالشاة، فلم يجزئ البعير كالأصل، أو كشاة الجبران، ولأنها فريضة وجبت فيها شاة فلم يجزئ عنها البعير، كنصاب الغنم، ويفارق ابنتي لبون عن الجذعة؛ لأنها من الجنس.

[فصل تكون الشاة المخرجة كحال الإبل في الجودة والرداءة]

(١٦٩٦) فصل: وتكون الشاة المخرجة كحال الإبل في الجودة والرداءة، فيخرج عن الإبل السمان سمينة، وعن الهزال هزيلة، وعن الكرائم كريمة، وعن اللئام لئيمة، فإن كانت مراضا أخرج شاة صحيحة على قدر المال، فيقال له: لو كانت الإبل صحاحا كم كانت قيمتها وقيمة الشاة؟ فيقال: قيمة الإبل مائة وقيمة الشاة خمسة، فينقص من قيمتها قدر ما نقصت الإبل، فإذا نقصت الإبل خمس قيمتها وجب شاة قيمتها أربعة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٠

وقيل: تجزئه شاة تجزئ في الأضحية، من غير نظر إلى القيمة.
وعلى القولين لا تجزئه مريضة؛ لأن المخرج من غير جنسها، وليس كله مراضا، فينزل منزلة اجتماع الصحاح، والمراض لا تجزئ فيه إلا الصحيحة.

[مسألة فإذا صارت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض إلى خمس وثلاثين]
(١٦٩٧) مسألة: (قال: فإذا صارت خمسا وعشرين، ففيها بنت مخاض، إلى خمس وثلاثين) ، فإن لم يكن فيها بنت مخاض وابن لبون ذكر، فإذا بلغت ستا وثلاثين ففيها ابنة لبون إلى خمس وأربعين، فإذا بلغت ستا وأربعين ففيها حقة طروقة الفحل، إلى ستين، فإذا بلغت إحدى." (١)

"**ولنا**، أنهما استويا في العدم، فلزمته ابنة مخاض، كما لو استويا في الوجود، والحديث محمول على وجوده؛ لأن ذلك للرفق به، إغناء له عن الشراء، ومع عدمه لا يستغني عن الشراء، فكان شراء الأصل أولى. على أن في بعض ألفاظ الحديث: " فمن لم يكن عنده ابنة مخاض على وجهها، وعنده ابن لبون، فإنه يقبل منه، وليس معه شيء ".
فشرط في قبوله وجوده وعدمها، وهذا في حديث أبي بكر، وفي بعض الألفاظ: " ومن بلغت عنده صدقة بنت مخاض، وليس عنده إلا ابن لبون ". وهذا يفسد بتعين حمل المطلق عليه، وإن لم يجد إلا ابنة مخاض معينة، فله الانتقال إلى ابن لبون؛ لقوله في الخبر: " فإن لم يكن عنده بنت مخاض، على وجهها " ولأن وجودها كعدمها، لكونها لا يجوز إخراجها، فأشبه الذي لا يجد إلا ما لا يجوز الوضوء به في انتقاله إلى التيمم.
وإن وجد ابنة مخاض أعلى من صفة الواجب، لم يجزه ابن لبون؛ لوجود بنت مخاض على وجهها، ويخير بين إخراجها وبين شراء بنت مخاض على صفة الواجب، ولا يخير بعض الذكورية بزيادة سن في غير هذا الموضع، ولا يجزئه أن يخرج عن ابن لبون حقا، ولا عن الحقة جذعا، لعدمهما ولا وجودهما.
وقال القاضي، وابن عقيل: يجوز ذلك مع عدمهما؛ لأنهما أعلى وأفضل، فيثبت الحكم فيهما بطريق التنبيه.
ولنا، أنه لا نص فيهما، ولا يصح قياسهما على ابن لبون مكان بنت مخاض؛ لأن زيادة سن ابن لبون على بنت مخاض يمتنع بها من صغار السباع، ويرعى الشجر بنفسه، ويرد الماء، ولا يوجد هذا في الحق مع بنت لبون، لأنهما يشتركان في هذا، فلم يبق إلا مجرد السن فلم يقابل إلا بتوجيه.

---
(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٢

وقولهما: إنه يدل على ثبوت الحكم فيهما بطريق التنبيه. قلنا: بل يدل على انتفاء الحكم فيهما بدليل خطابه، فإن تخصيصه بالذكر دونهما دليل على اختصاصه بالحكم دونهما.

[فصل أخرج عن الواجب سنا أعلى من جنسه]

(١٦٩٨) فصل: وإن أخرج عن الواجب سنا أعلى من جنسه، مثل أن يخرج بنت لبون عن بنت مخاض، وحقة عن بنت لبون أو بنت مخاض، أو أخرج عن الجذعة ابنتي لبون أو حقتين، جاز. لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه زاد على الواجب من جنسه ما يجزئ عنه مع غيره، فكان مجزيا عنه على انفراده، كما لو كانت الزيادة في العدد.

وقد روى الإمام أحمد في " مسنده "، وأبو داود، في " سننه "، بإسنادهما عن أبي بن كعب قال: «بعثني رسول الله – صلى الله عليه وسلم – مصدقا، فمررت برجل، فلما جمع لي ماله لم أجد عليه فيه إلا بنت." (١)

"ولمالك روايتان؛ لأن الفرض لا يتغير بزيادة الواحدة؛ بدليل سائر الفروض. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فإذا زادت على عشرين ومائة، ففي كل أربعين بنت لبون» . والواحدة زيادة، وقد جاء مصرحا به في حديث الصدقات الذي كتبه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وكان عند ال عمر بن الخطاب. رواه أبو داود، والترمذي، وقال: هو حديث حسن. وقال ابن عبد البر: هو أحسن شيء روي في أحاديث الصدقات. وفيه: «فإذا كانت إحدى وعشرين ومائة، ففيها ثلاث بنات لبون» . وفي لفظ: «إلى عشرين ومائة، فإذا زادت واحدة ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة» أخرجه الدارقطني.

وأخرج حديث أنس، من رواية إسحاق بن راهويه، عن النضر بن إسماعيل، عن حماد بن سلمة، قال: أخذنا هذا الكتاب من ثمامة يحدث به عن أنس. وفيه: «فإذا بلغت إحدى وعشرين ومائة، ففي كل أربعين بنت لبون، وفي كل خمسين حقة» . ولأن سائر ما جعله النبي – صلى الله عليه وسلم – غاية للفرض، إذا زاد عليه واحدة تغير الفرض، كذا هذا. وقولهم: إن الفرض لا يتغير بزيادة الواحدة. قلنا: وهذا ما تغير بالواحدة وحدها، وإنما تغير بها مع ما قبلها، فأشبهت الواحدة الزائدة عن التسعين والستين وغيرهما.

وقال ابن مسعود، والنخعي، والثوري، وأبو حنيفة: إذا زادت الإبل على عشرين ومائة، استؤنفت الفريضة، في كل خمس شاة إلى خمس وأربعين ومائة، فيكون فيها حقتان وبنت مخاض، إلى خمسين ومائة، ففيها

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٤

ثلاث حقاق. وتستأنف الفريضة في كل خمس شاة؛ لما روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كتب لعمرو بن حزم كتابا، ذكر فيه الصدقات والديات، وذكر فيه مثل هذا.

ولنا، أن في حديثي الصدقات الذي كتبه أبو بكر لأنس، والذي كان عند آل عمر بن الخطاب مثل مذهبنا، وهما صحيحان، وقد رواه أبو بكر عن النبي – صلى الله عليه وسلم – بقوله: «هذه فريضة الصدقة التي فرض رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على المسلمين» . وأما كتاب عمرو بن حزم، فقد اختلف في صفته، فرواه الأثرم في " سننه " مثل مذهبنا.

والأخذ بذلك أولى، لموافقته الأحاديث الصحاح، وموافقته القياس، فإن المال إذا وجب فيه من جنسه لم يجب من غير جنسه، كسائر بهيمة الأنعام، ولأنه مال احتمل المواساة من جنسه، فلم يجب من غير جنسه، كالبقر والغنم.

وإنما وجب في الابتداء من غير جنسه، لأنه ما احتمل المواساة من جنسه، فلم يجب من غير جنسه، فعدلنا إلى غير الجنس ضرورة، وقد زال ذلك بزيادة المال وكثرته، ولأنه عندهم ينقل من بنت مخاض إلى حقة، بزيادة خمس من الإبل، وهي زيادة يسيرة لا تقتضي الانتقال إلى حقة، فإنا لم ننقل في محل الوفاق من بنت مخاض إلى حقة، إلا بزيادة إحدى وعشرين، وإن زادت على مائة وعشرين جزءا من بعير، لم يتغير الفرض عند أحد من الناس؛ لأن." (١)

"ونصاب الدراهم مائتان.

وقال أصحاب الرأي: يدفع قيمة ما وجب عليه، أو دون السن الواجبة وفضل ما بينهما دراهم. **ولنا**، قوله – عليه السلام –، في الحديث الذي رويناه من طريق البخاري: «ومن بلغت عنده من الإبل صدقة الجذعة، وليست عنده جذعة، وعنده حقة، فإنها تقبل منه الحقة، ويجعل معها شاتين، إن استيسرتا له، أو عشرين درهما، ومن بلغت عنده صدقة الحقة، وليست عنده، وعنده الجذعة، فإنها تقبل منه الجذعة، ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين. ومن بلغت عنده صدقة الحقة وليست عنده إلا بنت لبون، فإنها تقبل منه بنت لبون، ويعطي شاتين، أو عشرين درهما، ومن بلغت صدقته بنت لبون، وعنده حقة، فإنها تقبل منه الحقة، ويعطيه المصدق عشرين درهما أو شاتين، ومن بلغت صدقته بنت لبون، وليست عنده، وعنده ابنة مخاض، فإنها تقبل منه ابنة مخاض ويعطي معها عشرين درهما، أو شاتين» وهذا نص ثابت صحيح لم يلتفت إلى ما سواه. إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز العدول إلى هذا الجبران مع وجود الأصل؛ لأنه مشروط

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٦

في الخبر بعدم الأصل، وإن أراد أن يخرج في الجبران شاة، وعشرة دراهم. فقال القاضي: لا يمنع هذا، كما قلنا في الكفارة، فله إخراجها من جنسين؛ لأن الشاة مقام عشرة دراهم، فإذا اختار إخراجها وعشرة جاز. ويحتمل المنع؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – خير بين شاتين وعشرين درهما، وهذا قسم ثالث، فتجويزه يخالف الخبر. والله أعلم بالصواب.

[فصل وجبت عليه جذعة فعدمها وعدم الحقة]

(١٧٠٣) فصل: فإن عدم السن الواجبة والتي تليها، كمن وجبت عليه جذعة فعدمها وعدم الحقة، أو وجبت عليه حقة فعدمها وعدم الجذعة وابنة اللبون، فقال القاضي: يجوز أن ينتقل إلى السن الثالث مع الجبران، فيخرج ابنة اللبون في الصورة الأولى، ويخرج معها أربع شياه وأربعين درهما، ويخرج ابنة مخاض في الثانية، ويخرج معها مثل ذلك.

وذكر أن أحمد أومأ إليه وهذا قول الشافعي. وقال أبو الخطاب: لا ينتقل إلى سن تلي الواجب، فأما إن انتقل من حقة إلى بنت مخاض، أو من جذعة إلى بنت لبون، لم يجز؛ لأن النص ورد بالعدول إلى سن واحدة، فيجب الاقتصار عليها، كما اقتصرنا في أخذ الشياه عن الإبل على الموضع الذي ورد به النص.

هذا قول ابن المنذر. ووجه الأول أنه قد جوز الانتقال إلى السن الذي تليه مع الجبران، وجوز العدول عن ذلك أيضا إذا عدم مع الجبران إذا كان هو الفرض، وهاهنا لو كان موجودا أجزأ، فإن عدم جاز العدول إلى ما يليه مع الجبران، والنص إذا عقله عدى وعمل بمعناه، وعلى مقتضى هذا القول يجوز العدول عن الجذعة إلى بنت المخاض مع ست شياه، أو ستين درهما، ويعدل عن ابنة المخاض إلى الجذعة." (١)

"المسيب، والزهري أنهما قالا: في كل خمس شاة. ولأنها عدلت بالإبل في الهدي والأضحية، فكذلك في الزكاة. **ولنا**، ما تقدم من الخبر، ولأن نصب الزكاة إنما ثبتت بالنص والتوقيف، وليس فيما ذكراه نص ولا توقيف، فلا يثبت، وقياسهم فاسد، فإن خمسا وثلاثين من الغنم تعدل خمسا من الإبل في الهدي، ولا زكاة فيها.

إذا ثبت هذا فإنه لا زكاة في غير السائمة من البقر في قول الجمهور. وحكي عن مالك أن في العوامل والمعلوفة صدقة، كقوله في الإبل. وقد تقدم الكلام معه. وروي عن علي – رضي الله عنه – قال الراوي: أحسبه عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في صدقة البقر، قال: " وليس في العوامل شيء ". رواه أبو

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٣٩

داود.

وروي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ليس في البقر العوامل صدقة» . وهذا مقيد يحمل عليه المطلق. وروي عن علي، ومعاذ، وجابر، أنهم قالوا: لا صدقة في البقر العوامل. ولأن صفة النماء معتبرة في الزكاة، ولا يوجد إلا في السائمة.

[مسألة إذا ملك الثلاثين من البقر فأسامها أكثر السنة]

(١٧٠٨) مسألة: قال: (وإذا ملك الثلاثين من البقر، فأسامها أكثر السنة، ففيها تبيع أو تبيعة، إلى تسع وثلاثين، فإذا بلغت أربعين، ففيها مسنة، إلى تسع وخمسين، فإذا بلغت ستين، ففيها تبيعان، إلى تسع وستين، فإذا بلغت سبعين، ففيها تبيع ومسنة، فإذا زادت، ففي كل ثلاثين تبيع، وفي كل أربعين مسنة) التبيع: الذي له سنة، ودخل في الثانية، وقيل له ذلك لأنه يتبع أمه. والمسنة: التي لها سنتان، وهي الثنية. ولا فرض في البقر غيرهما، وبما ذكر الخرقي هاهنا قال أكثر أهل العلم؛ منهم الشعبي، والنخعي، والحسن، ومالك، والليث، والثوري، وابن الماجشون، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وأبو ثور، وقال أبو حنيفة، في بعض الروايات عنه، فيما زاد على الأربعين بحسابه، في كل بقرة ربع عشر مسنة. فرارا من جعل الوقص تسعة عشر. وهو مخالف لجميع أوقاصها، فإن جميع أوقاصها عشرة عشرة.

ولنا، حديث يحيى بن الحكم الذي رويناه، وهو صريح في محل النزاع، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الآخر: «في كل ثلاثين تبيع؛ وفي كل أربعين مسنة» . يدل على أن الاعتبار بهذين العددين، ولأن البقر أحد بهيمة الأنعام، ولا يجوز في زكاتها كسر كسائر الأنواع، ولا ينقل من فرض فيها إلى فرض بغير وقص، كسائر الفروض، ولأن هذه زيادة لا يتم بها أحد العددين، فلا يجب فيها شيء، كما بين الثلاثين والأربعين، وما بين الستين والسبعين، ومخالفة قولهم للأصول أشد من الوجوه التي ذكرناها، وعلى أن أوقاص الإبل والغنم مختلفة، فجاز الاختلاف هاهنا.." (١)

"عن الصغار. قلنا: هذا يلزم مثله في إخراج الأنثى، فلا فرق، ومن جوز إخراج الذكر في الكل، قال: يأخذ ابن لبون من خمس وعشرين، قيمته دون قيمة ابن لبون يأخذه من ستة وثلاثين، ويكون بينهما في القيمة كما بينهما في العدد، ويكون الفرض بصفة المال، وإذا اعتبرنا القيمة لم يؤد إلى التسوية، كما قلنا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٤٣

في الغنم.

[فصل إخراج المعيبة عن الصحاح في صدقة الشياه]

(١٧١٧) فصل: ولا يجوز إخراج المعيبة عن الصحاح، وإن كثرت قيمتها؛ للنهي عن أخذها، ولما فيه من الإضرار بالفقراء، ولهذا يستحق ردها في البيع وإن كثرت قيمتها وإن كان في النصاب صحاح ومراض، أخرج صحيحة، قيمتها على قدر قيمة المالين، فإن كان النصاب كله مراضا إلا مقدار الفرض، فهو مخير بين إخراجه، وبين شراء مريضة قليلة القيمة فيخرجها، ولو كانت الصحيحة غير الفريضة بعدد الفريضة، مثل من وجب عليه ابنتا لبون، وعنده حواران صحيحان، كان عليه شراء صحيحتين، فيخرجهما.

وإن وجبت عليه حقتان وعنده ابنتا لبون صحيحتان، خير بين إخراجهما مع الجبران، وبين شراء حقتين صحيحتين على قدر قيمة المال. وإن كان عنده جذعتان صحيحتان، فله إخراجهما مع أخذ الجبران. وإن كانت عليه حقتان ونصف ماله صحيح ونصفه مريض فقال ابن عقيل له إخراج حقة صحيحة، وحقة مريضة؛ لأن النصف الذي يجب فيه إحدى الحقتين مريض كله.

والصحيح في المذهب خلاف هذا؛ لأن في ماله صحيحا ومريضا، فلم يملك إخراج مريضة، كما لو كان نصابا واحدا، ولم يتعين النصف الذي وجبت فيه الحقة في المراض، وكذلك لو كان لشريكين، لم يتعين حق أحدهما في المراض دون الآخر. وإن كان النصاب مراضا كله، فالصحيح في المذهب جواز إخراج الفرض منه، ويكون وسطا في القيمة، ولا اعتبار بقلة العيب وكثرته؛ لأن القيمة تأتي على ذلك.

وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال مالك إن كانت كلها جرباء أخرج جرباء، وإن كانت كلها هتماء كلف شراء صحيحة. وقال أبو بكر لا تجزئ إلا صحيحة لأن أحمد قال: لا يؤخذ إلا ما يجوز في الأضاحي، وللنهي عن أخذ ذات العوار، فعلى هذا يكلف شراء صحيحة بقدر قيمة المريضة. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إياك وكرائم أموالهم» وقال «إن الله تعالى لم يسألكم خيره، ولم يأمركم بشره.» رواه أبو داود، ولأن مبنى الزكاة على المواساة، وتكليف الصحيحة عن المراض إخلال بالمواساة، ولهذا يأخذ من الرديء من الحبوب والثمار من جنسه، ويأخذ من اللئام والهزال من المواشي من جنسه، كذا هاهنا.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٤٩

"السنام، فأبى أن يقبلها» رواه أبو داود، والنسائي.

وروى أبو داود، بإسناده عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «ثلاث من فعلهن فقد طعم طعم الإيمان: من عبد الله وحده، وأنه لا إله إلا هو، وأعطى زكاة ماله طيبة بها نفسه، رافدة عليه كل عام، ولم يعط الهرمة، ولا الدرنة، ولا المريضة، ولا الشرط اللئيمة، ولكن من وسط أموالكم، فإن الله لم يسألكم خيره، ولم يأمركم بشره.» رافدة: يعني معيبة، والدرنة: الجرباء، والشرط: رذالة المال.

[مسألة لا زكاة في السخال حتى يحول عليها الحول]

(١٧١٩) مسألة: قال: (وتعد عليهم السخلة، ولا تؤخذ منهم) السخلة، بفتح السين وكسرها: الصغيرة من أولاد المعز. وجملته أنه متى كان عنده نصاب كامل فنتجت منه سخال في أثناء الحول، وجبت الزكاة في الجميع عند تمام حول الأمهات، في قول أكثر أهل العلم. وحكي عن الحسن والنخعي لا زكاة في السخال حتى يحول عليها الحول.

ولقوله - عليه السلام - «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول.» **ولنا**، ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال لساعيه: اعتد عليهم بالسخلة، يروح بها الراعي على يديه، ولا تأخذها منهم. وهو مذهب علي، ولا نعرف لهما في عصرهما مخالفا، فكان إجماعا، ولأنه نماء نصاب، فيجب أن يضم إليه في الحول، كأموال التجارة، والخبر مخصوص بمال التجارة، فنقيس عليه. فأما إن لم يكمل النصاب إلا بالسخال، احتسب الحول من حين كمل النصاب، في الصحيح من المذهب. وهو قول الشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي.

وعن أحمد رواية أخرى، أنه يعتبر حول الجميع من حين ملك الأمهات. وهو قول مالك لأن الاعتبار بحول الأمهات دون السخال فيما إذا كانت نصابا، وكذلك إذا لم تكن نصابا. **ولنا**، أنه لم يحل الحول على نصاب، فلم تجب الزكاة فيها، كما لو كملت بغير سخالها، أو كمال التجارة، فإنه لا تختلف الرواية فيه. وإن نتجت السخال بعد الحول، ضمت إلى أمهاتها في الحول الثاني وحده.

والحكم في فصلان الإبل، وعجول البقر، كالحكم في السخال. إذا ثبت هذا فإن السخلة لا تؤخذ في الزكاة، لما قدمنا من قول عمر، ولما سنذكره في المسألة التي تلي هذه، ولا نعلم فيه خلافا، إلا أن يكون

النصاب كله صغارا، فيجوز أخذ الصغيرة في الصحيح من المذهب، وإنما يتصور ذلك، بأن يبدل كبارا بصغار في أثناء الحول، أو يكون عنده نصاب من الكبار، فتوالد نصاب." (١)

"من الصغار، ثم تموت الأمهات، ويحول الحول على الصغار.

وقال أبو بكر لا يؤخذ أيضا إلا كبيرة تجزئ في الأضحية. وهو قول مالك؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «إنما حقنا في الجذعة» أو الثنية. ولأن زيادة السن في المال لا يزيد به الواجب، كذلك نقصانه لا ينقص به. **ولنا**، قول الصديق – رضي الله عنه – والله لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لقاتلتهم عليها.

فدل على أنهم كانوا يؤدون العناق، ولأنه مال تجب فيه الزكاة من غير اعتبار قيمته، فيجب أن يأخذ من عينه، كسائر الأموال، والحديث محمول على ما فيه كبار. وأما زيادة السن فليس تمنع الرفق بالمالك في الموضعين، كما أن ما دون النصاب عفو، وما فوقه عفو، وظاهر قول أصحابنا أن الحكم في الفصلان والعجول، كالحكم في السخال؛ لما ذكرنا في الغنم، ويكون التعديل بالقيمة مكان زيادة السن، كما قلنا في إخراج الذكر من الذكور.

ويحتمل أن لا يجوز إخراج الفصلان والعجول، وهو قول الشافعي كي لا يفضي إلى التسوية بين الفروض، فإنه يفضي إلى إخراج ابنة المخاض عن خمس وعشرين، وست وثلاثين، وست وأربعين، وإحدى وستين، ويخرج ابنتي اللبون عن ست وسبعين، وإحدى وتسعين، ومائة وعشرين، ويفضي إلى الانتقال من ابنة اللبون الواحدة من إحدى وستين، إلى اثنتين في ست وسبعين، مع تقارب الوقص بينهما، وبينهما في الأصل أربعون، والخبر ورد في السخال، فيمتنع قياس الفصلان والعجول عليهما؛ لما بينهما من الفرق.

[فصل ملك نصابا من الصغار في صدقة الشياه]

(١٧٢٠) فصل: وإن ملك نصابا من الصغار، انعقد عليه حول الزكاة من حين ملكه. وعن أحمد لا ينعقد عليه الحول حتى يبلغ سنا يجزئ مثله في الزكاة. وهو قول أبي حنيفة وحكي ذلك عن الشعبي لأنه روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «ليس في السخال زكاة.» وقال: «لا تأخذ من راضع لبن.» ولأن السن معنى يتغير به الفرض، فكان لنقصانه تأثير في الزكاة، كالعدد.

ولنا، أن السخال تعد مع غيرها، فتعد منفردة، كالأمهات، والخبر يرويه جابر الجعفي، وهو ضعيف، عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٥١

الشعبي مرسلا، ثم هو محمول على أنه لا تجب فيها قبل حول الحول، والعدد تزيد الزكاة بزيادته، بخلاف السن، فإذا قلنا بهذه الرواية، فإذا ماتت الأمهات إلا واحدة، لم ينقطع الحول، وإن ماتت كلها، انقطع الحول.

[مسألة ما يجزئ في صدقة الغنم]

(١٧٢١) مسألة: قال: (ويؤخذ من المعز الثني، ومن الضأن الجذع) وجملته أنه لا يجزئ في صدقة الغنم إلا الجذع من الضأن، وهو ما له ستة أشهر، والثني من المعز، وهو ما له سنة. فإن تطوع المالك بأفضل منهما في السن جاز، فإن كان الفرض في النصاب أخذه،." [١]

"وإن كان كله فوق الفرض خير المالك بين دفع واحدة منه، وبين شراء الفرض فيخرجه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه: لا يجزئ إلا الثنية منهما جميعا؛ لأنهما نوعا جنس، فكان الفرض منهما واحدا، كأنواع الإبل والبقر. وقال مالك تجزئ الجذعة منهما، لذلك، ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما حقنا في الجذعة والثنية» .

ولنا، على جواز إخراج الجذعة من الضأن مع هذا الخبر، «قول سعد بن دليم: أتاني رجلان على بعير، فقالا: إنا رسولا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إليك؛ لتؤدي صدقة غنمك. قلت: فأي شيء تأخذان؟ قالا: عناق جذعة أو ثنية.» أخرجه أبو داود. **ولنا** ما روى مالك عن سويد بن غفلة، قال: «أتانا مصدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال: أمرنا أن نأخذ الجذعة من الضأن، والثنية من المعز» .

وهذا صريح، وفيه بيان المطلق في الحديثين قبله، ولأن جذعة الضأن تجزئ في الأضحية، بخلاف جذعة المعز، بدليل «قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لأبي بردة بن نيار، في جذعة المعز: تجزئك، ولا تجزئ عن أحد بعدك.» قال إبراهيم الحربي إنما أجزأ الجذع من الضأن، لأنه يلقح، والمعز لا يلقح إلا إذا كان ثنيا.

[مسألة ضم أنواع الأجناس بعضها إلى بعض في إيجاب الزكاة]

(١٧٢٢) مسألة: قال (فإن كانت عشرين ضأنا، وعشرين معزا، أخذ من أحدهما ما يكون قيمته نصف شاة ضأن ونصف معز) لا نعلم خلافا بين أهل العلم في ضم أنواع الأجناس بعضها إلى بعض، في إيجاب

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٥٢

الزكاة، وقال ابن المنذر أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم، على ضم الضأن إلى المعز.

إذا ثبت هذا فإنه يخرج الزكاة من أي الأنواع أحب، سواء دعت الحاجة إلى ذلك، بأن يكون الواجب واحدا، أو لا يكون أحد النوعين موجبا لواحد، أو لم يدع، بأن يكون كل واحد من النوعين يجب فيه فريضة كاملة. وقال عكرمة ومالك وإسحاق يخرج من أكثر العددين، فإن استويا أخرج من أيهما شاء. وقال الشافعي القياس أن يأخذ من كل نوع ما يخصه. اختاره ابن المنذر لأنها أنواع تجب فيها الزكاة، فتجب زكاة كل نوع منه، كأنواع الثمرة والحبوب.

ولنا، أنهما نوعا جنس من الماشية، فجاز الإخراج من أيهما شاء، كما لو استوى العددان، وكالسمان والمهازيل، وما ذكره الشافعي يفضي إلى تشقيص الفرض، وقد عدل إلى غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من أجله، فالعدول إلى النوع أولى. فإذا ثبت هذا فإنه يخرج من أحد النوعين ما قيمته كقيمة المخرج من النوعين، فإذا كان النوعان." (١)

"ولنا ما روى البخاري، في حديث أنس الذي ذكرنا أوله: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة» وما كان من خليطين، فإنهما يتراجعان بينهما بالسوية ". ولا يجيء التراجع إلا على قولنا في خلطة الأوصاف. وقوله: لا يجمع بين متفرق. إنما يكون هذا إذا كان لجماعة، فإن الواحد يضم ماله بعضه إلى بعض، وإن كان في أماكن، وهكذا لا يفرق بين مجتمع.

ولأن للخلطة تأثيرا في تخفيف المؤنة، فجاز أن تؤثر في الزكاة كالسوم والسقي، وقياسهم مع مخالفة النص غير مسموع. إذا ثبت هذا فإن خلطة الأوصاف يعتبر فيها اشتراكهم في خمسة أوصاف: المسرح، والمبيت، والمحلب، والمشرب، والفحل. قال أحمد: الخليطان أن يكون راعيهما واحدا، ومراحهما واحدا، وشربهما واحدا. وقد ذكر أحمد في كلامه شرطا سادسا، وهو الراعي.

قال الخرقي: " وكان مرعاهم ومسرحهم واحدا ". فيحتمل أنه أراد بالمرعى الراعي، ليكون موافقا لقول أحمد، ولكون المرعى هو المسرح. قال ابن حامد: المرعى والمسرح شرط واحد، وإنما ذكر أحمد المسرح ليكون فيه راع واحد، والأصل في هذا ما روى الدارقطني، في " سننه "، بإسناده عن سعد بن أبي وقاص، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، خشية الصدقة» والخليطان ما اجتمعا في الحوض والفحل والراعي " وروي " المرعى ".

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٥٣

وبنحو من هذا قال الشافعي. وقال بعض أصحاب مالك: لا يعتبر في الخلطة إلا شرطان: الراعي، والمرعى؛ لقوله – عليه السلام –: " لا يفرق بين مجتمع ولا يجمع بين متفرق ". والاجتماع يحصل بذلك، ويسمى خلطة، فاكتفي به. **ولنا**، قوله – صلى الله عليه وسلم –: «والخليطان: ما اجتمعا في الحوض والراعي والفحل.» فإن قيل: فلم اعتبرتم زيادة على هذا؟ قلنا: هذا تنبيه على بقية الشرائط، وإلغاء لما ذكروه، ولأن لكل واحد من هذه الأوصاف تأثيرا. فاعتبر كالمرعى.

إذا ثبت هذا فالمبيت معروف، وهو المراح الذي تروح إليه الماشية، قال الله تعالى ﴿حين تريحون وحين تسرحون﴾ [النحل: ٦] . والمسرح والمرعى واحد، وهو الذي ترعى فيه الماشية، يقال: سرحت الغنم، إذا مضت إلى المرعى، وسرحتها، أي بالتخفيف والتثقيل، ومنه قوله تعالى: ﴿وحين تسرحون﴾ [النحل: ٦] .

والمحلب: الموضع الذي تحلب فيه الماشية، يشترط أن يكون واحدا، ولا يفرد كل واحد منهما لحلب ماشيته موضعا، وليس المراد منه خلط اللبن في إناء واحد؛ لأن هذا ليس بمرفق، بل مشقة، لما فيه من الحاجة إلى قسم اللبن.

ومعنى كون الفحل واحدا، أن لا تكون فحولة أحد المالين لا تطرق غيره. وكذلك الراعي، هو أن لا يكون لكل مال راع، ينفرد برعايته دون الآخر.." (١)

"ويشترط أن يكون المختلطان من أهل الزكاة، فإن كان أحدهما ذميا أو مكاتبا لم يعتد بخلطته، ولا تشترط نية الخلطة وحكي عن القاضي، أنه اشترطها. **ولنا**، قوله – عليه السلام –: «والخليطان ما اجتمعا في الحوض والراعي والفحل» .

ولأن النية لا تؤثر في الخلطة، فلا تؤثر في حكمها، ولأن المقصود بالخلطة من الارتفاق يحصل بدونها، فلم يتغير وجودها معه، كما لا تتغير نية السوم في الإسامة، ولا نية السقي في الزرع والثمار، ولا نية مضي الحول فيما يشترط الحول فيه.

[فصل زكاة خلطة الأنعام]

(١٧٢٥) فصل: فإن كان بعض مال الرجل مختلطا، وبعضه منفردا، أو مختلطا مع مال لرجل آخر، فقال أصحابنا: يصير ماله كله كالمختلط، بشرط أن يكون مال الخلطة نصابا، فإن كان دون النصاب لم يثبت حكمها، فلو كان لرجل ستون شاة، منها عشرون مختلطة مع عشرين لرجل آخر، وجب عليهما شاة واحدة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٥٥

ربعها على صاحب العشرين، وباقيها على صاحب الستين؛ لأننا لما ضممنا ملك صاحب الستين صار صاحب العشرين كالمخالط لستين، فيكون الجميع ثمانين، عليها شاة بالحصص.
ولو كان لصاحب الستين ثلاثة خلطاء، كل واحد منهم بعشرين، وجب على الجميع شاة، نصفها على صاحب الستين، ونصفها على الخلطاء، على كل واحد منهم سدس شاة. ولو كان رجلان لكل واحد منهما ستون، فخالط كل واحد منهما صاحبه بعشرين فقط، وجب عليهما شاة واحدة بينهما نصفين. فإن اختلطا في أقل من ذلك، لم يثبت لهما حكم الخلطة، ووجب على كل واحد منهما شاة كاملة. وإن اختلطا في أربعين، لواحد منهما عشرة، وللآخر ثلاثون، ثبت لهما حكم الخلطة لوجودها في نصاب كامل.

(١٧٢٦) فصل: ويعتبر اختلاطهم في جميع الحول، فإن ثبت لهم حكم الانفراد في بعضه زكوا زكاة المنفردين. وبهذا قال الشافعي في الجديد. وقال مالك لا يعتبر اختلاطهم في أول الحول؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع» . يعني في وقت أخذ الزكاة. **ولنا**، أن هذا مال ثبت له حكم الانفراد، فكانت زكاته زكاة المنفرد، كما لو انفرد في آخر الحول، والحديث محمول على المجتمع في جميع الحول.
إذا تقرر هذا فمتى كان لرجلين ثمانون شاة بينهما نصفين، وكانا منفردين، فاختلطا في أثناء الحول، فعلى كل واحد منهما عند تمام حوله شاة، وفيما بعد ذلك من السنين يزكيان زكاة الخلطة، فإن اتفق." (١)
"- صلى الله عليه وسلم -: «والخليطان ما اشتركا في الحوض والفحل والراعي.» فدل على أن ما لم يوجد فيه ذلك لا يكون خلطة مؤثرة، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يجمع بين متفرق، خشية الصدقة» .
إنما يكون في الماشية؛ لأن الزكاة تقل بجمعها تارة، وتكثر أخرى، وسائر الأموال تجب فيها فيما زاد على النصاب بحسابه، فلا أثر لجمعها، ولأن الخلطة في الماشية تؤثر في النفع تارة، وفي الضرر أخرى، ولو اعتبرناها في غير الماشية أثرت ضررا محضا برب المال، فلا يجوز اعتبارها إذا ثبت هذا، فإن كان لجماعة وقف أو حائط مشترك بينهم، فيه ثمرة أو زرع، فلا زكاة عليهم، إلا أن يحصل في يد بعضهم نصاب كامل، فيجب عليه، وقد ذكر الخرقي هذا في باب الوقف.
وعلى الرواية الأخرى، إذا كان الخارج نصابا، ففيه الزكاة، وإن كان الوقف نصابا من السائمة، فيحتمل أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٥٦

عليهم الزكاة؛ لاشتراكهم في ملك نصاب تؤثر الخلطة فيه. وينبغي أن تخرج الزكاة من غيره؛ لأن الوقف لا يجوز نقل الملك فيه. ويحتمل أن لا تجب الزكاة فيه؛ لنقص الملك فيه، وكماله معتبر في إيجاب الزكاة، بدليل مال المكاتب.

[فصل لا زكاة في غير بهيمة الأنعام من الماشية]

(١٧٣٧) فصل: ولا زكاة في غير بهيمة الأنعام من الماشية، في قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة في الخيل الزكاة، إذا كانت ذكورا وإناثا، وإن كانت ذكورا مفردة، أو إناثا مفردة، ففيها روايتان، وزكاتها دينار عن كل فرس، أو ربع عشر قيمتها، والخيرة في ذلك إلى صاحبها، أيهما شاء أخرج؛ لما روى جابر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «في الخيل السائمة، في كل فرس دينار» .

وروي عن عمر أنه كان يأخذ من الرأس عشرة، ومن الفرس عشرة، ومن البرذون خمسة. ولأنه حيوان يطلب نماؤه من جهة السوم، أشبه النعم. ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قال: ليس على المسلم في فرسه وغلامه صدقة.» متفق عليه. وفي لفظ: «ليس على الرجل في فرسه ولا في عبده صدقة.» وعن علي، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق.» رواه الترمذي.

وهذا هو الصحيح. وروى أبو عبيد، في " الغريب "، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ليس في الجبهة، ولا في النخة، ولا في الكسعة صدقة.» وفسر الجبهة بالخيل، والنخة بالرقيق، والكسعة بالحمير. وقال الكسائي: النخة: بضم النون: البقر العوامل.

ولأن ما لا زكاة في ذكوره المفردة، وإناثه المفردة، لا زكاة فيهما إذا اجتمعا، كالحمير. ولأن ما لا يخرج زكاته من جنسه من السائمة لا تجب فيه، كسائر الدواب، ولأن الخيل دواب، فلا تجب الزكاة فيها، كسائر." (١)

"الدواب، ولأنها ليست من بهيمة الأنعام، فلم تجب زكاتها، كالوحوش.

وحديثهم يرويه غورك السعدي، وهو ضعيف. وأما عمر فإنما أخذ منهم شيئا تبرعوا به، وسألوه أخذه، وعوضهم عنه برزق عبيدهم، فروى الإمام أحمد، بإسناده عن حارثة، قال: جاء ناس من أهل الشام إلى عمر فقالوا: إنا قد أصبنا مالا وخيلا ورقيقا، نحب أن يكون لنا فيها زكاة وطهور. قال: ما فعله صاحباي قبلي، فأفعله فاستشار أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وفيهم علي فقال: هو حسن إن لم يكن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٦٣

جزية يؤخذون بها من بعدك. قال أحمد: فكان عمر يأخذ منهم، ثم يرزق عبيدهم،.

فصار حديث عمر حجة عليهم من وجوه؛ أحدها، قوله: ما فعله صاحباي. يعني النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبا بكر، ولو كان واجبا لما تركا فعله. الثاني، أن عمر امتنع من أخذها، ولا يجوز له أن يمتنع من الواجب. الثالث، قول علي: هو حسن إن لم يكن جزية يؤخذون بها من بعدك.

فسمى جزية إن أخذوا بها، وجعل حسنه مشروطا بعدم أخذهم به، فيدل على أن أخذهم بذلك غير جائز. الرابع، استشارة عمر أصحابه في أخذه، ولو كان واجبا لما احتاج إلى الاستشارة. الخامس، أنه لم يشر عليه بأخذه أحد سوى علي بهذا الشرط الذي ذكره، ولو كان واجبا لأشاروا به. السادس، أن عمر عوضهم عنه رزق عبيدهم، والزكاة لا يؤخذ عنها عوض

ولا يصح قياسها على النعم؛ لأنها يكمل نماؤها، وينتفع بدرها ولحمها، ويضحى بجنسها، وتكون هديا، وفدية عن محظورات الإحرام، وتجب الزكاة من عينها، ويعتبر كمال نصابها، ولا يعتبر قيمتها، والخيل بخلاف ذلك.

[مسألة الصدقة لا تجب إلا على أحرار المسلمين]

(١٧٣٨) مسألة: قال: (والصدقة لا تجب إلا على أحرار المسلمين) وفي بعض النسخ: " إلا على الأحرار المسلمين ". ومعناهما واحد، وهو أن الزكاة لا تجب إلا على حر مسلم تام الملك، وهو قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه خلافا إلا عن عطاء وأبي ثور فإنهما قالا: على العبد زكاة ماله. **ولنا**، أن العبد ليس بتام الملك، فلم تلزمه زكاة، كالمكاتب.

فأما الكافر فلا خلاف في أنه لا زكاة عليه، ومتى صار أحد هؤلاء من أهل الزكاة، وهو مالك للنصاب، استقبل به حولا ثم زكاه، فأما الحر المسلم إذا ملك نصابا خاليا عن دين، فعليه الزكاة عند تمام حوله، سواء كان كبيرا أو صغيرا، أو عاقلا أو مجنونا.

[مسألة وجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون]

مسألة: قال: (والصبي والمجنون يخرج عنهما وليهما)." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٦٤

"وجملة ذلك أن الزكاة تجب في مال الصبي والمجنون؛ لوجود الشرائط الثلاث فيهما، روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وعائشة والحسن بن علي وجابر – رضي الله عنهم –. وبه قال جابر بن زيد وابن سيرين وعطاء ومجاهد وربيعة ومالك والحسن بن صالح وابن أبي ليلى والشافعي والعنبري وابن عيينة وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور ويحكى عن ابن مسعود والثوري والأوزاعي أنهم قالوا: تجب الزكاة، ولا تخرج حتى يبلغ الصبي، ويفيق المعتوه. قال ابن مسعود أحصي ما يجب في مال اليتيم من الزكاة، فإذا بلغ أعلمه، فإن شاء زكى، وإن شاء لم يزك. وروي نحو هذا عن إبراهيم وقال الحسن وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وأبو وائل والنخعي وأبو حنيفة لا تجب الزكاة في أموالهما. وقال أبو حنيفة يجب العشر في زروعهما وثمرتهما، وتجب صدقة الفطر عليهما.

واحتج في نفي الزكاة بقوله – عليه السلام –: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق.» وبأنها عبادة محضة؛ فلا تجب عليهما، كالصلاة والحج. **ولنا**، ما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من ولي يتيما له مال فليتجر له، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة.» أخرجه الدارقطني. وفي رواته المثنى بن الصباح، وفيه مقال، وروي موقوفا على عمر: " وإنما تأكله الصدقة بإخراجها ".

وإنما يجوز إخراجها إذا كانت واجبة؛ لأنه ليس له أن يتبرع بمال اليتيم، ولأن من وجب العشر في زرعه وجب ربع العشر في ورقه، كالبالغ العاقل، ويخالف الصلاة والصوم، فإنها مختصة بالبدن، وبنية الصبي ضعيفة عنها، والمجنون لا يتحقق منه نيتها، والزكاة حق يتعلق بالمال، فأشبه نفقة الأقارب والزوجات، وأروش الجنايات، وقيم المتلفات، والحديث أريد به رفع الإثم والعبادات البدنية، بدليل وجوب العشر وصدقة الفطر والحقوق المالية، ثم هو مخصوص بما ذكرناه، والزكاة في المال في معناه، فنقيسها عليه.

إذا تقرر هذا، فإن الولي يخرجها عنهما من مالهما؛ لأنها زكاة واجبة، فوجب إخراجها، كزكاة البالغ العاقل، والولي يقوم مقامه في أداء ما عليه؛ ولأنها حق واجب على الصبي والمجنون، فكان على الولي أداؤه عنهما، كنفقة أقاربه، وتعتبر نية الولي في الإخراج، كما تعتبر النية من رب المال.

[مسألة السيد يزكي عما في يد عبده]

(١٧٤٠) مسألة: قال: (والسيد يزكي عما في يد عبده؛ لأنه مالكه) يعني أن السيد مالك لما في يد عبده، وقد اختلفت الرواية عن أحمد – رحمه الله –، في زكاة مال العبد." (١)

"الذي ملكه إياه، فروي عنه: زكاته على سيده. هذا مذهب سفيان وإسحاق وأصحاب الرأي.

وروي عنه: لا زكاة في ماله؛ لا على العبد ولا على سيده. قال ابن المنذر: وهذا قول ابن عمر وجابر والزهري وقتادة ومالك وأبي عبيد وللشافعي قولان كالمذهبين. قال أبو بكر المسألة مبنية على الروايتين في ملك العبد، إذا ملكه سيده؛ إحداهما، لا يملك.

قال أبو بكر وهو اختياري. وهو ظاهر كلام الخرقي هاهنا؛ لأنه جعل السيد مالكا لمال عبده، ولو كان مملوكا للعبد لم يكن مملوكا لسيده، لأنه لا يتصور اجتماع ملكين كاملين في مال واحد، ووجهه أن العبد مال، فلا يملك المال كالبهائم، فعلى هذا تكون زكاته على سيد العبد، لأنه ملك له في يد عبده، فكانت زكاته عليه، كالمال الذي في يد المضارب والوكيل. والثانية، يملك؛ لأنه آدمي يملك النكاح، فملك المال، كالحر، وذلك لأنه بالآدمية يتمهد للملك، من قبل أن الله تعالى خلق المال لبني آدم ليستعينوا به على القيام بوظائف العبادات، وأعباء التكاليف، فإن الله تعالى: خلق لكم ما في الأرض جميعا.

فبالآدمية يتمهد للملك ويصلح له، كما يتمهد للتكليف والعبادة، فعلى هذا لا زكاة على السيد في مال العبد؛ لأنه لا يملكه، ولا على العبد؛ لأن ملكه ناقص، والزكاة إنما تجب على تام الملك. (١٧٤١) فصل: ومن بعضه حر عليه زكاة ماله؛ لأنه يملكه بجزئه الحر، ويورث عنه، وملكه كامل فيه، فكانت زكاته عليه، كالحر الكامل. والمدبر وأم الولد كالقن؛ لأنه لا حرية فيهما.

[مسألة لا زكاة على مكاتب]

(١٧٤٢) مسألة: قال: (ولا زكاة على مكاتب) فإن عجز استقبل سيده بما في يده من المال حولا وزكاة، إن كان نصابا، وإن أدى، وبقي في يده نصاب للزكاة، استقبل به حولا. لا أعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا زكاة على المكاتب؛ ولا على سيده في ماله؛ إلا قول أبي ثور ذكر ابن المنذر نحو هذا. واحتج أبو ثور بأن الحجر من السيد لا يمنع وجوب الزكاة، كالحجر على الصبي والمجنون والمرهون.

وحكي عن أبي حنيفة أنه أوجب العشر في الخارج من أرضه، بناء على أصله في أن العشر مؤنة الأرض، وليس بزكاة. **ولنا**، ما روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا زكاة في مال المكاتب.» رواه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٦٥

الفقهاء في كتبهم، ولأن الزكاة تجب على طريق المواساة، فلم تجب في مال المكاتب، كنفقة الأقارب، وفارق المحجور عليه، فإنه منع التصرف لنقص تصرفه، لا لنقص ملكه، والمرهون منع من التصرف فيه بعقده، فلم يسقط حق الله تعالى، ومتى كان منع التصرف فيه لدين لا يمكن وفاؤه من غيره، فلا زكاة عليه.." (١)

"في النصاب وهو سبب، فضمه إليه في الحول الذي هو شرط أولى.

وبيان ذلك أنه لو كان عنده مائتا درهم، مضى عليها نصف الحول، فوهب له مائة أخرى، فإن الزكاة تجب فيها إذا تم حولها، بغير خلاف، ولولا المائتان ما وجب فيها شيء، فإذا ضمت إلى المائتين في أصل الوجوب فكذلك في وقته، ولأن إفراده بالحول يفضي إلى تشقيص الواجب في السائمة، واختلاف أوقات الواجب، والحاجة إلى ضبط مواقيت التملك، ومعرفة قدر الواجب في كل جزء ملكه، ووجوب القدر اليسير الذي لا يتمكن من إخراجه، ثم يتكرر ذلك في كل حول ووقت، وهذا حرج مدفوع بقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] .

وقد اعتبر الشرع ذلك بإيجاب غير الجنس فيما دون خمس وعشرين من الإبل، وجعل الأوقاص في السائمة، وضم الأرباح والنتاج إلى حول أصلها مقرونا بدفع هذه المفسدة، فيدل على أنه علة لذلك، فيجب تعدية الحكم إلى محل النزاع. وقال مالك كقوله في السائمة؛ دفعا للتشقيص في الواجب، وكقولنا في الأثمان؛ لعدم ذلك فيها. ولنا، حديث عائشة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» .

وروى الترمذي، عن ابن عمر، أنه قال: من استفاد مالا، فلا زكاة فيه حتى يحول عليه الحول. وروي مرفوعا عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إلا أن الترمذي قال: الموقوف أصح، وإنما رفعه عبد الرحمن بن يزيد بن أسلم، وهو ضعيف. وقد روي عن أبي بكر الصديق وعلي وابن عمر وعائشة وعطاء وعمر بن عبد العزيز وسالم والنخعي أنه لا زكاة في المستفاد حتى يحول عليه الحول.

ولأنه مملوك أصلا، فيعتبر فيه الحول شرطا، كالمستفاد من غير الجنس، ولا تشبه هذه الأموال الزروع والثمار، لأنها تتكامل ثمارها دفعة واحدة، ولهذا لا تتكرر الزكاة فيها، وهذه نماؤها بنقلها، فاحتاجت إلى الحول.

وأما الأرباح والنتاج، فإنما ضمت إلى أصلها؛ لأنها تبع له، ومتولدة منه، ولم يوجد ذلك في مسألتنا، وإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٦٦

سلمنا أن علة ضمها، ما ذكروه من الحرج، فلا يوجد ذلك في مسألتنا؛ لأن الأرباح تكثر وتتكرر في الأيام والساعات، ويعسر ضبطها، وكذلك النتاج، وقد يوجد ولا يشعر به، فالمشقة فيه أتم، لكثرة تكرره، بخلاف هذه الأسباب المستقلة، فإن الميراث والاغتنام والاتهاب ونحو ذلك يندر ولا يتكرر، فلا يشق ذلك فيه، وإن شق فهو دون المشقة في الأرباح والنتاج، فيمتنع قياسه عليه.

واليسر فيما ذكرنا أكثر؛ لأن الإنسان يتخير بين التأخير والتعجيل، وما ذكروه." (١)

"يتعين عليه التعجيل، ولا شك أن التخيير بين شيئين أيسر من تعيين أحدهما، لأنه مع التخيير، فيختار أيسرهما عليه، وأحبهما إليه، ومع التعيين يفوته ذلك. وأما ضمه إليه في النصاب، فلأن النصاب معتبر لحصول الغنى، وقد حصل الغنى بالنصاب الأول، والحول معتبر، لاستنماء المال؛ ليحصل أداء الزكاة من الربح، ولا يحصل ذلك بمرور الحول على أصله، فوجب أن يعتبر الحول له.

(١٧٤٥) فصل: ويعتبر وجود النصاب في جميع الحول، فإن نقص الحول نقصا يسيرا، فقال أبو بكر ثبت، أن نقص الحول ساعة أو ساعتين معفو عنه. وظاهر كلام القاضي، أن النقص اليسير في أثناء الحول يمنع؛ لأنه قال في من له أربعون شاة فماتت منها شاة ونتجت أخرى: إذا كان النتاج والموت حصلا في وقت واحد لم تسقط الزكاة؛ لأن النصاب لم ينقص، وكذلك إن تقدم النتاج الموت، وإن تقدم الموت النتاج سقطت الزكاة؛ لأن حكم الحول سقط بنقصان النصاب.

ويحتمل أن كلام أبي بكر أراد به النقص في طرف الحول، ويحتمل أن القاضي أراد بالوقت الواحد الزمن المتقارب، فلا يكون بين القولين اختلاف. وحكي عن أبي حنيفة أن النصاب إذا كمل في طرفي الحول، لم يضر نقصه في وسطه. **ولنا**، أن قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول.» يقتضي مرور الحول على جميعه، ولأن ما اعتبر في طرفي الحول اعتبر في وسطه، كالملك والإسلام.

(١٧٤٦) فصل: وإذا ادعى رب المال أنه ما حال الحول على المال، أو لم يتم النصاب إلا منذ شهر، أو أنه كان في يدي وديعة، وإنما اشتريته من قريب، أو قال: بعته في الحول، ثم اشتريته. أو رد علي ونحو هذا، مما ينفي وجوب الزكاة، فالقول قوله من غير يمين. قال أحمد في رواية صالح: لا يستحلف الناس على صدقاتهم. فظاهر هذا أنه لا يستحلف وجوبا ولا استحبابا؛ وذلك لأن الزكاة عبادة، فالقول قول من تجب عليه بغير يمين، كالصلاة والكفارات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٦٩

[مسألة تقديم الزكاة]

(١٧٤٧) مسألة: قال: (ويجوز تقدمة الزكاة) وجملته أنه متى وجد سبب وجوب الزكاة، وهو النصاب الكامل، جاز تقديم الزكاة. وبهذا قال الحسن وسعيد بن جبير والزهري والأوزاعي وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وحكي عن الحسن أنه لا يجوز. وبه قال ربيعة، ومالك وداود لأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «، أنه قال:." [(١)]

"لا تؤدى زكاة قبل حلول الحول» .

ولأن الحول أحد شرطي الزكاة، فلم يجز تقديم الزكاة عليه كالنصاب، ولأن للزكاة وقتا، فلم يجز تقديمها عليه، كالصلاة. **ولنا**، ما روى علي، «أن العباس سأل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في تعجيل صدقته قبل أن تحل، فرخص له في ذلك. وفي لفظ: في تعجيل الزكاة، فرخص له في ذلك. رواه أبو داود.» رواه أبو داود. وقال يعقوب بن شيبة: هو أثبتها إسنادا.

وروى الترمذي، عن علي، «عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: أنه قال لعمر: إنا قد أخذنا زكاة العباس عام الأول للعام. وفي لفظ قال: إنا كنا تعجلنا صدقة العباس لعامنا هذا عام أول» . رواه سعيد عن عطاء، وابن أبي مليكة، والحسن بن مسلم، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلا،

ولأنه تعجيل لمال وجد سبب وجوبه قبل وجوبه، فجاز، كتعجيل قضاء الدين قبل حلول أجله، وأداء كفارة اليمين بعد الحلف وقبل الحنث، وكفارة القتل بعد الجرح قبل الزهوق، وقد سلم مالك تعجيل الكفارة، وفارق تقديمها على النصاب، لأنه تقديم لها على سببها، فأشبه تقديم الكفارة على اليمين، وكفارة القتل على الجرح، ولأنه قد قدمها على الشرطين، وهاهنا قدمها على أحدهما.

وقولهم: إن للزكاة وقتا. قلنا: الوقت إذا دخل في الشيء رفقا بالإنسان، كان له أن يعجله ويترك الإرفاق بنفسه، كالدين المؤجل، وكمن أدى زكاة مال غائب، وإن لم يكن على يقين من وجوبها، ومن الجائز أن يكون المال تالفا في ذلك الوقت، وأما الصلاة والصيام فتعبد محض، والتوقيت فيهما غير معقول، فيجب أن يقتصر عليه.

[فصل تعجيل الزكاة قبل ملك النصاب]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٧٠

(١٧٤٨) فصل: ولا يجوز تعجيل الزكاة قبل ملك النصاب، بغير خلاف علمناه. ولو ملك بعض نصاب، فعجل زكاته، أو زكاة نصاب، لم يجز؛ لأنه تعجل الحكم قبل سببه. وإن ملك نصابا فعجل زكاته وزكاة ما يستفيده، وما ينتج منه، أو يربحه فيه، أجزأه عن النصاب دون الزيادة.

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجزئه؛ لأنه تابع لما هو مالكه. **ولنا**، أنه عجل زكاة مال ليس في ملكه، فلم يجز كالنصاب الأول، ولأن الزائد من الزكاة على زكاة النصاب إنما سببها الزائد في الملك، فقد عجل الزكاة قبل وجود سببها، فأشبه ما لو عجل الزكاة قبل ملك النصاب. وقوله: إنه تابع، قلنا: إنما يتبع في الحول، فأما في الإيجاب فإن الوجوب ثبت بالزيادة، لا بالأصل، ولأنه إنما يصير له حكم بعد الوجود، فأما قبل ظهوره فلا حكم له في الزكاة.." (١)

"فإن قيل: فإنه لما مات المورث قبل الحول، كان للوارث ارتجاعها، فإذا لم يرتجعها احتسب بها كالدين قلنا: فلو أراد أن يحتسب الدين عن زكاته لم يصح، ولو كان له عند رجل شاة من غصب أو قرض، فأراد أن يحسبها عن زكاته، لم تجزه.

[مسألة إذا دفع الزكاة المعجلة إلى مستحقها لم يخل من أربعة أقسام]

(١٧٥٥) مسألة: قال: (ومن قدم زكاة ماله، فأعطاها لمستحقها، فمات المعطى قبل الحول، أو بلغ الحول وهو غني منها، أو من غيرها، أجزأت عنه) . وجملة ذلك أنه إذا دفع الزكاة المعجلة إلى مستحقها، لم يخل من أربعة أقسام: أحدها، أن لا يتغير الحال، فإن المدفوع يقع موقعه، ويجزئ عن المزكي، ولا يلزمه بدله، ولا له استرجاعه، كما لو دفعها بعد وجوبها.

الثاني: أن يتغير حال الآخذ لها، بأن يموت قبل الحول، أو يستغني، أو يرتد قبل الحول. فهذا في حكم القسم الذي قبله، وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي لا يجزئ؛ لأن ما كان شرطا للزكاة إذا عدم قبل الحول لم يجز، كما لو تلف المال، أو مات ربه. **ولنا**، أنه أدى الزكاة إلى مستحقها، فلم يمنع الإجزاء تغير حاله، كما لو استغنى بها، ولأنه حق أداه إلى مستحقه، فبرئ منه، كالدين يعجله قبل أجله، وما ذكروه منتقض بما إذا استغنى بها، والحكم في الأصل ممنوع، ثم الفرق بينهما ظاهر، فإن المال إذا تلف تبين عدم الوجوب؛ فأشبه ما لو أدى إلى غريمه دراهم يظنها عليه، فتبين أنها ليست عليه، وكما لو أدى الضامن الدين، فبان أن المضمون عنه قد قضاه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٧١

وفي مسألتنا الحق واجب، وقد أخذه مستحقه.
القسم الثالث، أن يتغير حال رب المال قبل الحول بموته أو ردته، أو تلف النصاب، أو نقصه، أو بيعه، فقال أبو بكر: لا يرجع بها على الفقير، سواء أعلمه أنها زكاة معجلة أو لم يعلمه.
وقال القاضي: وهو المذهب عندي؛ لأنها وصلت إلى الفقير فلم يكن له ارتجاعها، كما لو لم يعلمه، ولأنها زكاة دفعت إلى مستحقها، فلم يجز استرجاعها، كما لو تغير حال الفقير وحده. قال أبو عبد الله بن حامد: إن كان الدافع لها الساعي، استرجعها بكل حال، وإن كان الدافع رب المال، وأعلمه أنها زكاة معجلة، رجع بها، وإن أطلق لم يرجع بها.
وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه مال دفعه عما يستحقه القابض في الثاني؛ فإذا طرأ ما يمنع الاستحقاق، وجب رده، كالأجرة إذا انهدمت الدار قبل السكنى، أما إذا لم يعلمه فيحتمل أن يكون تطوعا ويحتمل أن يكون هبة، فلم يقبل قوله في الرجوع، فعلى قول ابن حامد إن كانت العين باقية لم تتغير، أخذها، وإن زادت زيادة متصلة، أخذها بزيادتها؛ لأنها تمنع في الفسوخ،." (١)
"وإن كانت منفصلة، أخذها دون زيادتها؛ لأنها حدثت في ملك الفقير.
وإن كانت ناقصة، رجع على الفقير بالنقص؛ لأن الفقير قد ملكها بالنقص؛ فكان نقصها عليه، كالمبيع إذا نقص في يد المشتري، ثم علم عيبه. وإن كانت تالفة أخذ قيمتها يوم القبض؛ لأن ما زاد بعد ذلك أو نقص فإنما هو في ملك الفقير، فلم يضمنه، كالصداق يتلف في يد المرأة. القسم الرابع، أن يتغير حالهما جميعا، فحكمه حكم القسم الذي قبله سواء.

[فصل قال رب المال قد أعلمته أنها زكاة معجلة فلي الرجوع فأنكر الآخذ]
(١٧٥٦) فصل: إذا قال رب المال: قد أعلمته أنها زكاة معجلة، فلي الرجوع. فأنكر الآخذ. فالقول قول الآخذ؛ لأنه منكر والأصل عدم الإعلام، وعليه اليمين. وإن مات الآخذ، واختلف المخرج ووارث الآخذ فالقول قول الوارث، ويحلف أنه لا يعلم أن مورثه أعلم بذلك. فأما من قال بعدم الاسترجاع، فلا يمين ولا غيرها.

[فصل تسلف الإمام الزكاة فهلكت في يده]

---
(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٧٥

(١٧٥٧) فصل: إذا تسلف الإمام الزكاة، فهلكت في يده، فلا ضمان عليه، وكانت من ضمان الفقراء. ولا فرق بين أن يسأله ذلك رب المال أو الفقراء أو لم يسأله أحد؛ لأن يده كيد الفقراء، وقال الشافعي: إن تسلفها من غير سؤال ضمنها؛ لأن الفقراء رشد، لا يولى عليهم، فإذا قبض بغير إذنهم ضمن، كالأب إذا قبض لابنه الكبير.

وإن كان بسؤالهم كان من ضمانهم؛ لأنه وكيلهم. فإذا كان بسؤال أرباب الأموال، لم يجزئهم الدفع، وكان من ضمانهم؛ لأنه وكيلهم. وإن كان بسؤالهم ففيه وجهان، أصحهما، أنه من ضمان الفقراء. **ولنا**، أن للإمام ولاية على الفقراء، بدليل جواز قبض الصدقة لهم بغير إذنهم سلفا وغيره، فإذا تلفت في يده من غير تفريط، لم يضمن، كولي اليتيم إذا قبض له.

وما ذكروه يبطل بما إذا قبض الصدقة بعد وجوبها، وفارق الأب في حق ولده الكبير؛ فإنه لا يجوز له القبض له؛ لعدم ولايته عليه، ولهذا يضمن ما قبضه له من الحق بعد وجوبه.

(١٧٥٨) مسألة: قال: (ولا يجوز إخراج الزكاة إلا بنية) . إلا أن يأخذها الإمام منه قهرا. مذهب عامة الفقهاء أن النية شرط في أداء الزكاة، إلا ما حكي عن الأوزاعي أنه قال: لا تجب لها النية، لأنها دين فلا تجب لها النية، كسائر الديون، ولهذا يخرجها ولي اليتيم، ويأخذها السلطان من الممتنع.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إنما الأعمال بالنيات» وأداؤها عمل، ولأنها عبادة تتنوع إلى فرض." (١)

"﴿خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها﴾ [التوبة: ١٠٣] .

ولأن أبا بكر، طالبهم بالزكاة، وقاتلهم عليها، وقال: لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لقاتلتهم عليها. ووافقه الصحابة على هذا، ولأن ما للإمام قبضه بحكم الولاية، لا يجوز دفعه إلى المولى عليه، كولي اليتيم. وللشافعي قولان كالمذهبين. **ولنا**، على جواز دفعها بنفسه أنه دفع الحق إلى مستحقه الجائز تصرفه.

فأجزأه، كما لو دفع الدين إلى غريمه، وكزكاة الأموال الباطنة، ولأنه أحد نوعي الزكاة، فأشبه النوع الآخر، والآية تدل على أن للإمام أخذها. ولا خلاف فيه، ومطالبة أبي بكر لهم بها، لكونهم لم يؤدوها إلى أهلها، ولو أدوها إلى أهلها لم يقاتلهم عليها؛ لأن ذلك مختلف في إجزائه، فلا تجوز المقاتلة من أجله، وإنما

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٦/٢

يطالب الإمام بحكم الولاية والنيابة عن مستحقيها، فإذا دفعها إليهم جاز؛ لأنهم أهل رشد، فج ا ز الدفع إليهم، بخلاف اليتيم.

وأما وجه فضيلة دفعها بنفسه، فلأنه إيصال الحق إلى مستحقه، مع توفير أجر العمالة، وصيانة حقهم، عن خطر الخيانة، ومباشرة تفريج كربة مستحقها، وإغنائه بها، مع إعطائها للأولى بها؛ من محاويج أقاربه، وذوي رحمه، وصلة رحمه بها، فكان أفضل، كما لو لم يكن آخذها من أهل العدل. فإن قيل: فالكلام في الإمام العادل، إذ الخيانة مأمونة في حقه. قلنا: الإمام لا يتولى ذلك بنفسه، وإنما يفوضه إلى نوابه، فلا تؤمن منهم الخيانة، ثم ربما لا يصل إلى المستحق الذي قد علمه المالك من أهله وجيرانه شيء منها، وهم أحق الناس بصلته وصدقته ومواساته.

وقولهم: إن أخذ الإمام يبرئه ظاهرا وباطنا. قلنا: يبطل هذا بدفعها إلى غير العادل؛ فإنه يبرئه أيضا، وقد سلموا أنه ليس بأفضل، ثم إن البراءة الظاهرة تكفي. وقولهم: إنه تزول به التهمة. قلنا: متى أظهرها زالت التهمة، سواء أخرجها بنفسه، أو دفعها إلى الإمام، ولا يختلف المذهب أن دفعها إلى الإمام، سواء كان عادلا أو غير عادل، وسواء كانت من الأموال الظاهرة أو الباطنة، ويبرأ بدفعها سواء تلفت في يد الإمام أو لم تتلف، أو صرفها في مصارفها أو لم يصرفها؛ لما ذكرنا عن الصحابة – رضي الله عنهم –، ولأن الإمام نائب عنهم شرعا فبرئ بدفعها إليه، كولي اليتيم إذا قبضها له، ولا يختلف المذهب أيضا في أن صاحب المال يجوز أن يفرقها بنفسه.." (١)

"بصدقة ثم ماتت، فسأل النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: قد قبل الله صدقتك، وردها إليك الميراث.» وهذا في معنى شرائها. ولأن ما صح أن يملك إرثا، صح أن يملك ابتياعا، كسائر الأموال. **ولنا**، ما روى عمر، «أنه قال: حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، وظننت أنه بائعه برخص، فأردت أن أشتريه، فسألت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: لا تبتعه، ولا تعد في صدقتك ولو أعطاكه بدرهم؛ فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه» متفق عليه.

فإن قيل: يحتمل أنها كانت حبيسا في سبيل الله فمنعه لذلك. قلنا: لو كانت حبيسا لما باعها الذي هي في يده، ولا هم عمر بشرائها، بل كان ينكر على البائع ويمنعه، فإنه لم يكن يقر على منكر، فكيف يفعله، ويعين عليه. ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – ما أنكر بيعها، إنما أنكر على عمر الشراء، معللا بكونه عائدا في الصدقة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/ ٤٨٠

الثاني، أننا نحتج بعموم اللفظ من غير نظر إلى خصوص السبب، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا تعد في صدقتك» أي بالشراء فإن العائد في صدقته كالعائد في قيئه. والأخذ بعموم اللفظ أولى من التمسك بخصوص السبب.

فإن قيل: فإن اللفظ لا يتناول الشراء فإن العود في الصدقة ارتجاعها بغير عوض، وفسخ للعقد، كالعود في الهبة، والدليل على هذا قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «العائد في هبته كالعائد في قيئه.» ولو وهب إنسانا شيئا، ثم اشتراه منه، جاز. قلنا: النبي – صلى الله عليه وسلم – ذكر ذلك جوابا لعمر حين سأله عن شراء الفرس، فلو لم يكن اللفظ متناولا للشراء المسئول عنه لم يكن مجيبا له، ولا يجوز إخراج خصوص السبب من عموم اللفظ؛ لئلا يخلو السؤال عن الجواب، وقد روي عن جابر أنه قال: إذا جاء المصدق فادفع إليه صدقتك، ولا تشترها، فإنهم كانوا يقولون: ابتعها فأقول: إنما هي لله.

وعن ابن عمر أنه قال: لا تشتر طهور مالك. ولأن في شرائه لها وسيلة إلى استرجاع شيء منها؛ لأن الفقير يستحي منه، فلا يماكسه في ثمنها، وربما رخصها له طمعا في أن يدفع إليه صدقة أخرى، وربما علم أنه إن لم يبعه إياها استرجعها منه أو توهم ذلك، وما هذا سبيله ينبغي أن يجتنب، كما لو شرط عليه أن يبيعه إياها. وهو أيضا ذريعة إلى إخراج القيمة، وهو ممنوع من ذلك.

أما حديثهم فنقول به، وأنها ترجع إليه بالميراث وليس هذا محل النزاع. قال ابن عبد البر كل العلماء يقولون: إذا رجعت إليه بالميراث طابت له، إلا ابن عمر والحسن بن حي. وليس البيع في معنى الميراث؛ لأن الملك ثبت بالميراث حكما بغير اختياره، وليس." (١)

"[فصل اجتمع في واحد أسباب تقتضي أخذ الزكاة بها]

(١٧٧٨) فصل: وإن اجتمع في واحد أسباب تقتضي الأخذ بها، جاز أن يعطى بها، فالعامل الفقير له أن يأخذ عمالته، فإن لم تغنه فله أن يأخذ ما يتم به غناه، فإن كان غازيا فله أخذ ما يكفيه لغزوه، وإن كان غارما أخذ ما يقضي به غرمه؛ لأن كل واحد من هذه الأسباب يثبت حكمه بانفراده، فوجود غيره لا يمنع ثبوت حكمه، كما لم يمنع وجوده، وقد روي عن أحمد أنه قال: إذا كان له مائتان وعليه مثلها، لا يعطى من الزكاة؛ لأن المغني خمسون درهما.

وهذا يدل على أنه يعتبر في الدفع إلى الغارم أن يكون فقيرا فإذا أعطي لأجل الغرم وجب صرفه إلى قضاء الدين، وإن أعطي للفقير جاز أن يقضي به دينه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٦/٢

[مسألة بني هاشم لا تحل لهم الصدقة المفروضة]

مسألة: قال: (ولا لبني هاشم) لا نعلم خلافا في أن بني هاشم لا تحل لهم الصدقة المفروضة، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - »إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد، إنما هي أوساخ الناس.» أخرجه مسلم. وعن أبي هريرة، قال: «أخذ الحسن تمرة من تمر الصدقة، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: كخ كخ. ليطرحها، وقال: أما شعرت أنا لا نأكل الصدقة.» متفق عليه.

[مسألة موالي بني هاشم وهم من أعتقهم هاشمي لا يعطون من الزكاة]

(١٧٨٠) مسألة: قال: (ولا لمواليهم) يعني أن موالي بني هاشم، وهم من أعتقهم هاشمي، لا يعطون من الزكاة. وقال أكثر العلماء: يجوز؛ لأنهم ليسوا بقرابة النبي - صلى الله عليه وسلم - فلم يمنعوا الصدقة كسائر الناس، ولأنهم لم يعوضوا عنها بخمس الخمس، فإنهم لا يعطون منه، فلم يجز أن يحرموها كسائر الناس. **ولنا**، ما روى أبو رافع، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بعث رجلا من بني مخزوم على الصدقة، فقال لأبي رافع: اصحبني كيما تصيب منها. فقال: لا حتى آتي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأسأله. فانطلق إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فسأله. فقال: إنا لا تحل لنا الصدقة، وإن موالي القوم منهم» . أخرجه أبو داود، والنسائي، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

ولأنهم ممن يرثهم بنو هاشم بالتعصيب، فلم يجز دفع الصدقة إليهم كبني هاشم. وقولهم: إنهم ليسوا بقرابة. قلنا: هم بمنزلة القرابة، بدليل قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الولاء لحمة كلحمة النسب.» وقوله: «موالي القوم منهم.» وثبت فيهم حكم القرابة من الإرث والعقل والنفقة، فلا يمتنع ثبوت حكم تحريم الصدقة فيهم.." (١)

"[فصل بنو المطلب هل لهم الأخذ من الزكاة]

(١٧٨١) فصل: فأما بنو المطلب، فهل لهم الأخذ من الزكاة؟ على روايتين: إحداهما ليس لهم ذلك. نقلها عبد الله بن أحمد وغيره؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنا وبنو المطلب لم نفترق في جاهلية ولا إسلام، إنما نحن وهم شيء واحد» . وفي لفظ رواه الشافعي في " مسنده ":: «إنما بنو هاشم وبنو المطلب شيء واحد» . وشبك بين أصابعه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٨٩

ولأنهم يستحقون من خمس الخمس فلم يكن لهم الأخذ كبني هاشم، وقد أكد ما روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – علل منعهم الصدقة باستغنائهم عنها بخمس الخمس، فقال: «أليس في خمس الخمس ما يغنيكم؟» . والرواية الثانية، لهم الأخذ منها. وهو قول أبي حنيفة لأنهم دخلوا في عموم قوله تعالى ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ [التوبة: ٦٠] . الآية.

لكن خرج بنو هاشم؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إن الصدقة لا تنبغي لآل محمد» . فيجب أن يختص المنع بهم، ولا يصح قياس بني المطلب على بني هاشم؛ لأن بني هاشم أقرب إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – وأشرف، وهم آل النبي – صلى الله عليه وسلم –؛ ومشاركة بني المطلب لهم في خمس الخمس ما استحقوه بمجرد القرابة، بدليل أن بني عبد شمس وبني نوفل يساوونهم في القرابة، ولم يعطوا شيئا، وإنما شاركوهم بالنصرة، أو بهما جميعا، والنصرة لا تقتضي منع الزكاة.

(١٧٨٢) فصل وروى الخلال، بإسناده عن ابن أبي مليكة، أن خالد بن سعيد بن العاص بعث إلى عائشة سفرة من الصدقة. فردتها، وقالت: إنا آل محمد – صلى الله عليه وسلم – لا تحل لنا الصدقة. وهذا يدل على تحريمها على أزواج رسول الله – صلى الله عليه وسلم –.

(١٧٨٣) فصل: وظاهر قول الخرقي هاهنا، أن ذوي القربى يمنعون الصدقة، وإن كانوا عاملين، وذكر في باب قسم الفيء والصدقة ما يدل على إباحة الأخذ لهم عمالة. وهو قول أكثر أصحابنا؛ لأن ما يأخذونه أجر، فجاز لهم أخذه، كالحمال وصاحب المخزن إذا أجرهم مخزنه. **ولنا**، حديث أبي رافع وقد ذكرناه، وما روى مسلم بإسناده، «أنه اجتمع ربيعة بن الحارث،." [(١)]

"وهو أخص من حديثهم.

فيجب تقديمه، ولأن حديثهم دل على الغنى الموجب، وحديثنا دل على الغنى المانع، ولا تعارض بينهما. فيجب الجمع بينهما. وقولهم: الأصل عدم الاشتراك. قلنا: قد قام دليله بما ذكرناه، فيجب الأخذ به. الثاني، أن من له ما يكفيه من مال غير زكائي، أو من مكسبه، أو أجرة عقارات أو غيره، ليس له الأخذ من الزكاة.

وبهذا قال الشافعي وإسحاق وأبو عبيدة وابن المنذر وقال أبو يوسف: إن دفع الزكاة إليه فهو قبيح، وأرجو أن يجزئه. وقال أبو حنيفة وسائر أصحابه: يجوز دفع الزكاة إليه؛ لأنه ليس بغني، لما ذكروه في حجتهم. **ولنا**، ما روى الإمام أحمد، حدثنا يحيي بن سعيد، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عبيد الله بن عدي

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٩٠

بن الخيار، «عن رجلين من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – أنهما أتيا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فسألاه الصدقة، فصعد فيهما البصر، فرآهما جلدين، فقال: إن شئتما أعطيتكما، ولا حظ فيها لغني، ولا لقوي مكتسب» . قال أحمد: ما أجوده من حديث. وقال: هو أحسنها إسنادا وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا تحل الصدقة لغني، ولا لذي مرة سوي» . رواه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن. إلا أن أحمد قال: لا أعلم فيه شيئا يصح. قيل: فحديث سالم بن أبي الجعد، عن أبي هريرة؟ قال: سالم لم يسمع من أبي هريرة.

ولأن له ما يغنيه عن الزكاة. فلم يجز الدفع إليه، كمالك النصاب. الثالث، أن من ملك نصابا زكائيا، لا تتم به الكفاية من غير الأثمان، فله الأخذ من الزكاة. قال الميموني: ذاكرت أبا عبد الله فقلت: قد يكون للرجل الإبل والغنم تجب فيها الزكاة، وهو فقير ويكون له أربعون شاة، وتكون لهم الضيعة لا تكفيه، فيعطى من الصدقة؟ قال: نعم. وذكر قول عمر أعطوهم، وإن راحت عليهم من الإبل كذا وكذا.

قلت: فهذا قدر من العدد أو الوقت؟ قال: لم أسمعه. وقال في رواية محمد بن الحكم: إذا كان له عقار يشغله أو ضيعة تساوي عشرة آلاف أو أقل أو أكثر لا تقيمه، يأخذ من الزكاة. وهذا قول الشافعي. وقال أصحاب الرأي: ليس له أن يأخذ منها إذا ملك نصابا زكائيا؛ لأنه تجب عليه الزكاة، فلم تجب له للخبر.

ولنا، أنه لا يملك ما يغنيه، ولا يقدر على كسب ما يكفيه، فجاز له الأخذ من الزكاة كما لو كان ما يملك لا تجب فيه الزكاة، ولأن الفقر عبارة عن الحاجة، قال الله تعالى ﴿يا أيها الناس أنتم الفقراء إلى الله﴾ [فاطر: ١٥] .

أي: المحتاجون إليه. وقال الشاعر:." (١)

"أعطني من الصدقة. فقال له رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: إن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات، حتى حكم فيها هو، فجزأها ثمانية أجزاء، فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك حقك» . رواه أبو داود.

وأحكامهم كلها باقية. وبهذا قال الحسن والزهري وأبو جعفر محمد بن علي وقال الشعبي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي: انقطع سهم المؤلفة بعد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقد أعز الله تعالى الإسلام وأغناه عن أن يتألف عليه رجال، فلا يعطى مشرك تالفا بحال.

قالوا: وقد روي هذا عن عمر. **ولنا**، كتاب الله وسنة رسوله؛ فإن الله تعالى سمى المؤلفة في الأصناف

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٩٥

الذين سمى الصدقة لهم، والنبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إن الله تعالى حكم فيها، فجزأها ثمانية أجزاء. وكان يعطي المؤلفة كثيرا، في أخبار مشهورة، ولم يزل كذلك حتى مات» ، ولا يجوز ترك كتاب الله وسنة رسوله إلا بنسخ، والنسخ لا يثبت بالاحتمال.

ثم إن النسخ إنما يكون في حياة النبي – صلى الله عليه وسلم –، لأن النسخ إنما يكون بنص، ولا يكون النص بعد موت النبي – صلى الله عليه وسلم – وانقراض زمن الوحي، ثم إن القرآن لا ينسخ إلا بقرآن، وليس في القرآن نسخ كذلك ولا في السنة، فكيف يترك الكتاب والسنة بمجرد الآراء والتحكم، أو بقول صحابي أو غيره، على أنهم لا يرون قول الصحابي حجة يترك لها قياس، فكيف يتركون به الكتاب والسنة، قال الزهري: لا أعلم شيئا نسخ حكم المؤلفة.

على أن ما ذكروه من المعنى لا خلاف بينه وبين الكتاب والسنة، فإن الغنى عنهم لا يوجب رفع حكمهم، وإنما يمنع عطيتهم حال الغنى عنهم، فمتى دعت الحاجة إلى إعطائهم أعطوا، فكذلك جميع الأصناف، إذا عدم منهم صنف في بعض الزمان، سقط حكمه في ذلك الزمن خاصة، فإذا وجد عاد حكمه، كذا هنا.

[فصل صرف الزكاة إلى غير من ذكر الله تعالى]

(١٧٩٠) فصل: ولا يجوز صرف الزكاة إلى غير من ذكر الله تعالى، من بناء المساجد والقناطر والسقايات وإصلاح الطرقات، وسد البثوق، وتكفين الموتى، والتوسعة على الأضياف، وأشباه ذلك من القرب التي لم يذكرها الله تعالى.

وقال أنس والحسن: ما أعطيت في الجسور والطرق فهي صدقة ماضية.." (١)

"وجملته أنه يجوز أن يقتصر على صنف واحد من الأصناف الثمانية، ويجوز أن يعطيها شخصا واحدا.

وهو قول عمر وحذيفة وابن عباس، وبه قال سعيد بن جبير والحسن والنخعي وعطاء، وإليه ذهب الثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي. وروي عن النخعي أنه قال: إن كان المال كثيرا يحتمل الأصناف، قسمه عليهم، وإن كان قليلا، جاز وضعه في صنف واحد. وقال مالك: يتحرى موضع الحاجة منهم، ويقدم الأولى فالأولى وقال عكرمة والشافعي: يجب أن يقسم زكاة كل صنف من ماله، على الموجود من الأصناف الستة الذين سهمانهم ثابتة، قسمة على السواء، ثم حصة كل صنف منهم، لا تصرف إلى أقل من ثلاثة منهم، إن وجد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩٧/٢

منهم ثلاثة أو أكثر فإن لم يجد إلا واحدا، صرف حصة ذلك الصنف إليه.

وروى الأثرم عن أحمد كذلك. وهو اختيار أبي بكر؛ لأن الله تعالى جعل الصدقة لجميعهم، وشرك بينهم فيها، فلا يجوز الاقتصار على بعضهم كأهل الخمس. ولنا «، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – لمعاذ: أعلمهم أن عليهم صدقة، تؤخذ من أغنيائهم، فترد في فقرائهم» .

فأخبر أنه مأمور برد جملتها في الفقراء، وهم صنف واحد، ولم يذكر سواهم، ثم أتاه بعد ذلك مال، فجعله في صنف ثان سوى الفقراء، وهم المؤلفة الأقرع بن حابس وعيينة بن حصن وعلقمة بن علاثة، وزيد الخير قسم فيهم الذهبية التي بعث بها إليه علي من اليمن. وإنما يؤخذ من أهل اليمن الصدقة. ثم أتاه مال آخر؛ فجعله في صنف آخر؛ لقوله لقبيصة بن المخارق حين تحمل حمالة، فأتى النبي – صلى الله عليه وسلم – يسأله، فقال: «أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها» . وفي حديث سلمة بن صخر البياضي، أنه أمر له بصدقة قومه.

ولو وجب صرفها إلى جميع الأصناف لم يجز دفعها إلى واحد، ولأنها لا يجب صرفها إلى جميع الأصناف إذا أخذها الساعي، فلم يجب دفعها إليهم إذا فرقها المالك، كما لو لم يجد إلا صنفا واحدا، ولأنه لا يجب عليه تعميم أهل كل صنف بها، فجاز الاقتصار على واحد، كما لو وصى لجماعة لا يمكن حصرهم، ويخرج على هذين المعنيين الخمس، فإنه يجب على الإمام تفريقه على جميع مستحقيه، واستيعاب جميعهم به بخلاف الزكاة، والآية أريد بها بيان الأصناف الذين يجوز الدفع إليهم، دون غيرهم. إذا ثبت هذا، فإن المستحب صرفها إلى جميع الأصناف، أو إلى من أمكن منهم؛ لأنه يخرج بذلك عن الخلاف، ويحصل الإجزاء يقينا فكان أولى.." (١)

"(١٧٩٤) فصل: قول الخرقي: " إذا لم يخرجه إلى الغنى ". يعني به الغنى المانع من أخذ الزكاة، وقد ذكرناه. وظاهر قول الخرقي أنه لا يدفع إليه ما يحصل به الغنى، والمذهب أنه يجوز أن يدفع إليه ما يغنيه من غير زيادة. نص عليه أحمد في مواضع وذكره أصحابه، فيتعين حمل كلام الخرقي على أنه لا يدفع إليه زيادة على ما يحصل به الغنى.

وهذا قول الثوري ومالك والشافعي وأبي ثور. وقال أصحاب الرأي: يعطى ألفا وأكثر إذا كان محتاجا إليها، ويكره أن يزاد على المائتين. ولنا، أن الغنى لو كان سابقا منع، فيمنع إذا قارن، كالجمع بين الأختين في النكاح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٤٩٩

[فصل دفع الزكاة إلى الأصناف على قدر حاجتهم إليها]

(١٧٩٥) فصل: وكل صنف من الأصناف يدفع إليه ما تندفع به حاجته، من غير زيادة، فالغارم والمكاتب يعطى كل واحد منهما ما يقضي به دينه وإن كثر، وابن السبيل يعطى ما يبلغه إلى بلده، والغازي يعطى ما يكفيه لغزوه. والعامل يعطى بقدر أجره. قال أبو داود: سمعت أحمد، قيل له: يحمل في السبيل بألف من الزكاة؟ قال: ما أعطى فهو جائز، ولا يعطى أحد من هؤلاء زيادة على ما تندفع به الحاجة؛ لأن الدفع لها، فلا يزاد على ما تقتضيه. .

[فصل أربعة أصناف يأخذون أخذا مستقرا من الزكاة]

(١٧٩٦) فصل: وأربعة أصناف يأخذون أخذا مستقرا، فلا يراعى حالهم بعد الدفع، وهم: الفقراء، والمساكين، والعاملون، والمؤلفة، فمتى أخذوها ملكوها ملكا دائما مستقرا، لا يجب عليهم ردها بحال، وأربعة منهم، وهم الغارمون، وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل؛ فإنهم يأخذون أخذا مراعى، فإن صرفوه في الجهة التي استحقوا الأخذ لأجلها، وإلا استرجع منهم.

والفرق بين هذه الأصناف والتي قبلها، أن هؤلاء أخذوا لمعنى لم يحصل بأخذهم للزكاة، والأولون حصل المقصود بأخذهم، وهو غنى الفقراء والمساكين، وتأليف المؤلفين، وأداء أجر العاملين. وإن قضى هؤلاء حاجتهم بها، وفضل معهم فضل، ردوا الفضل، إلا الغازي، فإن ما فضل له بعد غزوه فهو له. ذكره الخرقي في غير هذا الموضع.

وظاهر قوله في المكاتب أنه لا يرد ما فضل في يده؛ لأنه قال: وإذا عجز المكاتب ورد في الرق، وكان قد تصدق عليه بشيء، فهو لسيده ونص عليه أحمد أيضا في رواية المروذي والكوسج. ونقل عنه حنبل: إذا عجز يرد ما في يديه في المكاتبين.

وقال أبو بكر عبد العزيز: إن كان باقيا بعينه استرجع منه لأنه إنما دفع إليه ليعتق به ولم يقع وقال." (١)

"القاضي: كلام الخرقي محمول على أن الذي بقي في يده لم يكن عين الزكاة، وإنما تصرف فيها وحصل عوضها وفائدتها. ولو تلف المال الذي في يد هؤلاء بغير تفريط، لم يرجع عليهم بشيء.

[مسألة نقل الصدقة من بلدها إلى بلد تقصر في مثله الصلاة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٠٠

مسألة: قال: (ولا يجوز نقل الصدقة من بلدها إلى بلد تقصر في مثله الصلاة) المذهب على أنه لا يجوز نقل الصدقة من بلدها إلى مسافة القصر. قال أبو داود: سمعت أحمد سئل عن الزكاة يبعث بها من بلد إلى بلد؟ قال لا. قيل: وإن كان قرابته بها؟ قال: لا. واستحب أكثر أهل العلم أن لا تنقل من بلدها.

وقال سعيد: حدثنا سفيان، عن معمر، عن ابن طاوس، عن أبيه، قال في كتاب معاذ بن جبل: من أخرج من مخلاف إلى مخلاف، فإن صدقته وعشره ترد إلى مخلافه. وروي عن عمر بن عبد العزيز أنه رد زكاة أتي بها من خراسان إلى الشام، إلى خراسان.

وروي عن الحسن والنخعي أنهما كرها نقل الزكاة من بلد إلى بلد، إلا لذي قرابة. وكان أبو العالية يبعث بزكاته إلى المدينة. **ولنا**، «قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لمعاذ: أخبرهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم، فترد في فقرائهم» . وهذا يختص بفقراء بلدهم.

ولما بعث معاذ الصدقة من اليمن إلى عمر، أنكر عليه ذلك عمر، وقال: لم أبعثك جابيا، ولا آخذ جزية، ولكن بعثتك لتأخذ من أغنياء الناس، فترد في فقرائهم. فقال معاذ: ما بعثت إليك بشيء وأنا أجد أحدا يأخذه مني رواه أبو عبيد في الأموال. وروي أيضا عن إبراهيم بن عطاء مولى عمران بن حصين، أن زيادا، أو بعض الأمراء، بعث عمران على الصدقة، فلما رجع قال: أين المال؟ قال: أللمال بعثتني؟ أخذناها من حيث كنا نأخذها على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.

ولأن المقصود إغناء الفقراء بها، فإذا أبحنا نقلها أفضى إلى بقاء فقراء ذلك البلد محتاجين. (١٧٩٨)

فصل: فإن خالف ونقلها، أجزأته في قول أكثر أهل العلم. قال القاضي: وظاهر كلام أحمد يقتضي ذلك، ولم أجد عنه نصا في هذه المسألة، وذكر أبو الخطاب فيها روايتين: إحداهما، يجزئه. واختارها؛ لأنه دفع الحق إلى مستحقه، فبرئ منه كالدين، وكما لو فرقها في بلدها. والأخرى، لا تجزئه.

اختارها ابن حامد؛ لأنه دفع الزكاة إلى غير من أمر بدفعها إليه، أشبه ما لو دفعها إلى غير الأصناف.." [١]

"عليها أحوال، فعليه في الحول الأول بنت مخاض، وعليه لكل حول بعده أربع شياه. وإن بلغت قيمة الشاة الواجبة أكثر من خمس من الإبل.

فإن قيل: فإذا لم يكن في خمس وعشرين بنت مخاض، فالواجب فيها من غير عينها، فيجب أن لا تنقص زكاتها أيضا في الأحوال كلها. قلنا: إذا أدى عن خمس وعشرين أكبر من بنت مخاض، جاز فقد أمكن

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٠١

تعلق الزكاة بعينها، لإمكان الأداء منها، بخلاف عشرين من الإبل، فإنه لا يقبل منه واحدة منها، فافترقا.

[فصل الزكاة تجب بحلول الحول سواء تمكن من الأداء أو لم يتمكن]

(١٨١٣) فصل: الحكم الثاني، أن الزكاة تجب بحلول الحول، سواء تمكن من الأداء أو لم يتمكن. وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: التمكن من الأداء شرط، فيشترط للوجوب ثلاثة أشياء: الحول، والنصاب، والتمكن من الأداء. وهذا قول مالك.

حتى لو أتلف الماشية بعد الحول قبل إمكان الأداء لا زكاة عليه، إذا لم يقصد الفرار من الزكاة؛ لأنها عبادة، فيشترط لوجوبها إمكان أدائها كسائر العبادات. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» . فمفهومه، وجوبها عليه إذا حال الحول، ولأنه لو لم يتمكن من الأداء حتى حال عليه حولان، وجبت عليه زكاة الحولين، ولا يجوز وجوب فرضين في نصاب واحد في حال واحدة، وقياسهم ينقلب عليهم، فإننا نقول: هذه عبادة، فلا يشترط لوجوبها إمكان أدائها، كسائر العبادات، فإن الصوم يجب على الحائض والمريض العاجز عن أدائه، والصلاة تجب على المغمى عليه والنائم، ومن أدرك من أول الوقت جزءا ثم جن أو حاضت المرأة، والحج يجب على من أيسر في وقت لا يتمكن من الحج فيه، أو منعه من المضي مانع.

ثم الفرق بينهما، أن تلك عبادات بدنية، يكلف فعلها ببدنه، فأسقطها تعذر فعلها، وهذه عبادة مالية، يمكن ثبوت الشركة للمساكين في ماله والوجوب في ذمته مع عجزه عن الأداء، كثبوت الديون في ذمة المفلس وتعلقها بماله بجنايته.

[فصل الزكاة لا تسقط بتلف المال فرط أو لم يفرط]

(١٨١٤) فصل: الثالث، أن الزكاة لا تسقط بتلف المال، فرط أو لم يفرط. هذا المشهور عن أحمد، وحكى عنه الميموني أنه إذا تلف النصاب قبل التمكن من الأداء، سقطت الزكاة عنه، وإن تلف بعده، لم تسقط. وحكاه ابن المنذر مذهبا لأحمد. وهو قول الشافعي، والحسن بن صالح، وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر. وبه قال مالك، إلا في الماشية، فإنه قال: لا شيء فيها حتى يجيء المصدق، فإن هلكت قبل مجيئه." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٠٨/٢

"فلا شيء عليه.

وقال أبو حنيفة: تسقط الزكاة بتلف النصاب على كل حال إلا أن يكون الإمام قد طالبه بها فمنعها؛ لأنه تلف قبل محل الاستحقاق، فسقطت الزكاة، كما لو تلفت الثمرة قبل الجذاذ، ولأنه حق يتعلق بالعين، فسقط بتلفها، كأرش الجناية في العبد الجاني. ومن اشترط التمكن قال: هذه عبادة يتعلق وجوبها بالمال، فيسقط فرضها بتلفه قبل إمكان أدائها، كالحج.

ومن نصر الأول قال: مال وجب في الذمة، فلم يسقط بتلف النصاب، كالدين، أو لم يشترط في ضمانه إمكان الأداء، كثمن المبيع، والثمرة لا تجب زكاتها في الذمة حتى تحرز؛ لأنها في حكم غير المقبوض، ولهذا لو تلفت بجائحة كانت في ضمان البائع، على ما دل عليه الخبر. وإذا قلنا بوجوب الزكاة في العين، فليس هو بمعنى استحقاق جزء منه، ولهذا لا يمنع التصرف فيه، والحج لا يجب حتى يتمكن من الأداء، فإذا وجب لم يسقط بتلف المال، بخلاف الزكاة، فإن التمكن ليس بشرط لوجوبها، على ما قدمناه.

والصحيح، إن شاء الله، أن الزكاة تسقط بتلف المال، إذا لم يفرط في الأداء؛ لأنها تجب على سبيل المواساة، فلا تجب على وجه يجب أداؤها مع عدم المال وفقر من تجب عليه، ومعنى التفريط، أن يتمكن من إخراجها فلا يخرجها، وإن لم يتمكن من إخراجها، فليس بمفرط، سواء كان ذلك لعدم المستحق، أو لبعد المال عنه، أو لكون الفرض لا يوجد في المال، ويحتاج إلى شرائه، فلم يجد ما يشتريه، أو كان في طلب الشراء، أو نحو ذلك. وإن قلنا بوجوبها بعد تلف المال، فأمكن المالك أداؤها أداها، وإلا أنظر بها إلى ميسرته، وتمكنه من أدائها من غير مضرة عليه؛ لأنه إذا لزم إنظاره بدين الآدمي المتعين فبالزكاة التي هي حق الله تعالى أولى.

[فصل لا تسقط الزكاة بموت رب المال]

(١٨١٥) فصل: ولا تسقط الزكاة بموت رب المال، وتخرج من ماله، وإن لم يوص بها. هذا قول عطاء، والحسن، والزهري، وقتادة، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر. وقال الأوزاعي، والليث، تؤخذ من الثلث، مقدمة على الوصايا، ولا يجاوز الثلث. وقال ابن سيرين، والشعبي، والنخعي، وحماد بن أبي سليمان، وداود بن أبي هند، وحميد الطويل، والمثنى، والثوري: لا تخرج إلا أن يكون أوصى بها.

وكذلك قال أصحاب الرأي، وجعلوها إذا أوصى بها وصية تخرج من الثلث، ويزاحم بها أصحاب الوصايا، وإذا لم يوص بها سقطت؛ لأنها عبادة من شرطها النية، فسقطت بموت من هي عليه، كالصوم. **ولنا**، أنها

حق واجب تصح الوصية به، فلم تسقط بالموت، كدين الآدمي، ولأنها حق مالي واجب فلم يسقط بموت من هو عليه، كالدين، ويفارق الصوم والصلاة، فإنهما عبادتان بدنيتان لا تصح الوصية بهما، ولا النيابة فيهما. اهـ.." (١)

"[فصل أخر الزكاة فلم يدفعها إلى الفقير حتى ضاعت]

(١٨١٨) فصل: فإن أخر الزكاة، فلم يدفعها إلى الفقير حتى ضاعت، لم تسقط عنه. كذلك قال الزهري، والحكم، وحماد، والثوري، وأبو عبيد. وبه قال الشافعي، إلا أنه قال: إن لم يكن فرط في إخراج الزكاة، وفي حفظ ذلك المخرج، رجع إلى ماله، فإن كان فيما بقي زكاة أخرجها، وإلا فلا. وقال أصحاب الرأي: يزكي ما بقي، إلا أن ينقص عن النصاب فتسقط الزكاة، فرط أو لم يفرط. وقال مالك: أراها تجزئه إذا أخرجها في محلها، وإن أخرجها بعد ذلك ضمنها.

وقال مالك: يزكي ما بقي بقسطه، وإن بقي عشرة دراهم. **ولنا**، أنه حق متعين على رب المال، تلف قبل وصوله إلى مستحقه، فلم يبرأ منه بذلك، كدين الآدمي. قال أحمد: ولو دفع إلى أحد زكاته خمسة دراهم، فقبل أن يقبضها منه، قال: اشتر لي بها ثوبا أو طعاما. فذهبت الدراهم، أو اشترى بها ما قال فضاع منه، فعليه أن يعطي مكانها؛ لأنه لم يقبضها منه، ولو قبضها منه ثم ردها إليه، وقال: اشتر لي بها. فضاعت، أو ضاع ما اشترى بها، فلا ضمان عليه إذا لم يكن فرط.

وإنما قال ذلك لأن الزكاة لا يملكها الفقير إلا بقبضها، فإذا وكله في الشراء بها كان التوكيل فاسدا، لأنه وكله في الشراء بما ليس له، وبقيت على ملك رب المال، فإذا تلفت كانت في ضمانه.

[فصل عزل قدر الزكاة فنوى أنه زكاة فتلف]

فصل: ولو عزل قدر الزكاة، فنوى أنه زكاة، فتلف، فهو في ضمان رب المال، ولا تسقط الزكاة عنه بذلك، سواء قدر على أن يدفعها إليه أو لم يقدر، والحكم فيه كالمسألة التي قبلها. اهـ.

[مسألة رهن ماشية فحال عليها الحول]

(١٨٢٠) مسألة: قال: (ومن رهن ماشية، فحال عليها الحول، أدى منها إذا لم يكن له ما يؤدي عنها، والباقي رهن) وجملة ذلك أنه إذا رهن ماشية، فحال الحول وهي في يد المرتهن، وجبت زكاتها على الراهن؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥٠٩

لأن ملكه فيها تام، فإن أمكنه أداؤها من غيرها، وجبت؛ لأن الزكاة من مؤنة الرهن، ومؤنة الرهن تلزم الراهن، كنفقة النصاب، ولا يخرجها من النصاب، لأن حق المرتهن متعلق به تعلقا يمنع تصرف الراهن فيه، والزكاة لا يتعين إخراجها منه، فلم يملك إخراجها منه كزكاة مال سواه.

وإن لم يكن له ما يؤدي منه سوى هذا الرهن، فلا يخلو من أن يكون له مال يمكن قضاء الدين منه، ويبقى بعد قضائه نصاب كامل، مثل أن تكون الماشية زائدة على النصاب قدرا يمكن قضاء الدين منه، ويبقى النصاب، فإنه يخرج الزكاة من الماشية، ويقدم حق الزكاة على حق المرتهن، لأن المرتهن يرجع إلى بدل، وهو." (١)

"في سياق قوله: ﴿والزيتون والرمان﴾ [الأنعام: ١٤١] . ولأنه يمكن ادخار غلته، أشبه التمر والزبيب. وعن أحمد: لا زكاة فيه. وهو اختيار أبي بكر، وظاهر كلام الخرقي. وهذا قول ابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، وأبي عبيدة، وأحد قولي الشافعي؛ لأنه لا يدخر يابسا، فهو كالخضراوات، والآية لم يرد بها الزكاة، لأنها مكية، والزكاة إنما فرضت بالمدينة، ولهذا ذكر الرمان ولا عشر فيه. وقال مجاهد: إذا حصد زرعه ألقى لهم من السنبل، وإذا جذ نخله ألقى لهم من الشماريخ. وقال النخعي وأبو جعفر: هذه الآية منسوخة، على أنها محمولة على ما يتأتى حصاده، بدليل أن الرمان مذكور بعده، ولا زكاة فيه اهـ.

[فصل الحكم الثاني لا زكاة في شيء من الزروع والثمار حتى تبلغ خمسة أوسق]

(١٨٢٧) فصل: الحكم الثاني، أن الزكاة لا تجب في شيء من الزروع والثمار حتى تبلغ خمسة أوسق. هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم ابن عمر، وجابر، وأبو أمامة بن سهل، وعمر بن عبد العزيز، وجابر بن زيد، والحسن، وعطاء، ومكحول، والحكم، والنخعي، ومالك، وأهل المدينة، والثوري، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد، وسائر أهل العلم.

لا نعلم أحدا خالفهم، إلا مجاهدا، وأبا حنيفة، ومن تابعه، قالوا: تجب الزكاة في قليل ذلك وكثيره؛ لعموم قوله – عليه السلام –: «فيما سقت السماء العشر» . ولأنه لا يعتبر له حول فلا يعتبر له نصاب. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة» . متفق عليه.

وهذا خاص يجب تقديمه، وتخصيص عموم ما رووه به، كما خصصنا قوله: «في سائمة الإبل الزكاة» بقوله: «ليس فيما دون خمس ذود صدقة» . وقوله: «في الرقة ربع العشر» بقوله: «ليس فيما دون خمس أواق

---

(١) المغني لابن قدامة ٢/٥١١

صدقة» . ولأنه مال تجب فيه الصدقة، فلم تجب في يسيره كسائر الأموال الزكائية، وإنما لم يعتبر الحول؛ لأنه يكمل نماؤه باستحصاده لا ببقائه، واعتبر الحول في غيره؛ لأنه مظنة لكمال النماء في سائر الأموال، والنصاب اعتبر ليبلغ حدا يحتمل المواساة منه، فلهذا اعتبر فيه، يحققه أن الصدقة إنما تجب على الأغنياء، بما قد ذكرنا فيما تقدم، ولا يحصل الغنى بدون النصاب، كسائر الأموال الزكائية. اهـ.

[فصل تعتبر الخمسة أوسق بعد التصفية في الحبوب والجفاف في الثمار]

(١٨٢٨) فصل: وتعتبر خمسة الأوسق بعد التصفية في الحبوب، والجفاف في الثمار، فلو كان له عشرة أوسق عنبا،." (١)

"بالخرص، وإن أتلفها أجنبي، فعليه قيمة ما أتلف.

والفرق بينهما أن رب المال وجب عليه تجفيف هذا الرطب، بخلاف الأجنبي، ولهذا قلنا في من أتلف أضحيته المتعينة: عليه أضحية مكانها. وإن أتلفها أجنبي فعليه قيمتها. وإن تلفت بجائحة من السماء، سقط عنهم الخرص. نص عليه أحمد؛ لأنها تلفت قبل استقرار زكاتها، وإن ادعى تلفها بغير تفريطه، فالقول قوله بغير يمين، كما تقدم، وإن حفظها إلى وقت الإخراج، فعليه زكاة الموجود لا غير، سواء اختار الضمان، أو حفظها على سبيل الأمانة، وسواء كانت أكثر مما خرصه الخارص أو أقل.

وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: يلزمه ما قال الخارص، زاد أو نقص، إذا كانت الزكاة متقاربة؛ لأن الحكم انتقل إلى ما قال الساعي، بدليل وجوب ما قال عند تلف المال. **ولنا**، أن الزكاة أمانة، فلا تصير مضمونة بالشرط كالوديعة، ولا نسلم أن الحكم انتقل إلى ما قال الساعي، وإنما يعمل بقوله إذا تصرف في الثمرة، ولم يعلم قدرها؛ لأن الظاهر إصابته. قال أحمد: إذا خرص على الرجل، فإذا فيه فضل كثير، مثل الضعف، تصدق بالفضل؛ لأنه يخرص بالسوية. وهذه الرواية تدل على مثل قول مالك. وقال: إذا تجافى السلطان عن شيء من العشر، يخرجه فيؤديه.

وقال: إذا حط من الخرص عن الأرض، يتصدق بقدر ما نقصوه من الخرص. وإن أخذ منهم أكثر من الواجب عليهم، فقال أحمد: يحتسب لهم من الزكاة لسنة أخرى ونقل عنه أبو داود لا يحتسب بالزيادة لأن هذا غاصب. وقال أبو بكر: وبهذا أقول. ويحتمل أن يجمع بين الروايتين، فيحتسب به إذا نوى صاحبه به التعجيل، ولا يحتسب به إذا لم ينو ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣

[فصل ادعى رب المال غلط الخارص]

فصل وإن ادعى رب المال غلط الخارص وكان ما ادعاه محتملا، قبل قوله بغير يمين، وإن لم يكن محتملا، مثل أن يدعي غلط النصف ونحوه، لم يقبل منه؛ لأنه لا يحتمل، فيعلم كذبه. وإن قال: لم يحصل في يدي غير هذا. قبل منه بغير يمين لأنه قد يتلف بعضها بآفة لا نعلمها.

[فصل على الخارص أن يترك في الخرص الثلث أو الربع]

(١٨٤٩) فصل: وعلى الخارص أن يترك في الخرص الثلث أو الربع، توسعة على أرباب الأموال؛ لأنهم يحتاجون." (١)

"ابن عائذ، في كتابه، بإسناده عن سليمان بن عتبة، أن أمير المؤمنين عبد الله بن محمد – أظنه المنصور – سأله في مقدمه الشام، سنة ثلاث أو أربع وخمسين، عن سبب الأرضين التي بأيدي أبناء الصحابة، يذكرون أنها قطائع لآبائهم قديمة. فقلت: يا أمير المؤمنين، إن الله تعالى لما أظهر المسلمين على بلاد الشام، وصالحوا أهل دمشق وأهل حمص، كرهوا أن يدخلوها دون أن يتم ظهورهم، وإثخانهم في عدو الله، فعسكروا في مرج بردى، بين المزة إلى مرج شعبان، وجنبتي بردى مروج كانت مباحة فيما بين أهل دمشق وقراها، ليست لأحد منهم، فأقاموا بها حتى أوطأ الله بهم المشركين قهرا وذلا، فأحيا كل قوم محلتهم، وهيئوا بها بناء، فبلغ ذلك عمر، فأمضاه لهم، وأمضاه عثمان من بعده إلى ولاية أمير المؤمنين. قال: وقد أمضيناه لهم. وعن الأحوص بن حكيم، أن المسلمين الذين فتحوا حمص لم يدخلوها، بل عسكروا على نهر الأربد، فأحيوه، فأمضاه لهم عمر وعثمان، وقد كان منهم أناس تعدوا إذ ذاك إلى جسر الأربد، الذي على باب الرستن، فعسكروا في مرجه مسلحة لمن خلفهم من المسلمين فلما بلغهم ما أمضاه عمر للمعسكرين على نهر الأربد، سألوا أن يشركوهم في تلك القطائع، وكتبوا إلى عمر فيه، فكتب أن يعوضوا مثله من المروج التي كانوا عسكروا فيها على باب الرستن، فلم تزل تلك القطائع على شاطئ الأربد، وعلى باب حمص، وعلى باب الرستن، ماضية لأهلها، لا خراج عليها، تؤدي العشر. (١٨٦٦) فصل: وهذا الذي ذكرناه في الأرض المغلة، أما المساكن فلا بأس بحيازتها وبيعها وشرائها وسكناها. قال أبو عبيد ما علمنا أحدا كره ذلك، وقد اقتسمت الكوفة خططا في زمن عمر – رضي الله عنه – بإذنه، والبصرة، وسكنهما

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦/٣

أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وكذلك الشام ومصر وغيرهما من البلدان، فما عاب ذلك أحد ولا أنكره.

[مسألة العشر في الخارج من هذه الأرض المفتوحة]

(١٨٦٧) مسألة: قال: (فما كان من الصلح، ففيه الصدقة) يعني ما صولحوا عليه، على أن ملكه لأهله، **ولنا** عليهم خراج معلوم، فهذا الخراج في حكم الجزية، متى أسلموا سقط عنهم، وإن انتقلت إلى مسلم لم يكن عليهم خراج، وفي مثله جاء عن العلاء بن الحضرمي، قال: «بعثني رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلى البحرين وإلى هجر، فكنت آتي الحائط تكون بين الإخوة، يسلم أحدهم، فآخذ من المسلم العشر، ومن المشرك الخراج.» رواه ابن ماجه

، فهذا في أحد هذين البلدين؛ لأنهما فتحا صلحا، وكذلك كل أرض أسلم أهلها عليها، كأرض المدينة، فهي ملك لهم، ليس عليها خراج ولا شيء. أما الزكاة فهي واجبة على كل مسلم، ولا خلاف في وجوب العشر في الخارج من هذه الأرض. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن كل أرض أسلم أهلها عليها قبل قهرهم عليها، أنها لهم، وأن أحكامهم أحكام المسلمين، وأن عليهم فيما زرعوا فيها الزكاة.." (١)

"[مسألة ما فتح عنوة ووقف على المسلمين وضرب عليهم خراج معلوم]

(١٨٦٨) مسألة: قال: (وما كان عنوة أدي عنها الخراج، وزكي ما بقي إذا كان خمسة أوسق، وكان لمسلم) . يعني ما فتح عنوة ووقف على المسلمين، وضرب عليهم خراج معلوم، فإنه يؤدي الخراج من غلته، وينظر في باقيها، فإن كان نصابا ففيه الزكاة إذا كان لمسلم، وإن لم يبلغ نصابا، أو بلغ نصابا ولم يكن لمسلم، فلا زكاة فيه، فإن الزكاة لا تجب على غير المسلمين. وكذلك الحكم في كل أرض خراجية.

وهذا قول عمر بن عبد العزيز، والزهري، ويحيى الأنصاري، وربيعة، والأوزاعي، ومالك، والثوري، ومغيرة، والليث، والحسن بن صالح، وابن أبي ليلى، وابن المبارك، والشافعي، وإسحاق، وأبي عبيد. وقال أصحاب الرأي: لا عشر في الأرض الخراجية؛ لقوله – عليه السلام –: «لا يجتمع العشر والخراج في أرض مسلم» . ولأنهما حقان سبباهما متنافيان، فلا يجتمعان، كزكاة السوم والتجارة، والعشر، وزكاة القيمة. وبيان تنافيهما أن الخراج وجب عقوبة؛ لأنه جزية الأرض، والزكاة وجبت طهرة وشكرا، **ولنا**: قول الله تعالى:

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨/٣

﴿ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾ [البقرة: ٢٦٧] وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «فيما سقت السماء العشر.» وغيره من عمومات الأخبار.

قال ابن المبارك يقول الله تعالى: ﴿ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾ [البقرة: ٢٦٧] . ثم قال: نترك القرآن لقول أبي حنيفة، ولأنهما حقان يجبان لمستحقين يجوز وجوب كل واحد منهما على المسلم، فجاز اجتماعهما كالكفارة والقيمة في الصيد الحرمي المملوك، وحديثهم يرويه يحيى بن عنبسة، وهو ضعيف، عن أبي حنيفة، ثم نحمله على الخراج الذي هو جزية.

وقول الخرقي: " وكان لمسلم " يعني أن الزكاة لا تجب على صاحب الأرض إذا لم يكن مسلما، وليس عليه في أرضه سوى الخراج. قال أحمد، – رحمه الله –: ليس في أرض أهل الذمة صدقة، إنما قال الله تعالى: ﴿صدقة تطهرهم وتزكيهم بها﴾ [التوبة: ١٠٣] . فأي طهرة للمشركين، وقولهم: إن سببيهما يتنافيان. غير صحيح.

فإن الخراج أجرة الأرض، والعشر زكاة الزرع، ولا يتنافيان، كما لو استأجر أرضا فزرعها، ولو كان الخراج عقوبة لما وجب على مسلم، كالجزية. .

[فصل كان في غلة الأرض ما لا عشر فيه]

(١٨٦٩) فصل: فإن كان في غلة الأرض ما لا عشر فيه، كالثمار التي لا زكاة فيها، والخضراوات، وفيها زرع فيه الزكاة، جعل ما لا زكاة فيه في مقابلة الخراج، وزكي ما فيه الزكاة، إذا كان ما لا زكاة فيه وافيا بالخراج. وإن لم يكن لها عليه إلا ما تجب فيه الزكاة، أدي الخراج من غلتها، وزكي ما بقي.

وهذا قول عمر بن عبد العزيز.." (١)

"حصته النصاب عشرها، ولا شيء على الآخر؛ لأن الخلطة لا تؤثر في غير السائمة، في الصحيح. ونقل عن أحمد أنها تؤثر، فيلزمهما العشر إذا بلغ الزرع جميعه خمسة أوسق، ويخرج كل واحد منهما عشر نصيبه، إلا أن يكون أحدهما ممن لا عشر عليه، كالمكاتب والذمي؛ فلا يلزم شريكه عشر إلا أن تبلغ حصته نصابا، وكذلك الحكم في المساقاة.

[فصل حكم المسلم الذي يؤاجر أرض الخراج من الذمي]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٩

(١٨٧١) فصل: ويكره للمسلم بيع أرضه من ذمي وإجارتها منه؛ لإفضائه إلى إسقاط عشر الخارج منها. قال محمد بن موسى: سألت أبا عبد الله، عن المسلم يؤاجر أرض الخراج من الذمي؟ قال: لا يؤاجر من الذمي، إنما عليه الجزية، وهذا ضرر. وقال في موضع آخر: لأنهم لا يؤدون الزكاة. فإن آجرها منه ذمي، أو باع أرضه التي لا خراج عليها ذميا، صح البيع والإجارة.

وهذا مذهب الثوري، والشافعي، وشريك، وأبي عبيد، وليس عليهم فيها عشر ولا خراج. قال حرب: سألت أحمد عن الذمي يشتري أرض العشر؟ قال: لا أعلم عليه شيئا، إنما الصدقة كهيئة مال الرجل، وهذا المشتري ليس عليه. وأهل المدينة يقولون في هذا قولا حسنا، يقولون: لا نترك الذمي يشتري أرض العشر. وأهل البصرة يقولون قولا عجيبا. يقولون: يضاعف عليهم.

وقد روي عن أحمد: أنهم يمنعون من شرائها. اختارها الخلال وصاحبه. وهو قول مالك، وصاحبه. فإن اشتروها ضوعف عليهم العشر، وأخذ منهم الخمس؛ لأن في إسقاط العشر من غلة هذه الأرض إضرارا بالفقراء، وتقليلا لحقهم، فإذا تعرضوا لذلك ضوعف عليهم العشر، كما لو اتجروا بأموالهم إلى غير بلدهم، ضوعفت عليهم الزكاة، فأخذ منهم نصف العشر.

وهذا قول أهل البصرة، وأبي يوسف. ويروى ذلك عن الحسن، وعبيد الله بن الحسن العنبري. وقال محمد بن الحسن: العشر بحاله. وقال أبو حنيفة: تصير أرض خراج. **ولنا**، أن هذه أرض لا خراج عليها، فلا يلزم فيها الخراج ببيعها، كما لو باعها مسلما، ولأنها مال مسلم يجب الحق فيه للفقراء عليه، فلم يمنع من بيعه للذمي كالسائمة، وإذا ملكها الذمي فلا عشر عليه فيما يخرج منها؛ لأنها زكاة، فلا تجب على الذمي، كزكاة السائمة، وما ذكره يبطل بالسائمة؛ فإن الذمي يصح أن يشتريها، وتسقط الزكاة منها، وما ذكروه من تضعيف العشر، تحكم لا نص فيه، ولا قياس.

[مسألة تضم الحنطة إلى الشعير وتزكي إذا كانت خمسة أوسق]

(١٨٧٢) مسألة: قال: (وتضم الحنطة إلى الشعير، وتزكى إذا كانت خمسة أوسق، وكذلك القطنيات، وكذلك الذهب والفضة) ، وعن أبي عبد الله، رواية أخرى، أنها لا تضم، وتخرج من كل صنف إن كان منصبا للزكاة.." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٣١/٣

"وأروش الجنايات، وأثمان البياعات، وحلي لمن يريدهما لذلك، فأشبها النوعين، والحديث مخصوص بعرض التجارة، فنقيس عليه. فإذا قلنا بالضم، فإن أحدهما يضم إلى الآخر بالأجزاء، يعني أن كل واحد منهما يحتسب من نصابه، فإذا كملت أجزاؤهما نصابا، وجبت الزكاة، مثل أن يكون عنده نصف نصاب من أحدهما، ونصف نصاب أو أكثر من الآخر، أو ثلث من أحدهما، وثلثان أو أكثر من الآخر. فلو ملك مائة درهم وعشرة دنانير، أو مائة وخمسين درهما وخمسة دنانير، أو مائة وعشرين درهما وثمانية دنانير، وجبت الزكاة فيهما.

وإن نقصت أجزاؤهما عن نصاب فلا زكاة فيهما. سئل أحمد، عن رجل عنده ثمانية دنانير ومائة درهم؟ فقال: إنما قال من قال فيها الزكاة، إذا كان عنده عشرة دنانير ومائة درهم. وهذا قول مالك، وأبي يوسف، ومحمد، والأوزاعي؛ لأن كل واحد منهما لا تعتبر قيمته في وجوب الزكاة إذا كان منفردا، فلا تعتبر إذا كان عنده عشرة دنانير مضمونة كالحبوب والثمار وأنواع الأجناس كلها.

وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد، في رواية المروذي، أنها تضم بالأحوط من الأجزاء والقيمة. ومعناه أنه يقوم الغالي منهما بقيمة الرخيص، فإذا بلغت قيمتهما بالرخيص منهما نصابا وجبت الزكاة فيهما؛ فلو ملك مائة درهم وتسعة دنانير قيمتها مائة درهم، أو عشرة دنانير وتسعين درهما قيمتها عشرة دنانير، وجبت الزكاة فيها.

وهذا قول أبي حنيفة في تقويم الدنانير بالفضة؛ لأن كل نصاب وجب فيه ضم الذهب إلى الفضة، ضم بالقيمة، كنصاب القطع في السرقة، ولأن أصل الضم لتحصيل حظ الفقراء، فكذلك صفة الضم. والأول أصح؛ لأن الأثمان تجب الزكاة في أعيانها، فلا تعتبر قيمتها، كما لو انفردت. ويخالف نصاب القطع، فإن نصاب القطع فيه الورق خاصة في إحدى الروايتين، وفي الأخرى أنه لا يجب في الذهب حتى يبلغ ربع دينار. والله أعلم.

[مسألة ما دون العشرين من النقدين لا زكاة فيه]

(١٨٧٩) مسألة: قال: (وكذلك دون العشرين مثقالا) يعني أن ما دون العشرين لا زكاة فيه إلا أن يتم بورق أو عروض تجارة. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الذهب إذا كان عشرين مثقالا قيمتها مائتا درهم، أن الزكاة تجب فيها، إلا ما حكي عن الحسن أنه قال: لا زكاة فيها حتى تبلغ أربعين، وأجمعوا على أنه إذا كان أقل من عشرين مثقالا ولا يبلغ مائتي درهم فلا زكاة فيه.

وقال عامة الفقهاء: نصاب الذهب عشرون مثقالا من غير اعتبار قيمتها، إلا ما حكي عن عطاء، وطاوس،

والزهري، وسليمان بن حرب، وأيوب السختياني، أنهم قالوا: هو معتبر بالفضة، فما كان قيمته مائتي درهم، ففيه الزكاة، وإلا فلا؛ لأنه لم يثبت عن النبي – صلى الله عليه وسلم – تقدير في نصابه، فثبت أنه حمله على الفضة. **ولنا** ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «ليس في أقل من عشرين مثقالا من الذهب،." [1]

"[فصل يخرج الزكاة من جنس ماله]

(١٨٨٣) فصل: ويخرج الزكاة من جنس ماله. فإن كان أنواعا متساوية القيم، جاز أن يخرج الزكاة من أحدها، كما تخرج من أحد نوعي الغنم. وإن كانت مختلفة القيم أخذ من كل نوع ما يخصه. وإن أخرج من أوسطها ما يفي بقدر الواجب وقيمته، جاز. وإن أخرج الفرض من أجودها بقدر الواجب، جاز، وله ثواب الزيادة. وإن أخرجه بالقيمة، مثل أن يخرج عن نصف دينار ثلث دينار جيد، لم يجز؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نص على نصف دينار، فلم يجز النقص منه.

وإن أخرج من الأدنى، وزاد في المخرج ما يفي بقيمة الواجب، مثل أن يخرج عن دينار دينارا ونصفا يفي بقيمته، جاز. وكذلك لو أخرج عن الصحاح مكسرة، وزاد بقدر ما بينهما من الفضل، جاز؛ لأنه أدى الواجب عليه قيمة وقدرا. وإن أخرج عن كثير القيمة قليل القيمة، فكذلك. فإن أخرج بهرجا عن الجيد، وزاد بقدر ما يساوي قيمة الجيد، فقال أبو الخطاب: يجوز. وقال القاضي: يلزمه إخراج جيد، ولا يرجع فيما أخرجه من المعيب؛ لأنه أخرج معيبا في حق الله تعالى، فأشبه ما لو أخرج مريضة عن صحاح.

وبهذا قال الشافعي، إلا أن أصحابه قالوا: له الرجوع فيما أخرج من المعيب، في أحد الوجهين. وقال أبو حنيفة: يجوز إخراج الرديئة عن الجيدة، والمكسورة عن الصحيحة، من غير جبران؛ لأن الجودة إذا لاقت جنسها فيما فيه الربا لا قيمة لها. **ولنا**، أن الجودة متقومة، بدليل ما لو أتلف جيدا، لم يجزئه أن يدفع عنه رديئا، ولأنه إذا لم يجبره بما يتم به قيمة الواجب عليه، دخل في عموم قوله تعالى: ﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾ [البقرة: ٢٦٧] .

ولأنه أخرج رديئا عن جيد بقدره، فلم يجز، كما في الماشية، ولأن المستحق معلوم القدر والصفة، فلم يجز النقص في الصفة، كما لا يجوز في القدر. وأما الربا فلا يجري هاهنا؛ لأن المخرج حق الله تعالى، ولا ربا بين العبد وسيده، ولأن المساواة في المعيار الشرعي إنما اعتبرت في المعاوضات، والقصد من الزكاة المواساة، وإغناء الفقير، وشكر نعمة الله تعالى، فلا يدخل الربا فيها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٧

فإن قيل: فلو أخرج في الماشية رديئتين عن جيدة، أو أخرج قفيزين رديئين عن قفيز جيد، لم يجز، فلم أجزتم أن يخرج عن الصحيح أكثر منه مكسرا؟ قلنا: يجوز ذلك إذا لم يكن في إخراجه عيب سوى نقص القيمة، وإن سلمناه، فالفرق بينهما أن القصد من الأثمان القيمة لا غير، فإذا تساوى الواجب والمخرج في القيمة والقدر، جاز، وسائر الأموال يقصد الانتفاع بعينها، فلا يلزم من التساوي في الأمرين الإجزاء؛ لجواز أن يفوت بعض المقصود.." (١)

"[فصل يعتبر في النصاب في الحلي الذي تجب فيه الزكاة]

(١٨٨٩) فصل: ويعتبر في النصاب في الحلي الذي تجب فيه الزكاة بالوزن، فلو ملك حليا قيمته مائتا درهم، ووزنه دون المائتين، لم يكن عليه زكاة. وإن بلغ مائتين وزنا، ففيه الزكاة، وإن نقص في القيمة؛ لقوله عليه السلام: «ليس فيما دون خمس أواق من الورق صدقة.» .

اللهم إلا أن يكون الحلي للتجارة فيقوم، فإذا بلغت قيمته بالذهب والفضة نصابا، ففيه الزكاة؛ لأن الزكاة متعلقة بالقيمة، وما لم يكن للتجارة فالزكاة في عينه، فيعتبر أن يبلغ بقيمته ووزنه نصابا، وهو مخير بين إخراج ربع عشر حليه مشاعا، أو دفع ما يساوي ربع عشرها من جنسها، وإن زاد في الوزن على ربع العشر؛ لما بينا أن الربا لا يجري هاهنا. ولو أراد كسرها ودفع ربع عشرها لم يكن منه؛ لأنه ينقص قيمتها.

وهذا مذهب الشافعي وقال مالك الاعتبار بالوزن، وإذا كان وزن الحلي عشرين وقيمته ثلاثون، فعليه نصف مثقال، لا تزيد قيمته شيئا؛ لأنه نصاب من جنس الأثمان، فتعلقت الزكاة بوزنه، لا بصفته، كالدراهم المضروبة. **ولنا**، أن الصناعة صارت صفة للنصاب لها قيمة مقصودة، فوجب اعتبارها كالجودة في سائر أموال الزكاة. ودليلهم نقول به، وأن الزكاة تتعلق بوزنه وصفته جميعا، كالجيد من الذهب والفضة، والمواشي، والحبوب، والثمار، فإنه لا يجزئه إخراج رديء عن جيد، كذلك هاهنا.

وإن أراد إخراج الفضة عن حلي الذهب، أو الذهب عن الفضة، أخرج على الوجهين، كما قدمنا في إخراج أحد النقدين عن الآخر. وذكر ابن عقيل أن الاعتبار في قدر النصاب أيضا بالقيمة، فلو ملك حليا وزنه تسعة عشر، وقيمته عشرون لأجل الصناعة، ففيه الزكاة، وظاهر كلام أحمد اعتبار الوزن، وهو ظاهر نصه، لقوله: «ليس فيما دون خمس أواق صدقة» . ولأنه مال تجب الزكاة في عينه، فلا تعتبر قيمة الدنانير المضروبة، لأن زيادة القيمة بالصناعة كزيادتها بنفاسة جوهره، فكما لا تجب الزيادة فيما كان نفيس الجوهر، كذلك الآخر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠

[فصل كان في الحلي جوهر ولآلئ مرصعة]

(١٨٩٠) فصل: فإن كان في الحلي جوهر ولآلئ مرصعة، فالزكاة في الحلي من الذهب والفضة دون الجوهر، لأنها لا زكاة فيها عند أحد من أهل العلم. فإن كان الحلي للتجارة، قومه بما فيه من الجواهر؛ لأن الجواهر لو كانت مفردة وهي للتجارة، لقومت وزكيت، فكذلك إذا كانت في حلي التجارة.

[فصل إذا اتخذت المرأة حليا ليس لها اتخاذه]

(١٨٩١) فصل: وإذا اتخذت المرأة حليا ليس لها اتخاذه، كما إذا اتخذت حلية الرجال كحلية السيف والمنطقة، فهو محرم، وعليها الزكاة، كما لو اتخذ الرجل حلي المرأة.." [١]

"**ولنا**، أن ما حرم استعماله حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالملاهي، ويستوي في ذلك الرجال، والنساء؛ لأن المعنى المقتضي للتحريم يعمها، وهو الإفضاء إلى السرف والخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، فيستويان في التحريم، وإنما أحل للنساء التحلي لحاجتهن إليه للتزين للأزواج، وليس هذا بموجود في الآنية، فيبقى على التحريم.

إذا ثبت هذا، فإن فيها الزكاة، بغير خلاف بين أهل العلم، ولا زكاة فيها حتى تبلغ نصابا بالوزن، أو يكون عنده ما يبلغ نصابا بضمها إليه. وإن زادت قيمته لصناعته، فلا عبرة بها؛ لأنها محرمة فلا قيمة لها في الشرع، وله أن يخرج عنها قدر ربع عشرها بقيمته غير مصوغ. وإن أحب كسرها، أخرج ربع عشرها مكسورا، وإن أخرج ربع عشرها مصوغا، جاز؛ لأن الصناعة لم تنقصها عن قيمة المكسور.

وذكر أبو الخطاب وجها في اعتبار قيمتها. والأول أصح، إن شاء الله تعالى.

[فصل كل ما كان اتخاذه محرما من الأثمان لم تسقط زكاته باتخاذه]

(١٨٩٥) فصل: وكل ما كان اتخاذه محرما من الأثمان، لم تسقط زكاته باتخاذه؛ لأن الأصل وجوب الزكاة فيها، لكونها مخلوقة للتجارة، والتوسل بها إلى غيرها، ولم يوجد ما يمنع ذلك، فبقيت على أصلها.

قال أحمد: ما كان على سرج أو لجام، ففيه الزكاة. ونص على حلية الثفر والركاب واللجام، أنه محرم. وقال، في رواية الأثرم: أكره رأس المكحلة فضة. ثم قال: وهذا شيء تأولته. وعلى قياس ما ذكره، حلية

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٤

الدواة، والمقلمة، والسرج، ونحوه مما على الدابة. ولو موه سقفه بذهب أو فضة، فهو محرم، وفيه الزكاة. وقال أصحاب الرأي: يباح؛ لأنه تابع للمباح، فيتبعه في الإباحة. **ولنا**، أن هذا إسراف، ويفضي فعله إلى الخيلاء، وكسر قلوب الفقراء، فحرم، كاتخاذ الآنية، وقد نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن التختم بخاتم الذهب للرجل، فتمويه السقف أولى.

وإن صار التمويه الذي في السقف مستهلكا لا يجتمع منه شيء، لم تحرم استدامته؛ لأنه لا فائدة في إتلافه وإزالته، ولا زكاة فيه؛ لأن ماليته ذهبت وإن لم تذهب ماليته، ولم يكن مستهلكا، حرمت استدامته. وقد بلغنا أن عمر بن عبد العزيز لما ولي، أراد جمع ما في مسجد دمشق مما موه به من الذهب، فقيل له: إنه لا يجتمع منه شيء. فتركه. ولا يجوز تحلية المصاحف ولا المحاريب، ولا اتخاذ قناديل من الذهب والفضة؛ لأنها بمنزلة الآنية.

وإن وقفها على مسجد أو نحوه لم يصح؛ لأنه ليس ببر ولا معروف، ويكون ذلك بمنزلة الصدقة، فيكسر ويصرف في مصلحة المسجد وعمارته. وكذلك إن حبس الرجل فرسا له لجام مفضض. وقد قال أحمد: في الرجل يقف فرسا في سبيل الله، ومعه لجام مفضض: فهو على ما وقفه، وإن بيعت الفضة من السرج واللجام وجعلت في وقف مثله فهو أحب إلي؛ لأن الفضة لا ينتفع بها، ولعله يشتري بذلك سرجا ولجاما، فيكون أنفع للمسلمين. قيل: فتباع الفضة،." (١)

"وأبي ثور. واستحسنه أبو يوسف. وذلك لأن الكنز لا يملك بملك الدار، على ما ذكرنا في القسم الذي قبله، فيكون لمن وجده، لكن إن ادعاه المالك. فالقول قوله؛ لأن يده عليه بكونها على محله. وإن لم يدعه، فهو لواجده. وقال الشافعي: هو لمالك الدار إن اعترف به، وإن لم يعترف به، فهو لأول مالك، لأنه في يده.

ويخرج لنا مثل ذلك، لما ذكرناه من الرواية في القسم الذي قبله. وإن استأجر حفارا ليحفر له طلبا لكنز يجده، فوجده، فلا شيء للأجير، ويكون الواجد له هو المستأجر؛ لأنه استأجره لذلك، فأشبه ما لو استأجره ليحتش له أو يصطاد، فإن الحاصل من ذلك للمستأجر دون الأجير. وإن استأجره لأمر غير طلب الركاز، فالواجد له هو الأجير. وهكذا قال الأوزاعي: إذا استأجرت أجيرا ليحفر لي في داري، فوجد كنزا، فهو له. وإن قلت: استأجرتك لتحفر لي هاهنا. رجاء أن أجد كنزا، فسميت له، فله أجره، ولي ما يوجد.

(١٩٠١) فصل: وإن اكترى دارا، فوجد فيها ركازا، فهو لواجده، في أحد الوجهين، والآخر هو للمالك،

---

(١) المغني ل ا بن قدامة ٤٧/٣

بناء على الروايتين، في من وجد ركازا في ملك انتقل إليه، وإن اختلفا، فقال كل واحد منهما: هذا لي. فعلى وجهين: أحدهما، القول قول المالك؛ لأن الدفن تابع للأرض. والثاني، القول قول المكتري؛ لأن هذا مودع في الأرض، وليس منها، فكان القول قول من يده عليها، كالقماش. القسم الرابع، أن يجده في أرض الحرب، فإن لم يقدر عليه إلا بجماعة من المسلمين، فهو غنيمة لهم، وإن قدر عليه بنفسه، فهو لواجده، حكمه حكم ما لو وجده في موات في أرض المسلمين.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: إن عرف مالك الأرض، وكان حربيا، فهو غنيمة أيضا؛ لأنه في حرز مالك معين؛ فأشبه ما لو أخذه من بيت أو خزانة. **ولنا**، أنه ليس لموضعه مالك محترم، أشبه ما لو لم يعرف مالكه. ويخرج لنا مثل قولهم، بناء على ق**ولنا** إن الركاز في دار الإسلام يكون لمالك ال أرض.

[الفصل الثالث صفة الركاز الذي فيه الخمس]

(١٩٠٢) الفصل الثالث، في صفة الركاز الذي فيه الخمس، وهو كل ما كان مالا على اختلاف أنواعه، من الذهب والفضة والحديد والرصاص والصفر والنحاس والآنية وغير ذلك. وهو قول إسحاق، وأبي عبيد، وابن المنذر، وأصحاب الرأي، وإحدى الروايتين عن مالك، وأحد قولي الشافعي، والقول الآخر: لا تجب إلا في الأثمان. **ولنا**، عموم قوله – عليه السلام –: «وفي الركاز الخمس» . ولأنه مال مظهور عليه من مال الكفار،." (١)

"فوجب فيه الخمس مع اختلاف أنواعه، كالغنيمة.

إذا ثبت هذا فإن الخمس يجب في قليله وكثيره، في قول إمامنا، ومالك، وإسحاق وأصحاب الرأي، والشافعي في القديم. وقال في الجديد: يعتبر النصاب فيه؛ لأنه حق مال يجب فيما استخرج من الأرض، فاعتبر فيه النصاب، كالمعدن والزرع. **ولنا**، عموم الحديث، ولأنه مال مخموس، فلا يعتبر له نصاب، كالغنيمة، ولأنه مال كافر مظهور عليه في الإسلام، فأشبه الغنيمة، والمعدن والزرع يحتاج إلى عمل ونوائب، فاعتبر فيه النصاب تخفيفا، بخلاف الركاز، ولأن الواجب فيهما مواساة، فاعتبر النصاب ليبلغ حدا يحتمل المواساة منه، بخلاف مسألتنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٠

[الفصل الرابع القدر الواجب في الركاز ومصرفه]

(١٩٠٣) الفصل الرابع، في قدر الواجب في الركاز، ومصرفه، أما قدره فهو الخمس؛ لما قدمناه من الحديث والإجماع، وأما مصرفه فاختلفت الرواية عن أحمد فيه، مع ما فيه من اختلاف أهل العلم. فقال الخرقي: هو لأهل الصدقات. ونص عليه أحمد، في رواية حنبل، فقال: يعطي الخمس من الركاز على مكانه، وإن تصدق به على المساكين أجزأه.

وهذا قول الشافعي؛ لأن علي بن أبي طالب، أمر صاحب الكنز أن يتصدق به على المساكين. حكاه الإمام أحمد، وقال: حدثنا سعيد، حدثنا سفيان، عن عبد الله بن بشر الخثعمي، عن رجل من قومه يقال له: ابن حممة، قال: سقطت علي جرة من دير قديم بالكوفة، عند جبانة بشر، فيها أربعة آلاف درهم، فذهبت بها إلى علي - رضي الله عنه - فقال: اقسمها خمسة أخماس. فقسمتها، فأخذ علي منها خمسا، وأعطاني أربعة أخماس، فلما أدبرت دعاني، فقال: في جيرانك فقراء ومساكين؟ قلت: نعم. قال: فخذها فاقسمها بينهم.

ولأنه مستفاد من الأرض، أشبه المعدن والزرع. والرواية الثانية، مصرفه مصرف الفيء. نقله محمد بن الحكم، عن أحمد. وهذه الرواية أصح، وأقيس على مذهبه. وبه قال أبو حنيفة، والمزني لما روى أبو عبيد، عن هشيم عن مجالد عن الشعبي، أن رجلا وجد ألف دينار مدفونة خارجا من المدينة، فأتى بهما عمر بن الخطاب، فأخذ منها الخمس مائتي دينار، ودفع إلى الرجل بقيتها، وجعل عمر يقسم المائتين بين من حضره من المسلمين، إلى أن فضل منها فضلة، فقال: أين صاحب الدنانير؟ فقام إليه، فقال عمر: خذ هذه الدنانير فهي لك. ولو كانت زكاة خص بها أهلها، ولم يرده على واجده، ولأنه يجب على الذمي، والزكاة لا تجب عليه، ولأنه مال مخموس زالت عنه يد الكافر، أشبه خمس الغنيمة.

[الفصل الخامس في من يجب عليه الخمس في زكاة الركاز]

(١٩٠٤) الفصل الخامس، في من يجب عليه الخمس. وهو كل من وجده، من مسلم وذمي، وحر وعبد." (١)

"ومكاتب، وكبير وصغير، وعاقل ومجنون، إلا أن الواجد له إذا كان عبدا فهو لسيده؛ لأنه كسب مال، فأشبه الاحتشاش والاصطياد، وإن كان مكاتبا ملكه، وعليه خمسه؛ لأنه بمنزلة كسبه، وإن كان صبيا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥١

أو مجنونا فهو لهما، ويخرج عنهما وليهما. وهذا قول أكثر أهل العلم.
قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن على الذمي في الركاز يجده الخمس. قاله مالك، وأهل المدينة، والثوري، والأوزاعي، وأهل العراق، وأصحاب الرأي، وغيرهم.
وقال الشافعي: لا يجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة؛ لأنه زكاة. وحكي عنه في الصبي والمرأة أنهما لا يملكان الركاز. وقال الثوري، والأوزاعي، وأبو عبيد: إذا كان الواجد له عبدا، يرضخ له منه، ولا يعطاه كله. ولنا، عموم قوله عليه السلام: «وفي الركاز الخمس» . فإنه يدل بعمومه على وجوب الخمس في كل ركاز يوجد، وبمفهومه على أن باقيه لواجده من كان، ولأنه مال كافر مظهور عليه، فكان فيه الخمس على من وجده وباقيه لواجده، كالغنيمة، ولأنه اكتساب مال، فكان لمكتسبه إن كان حرا، أو لسيده إن كان عبدا، كالاحتشاش، والاصطياد. ويتخرج لنا أن لا يجب الخمس إلا على من تجب عليه الزكاة، بناء على قولنا إنه زكاة. والأول أصح. (١٩٠٥)
فصل: ويجوز أن يتولى الإنسان تفرقة الخمس بنفسه. وبه قال أصحاب الرأي، وابن المنذر، لأن عليا أمر واجد الكنز بتفرقته على المساكين. قاله الإمام أحمد. ولأنه أدى الحق إلى مستحقه، فبرئ منه، كما لو فرق الزكاة، أو أدى الدين إلى ربه. ويتخرج أن لا يجوز ذلك؛ لأن الصحيح أنه فيء، فلم يملك تفرقته بنفسه، كخمس الغنيمة. وبهذا قال أبو ثور.
قال: وإن فعل ضمنه الإمام. قال القاضي: وليس للإمام رد خمس الركاز؛ لأنه حق مال، فلم يجز رده على من وجب عليه، كالزكاة، وخمس الغنيمة.
وقال ابن عقيل: يجوز؛ لأنه روي عن عمر أنه رد بعضه على واجده، ولأنه فيء، فجاز رده أو رد بعضه على واجده، كخراج الأرض. وهذا قول أبي حنيفة.

[مسألة الكلام في المعدن يشتمل على فصول أربعة]
[الفصل الأول في صفة المعدن الذي يتعلق به وجوب الزكاة]
(١٩٠٦) مسألة: قال: (وإذا أخرج من المعادن من الذهب عشرين مثقالا، أو من الورق مائتي درهم، أو قيمة ذلك من الزئبق والرصاص والصفر أو غير ذلك مما يستخرج من الأرض، فعليه الزكاة من وقته) اشتقاق المعدن من عدن في المكان، يعدن: إذا أقام به. ومنه سميت جنة عدن، لأنها دار إقامة." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢/٣

"وخلود. قال أحمد: المعادن: هي التي تستنبط، ليس هو شيء دفن.
والكلام في هذه المسألة في فصول أربعة: (١٩٠٧) أحدها، في صفة المعدن الذي يتعلق به وجوب الزكاة. وهو كل ما خرج من الأرض، مما يخلق فيها من غيرها مما له قيمة، كالذي ذكره الخرقي ونحوه من الحديد، والياقوت، والزبرجد، والبلور، والعقيق، والسبج، والكحل، والزاج. والزرنيخ، والمغرة. وكذلك المعادن الجارية، كالقار، والنفط، والكبريت، ونحو ذلك.
وقال مالك، والشافعي: لا تتعلق الزكاة إلا بالذهب والفضة؛ لقول النبي: - صلى الله عليه وسلم - «لا زكاة في حجر.» ولأنه مال يقوم بالذهب والفضة مستفاد من الأرض، أشبه الطين الأحمر.
وقال أبو حنيفة، في إحدى الروايتين عنه: تتعلق الزكاة بكل ما ينطبع، كالرصاص والحديد والنحاس، دون غيره. **ولنا**، عموم قوله تعالى: ﴿ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾ [البقرة: ٢٦٧] ولأنه معدن، فتعلقت الزكاة بالخارج منه كالأثمان، ولأنه مال لو غنمه وجب عليه خمسه، فإذا أخرجه من معدن وجبت الزكاة كالذهب. وأما الطين فليس بمعدن؛ لأنه تراب. والمعدن: ما كان في الأرض من غير جنسها.

[الفصل الثاني في القدر الواجب من زكاة المعدن وصفته]
(١٩٠٨) الفصل الثاني، في قدر الواجب وصفته، وقدر الواجب فيه ربع العشر. وصفته أنه زكاة. وهذا قول عمر بن عبد العزيز، ومالك وقال أبو حنيفة: الواجب فيه الخمس، وهو فيء. واختاره أبو عبيد، وقال الشافعي: هو زكاة. واختلف قوله في قدره كالمذهبين. واحتج من أوجب الخمس بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ما لم يكن في طريق مأتي، ولا في قرية عامرة، ففيه وفي الركاز الخمس» . رواه النسائي، والجوزجاني، وغيرهما. وفي رواية: «ما كان في الخراب، ففيه وفي الركاز الخمس» .
وروى سعيد، والجوزجاني، بإسنادهما عن عبد الله بن سعيد المقبري، عن أبيه، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «الركاز هو الذهب الذي ينبت من الأرض» . وفي حديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «وفي الركاز الخمس، قيل: يا رسول الله، وما الركاز؟ قال: هو الذهب والفضة المخلوقان في الأرض يوم خلق الله السموات والأرض» . وهذا نص. وفي حديث عنه عليه السلام، أنه قال: «وفي السيوب الخمس» .
قال: والسيوب عروق الذهب والفضة التي تحت الأرض. ولأنه مال مظهور عليه في الإسلام، أشبه الركاز. **ولنا**، ما روى أبو عبيد، بإسناده عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن غير واحد من علمائهم، أن رسول الله

- صلى الله عليه وسلم - «أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القبلية في ناحية الفرع، قال: فتلك المعادن." (١)

"لا يؤخذ منها إلا الزكاة إلى اليوم» . وقد أسنده عبد الله بن كثير بن عوف، إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أبيه، عن جده. ورواه الدراوردي، عن ربيعة بن الحارث بن بلال بن الحارث المزني، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أخذ منه زكاة المعادن القبلية.» قال أبو عبيد: القبلية بلاد معروفة بالحجاز. ولأنه حق يحرم على أغنياء ذوي القربى، فكان زكاة، كالواجب في الأثمان التي كانت مملوكة له. وحديثهم الأول لا يتناول محل النزاع؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما ذكر ذلك في جواب سؤاله عن اللقطة، وهذا ليس بلقطة، ولا يتناول اسمها، فلا يكون متناولا لمحل النزاع.

والحديث الثاني يرويه عبد الله بن سعيد، وهو ضعيف. وسائر أحاديثهم لا يعرف صحتها، ولا هي مذكورة في المسانيد والدواوين. ثم هي متروكة الظاهر فإن هذا ليس هو المسمى بالركاز. والسيوب: هو الركاز، لأنه مشتق من السيب، وهو العطاء الجزيل.

[الفصل الثالث في نصاب المعادن]

(١٩٠٩) الفصل الثالث، في نصاب المعادن وهو ما يبلغ من الذهب عشرين مثقالا، ومن الفضة مائتي درهم، أو قيمة ذلك من غيرهما. وهذا مذهب الشافعي وأوجب أبو حنيفة الخمس في قليله وكثيره، من غير اعتبار نصاب، بناء على أنه ركاز؛ لعموم الأحاديث التي احتجوا بها عليه، ولأنه لا يعتبر له حول، فلم يعتبر له نصاب كالركاز. ولنا، عموم قوله - عليه السلام -: «ليس فيما دون خمس أواق صدقة» . وقوله: «ليس في تسعين ومائة شيء.» وقوله عليه السلام: «ليس عليكم في الذهب شيء، حتى يبلغ عشرين مثقالا» . وقد بينا أن هذا ليس بركاز، وأنه مفارق للركاز من حيث إن الركاز مال كافر أخذ في الإسلام، فأشبه الغنيمة. وهذا وجب مواساة وشكرا لنعمة الغنى، فاعتبر له النصاب كسائر الزكوات. وإنما لم يعتبر له الحول؛ لحصوله دفعة واحدة، فأشبه الزروع والثمار. إذا ثبت هذا فإنه يعتبر إخراج النصاب دفعة واحدة أو دفعات، لا يترك العمل بينهن ترك إهمال، فإن خرج دون النصاب، ثم ترك العمل مهملا له، ثم أخرج دون النصاب، فلا زكاة فيهما وإن بلغا بمجموعهما نصابا. وإن بلغ أحدهما نصابا دون الآخر، زكى النصاب، ولا زكاة في الآخر. وفيما زاد على النصاب بحسابه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٣

فأما ترك العمل ليلا، أو للاستراحة، أو لعذر من مرض، أو لإصلاح الأداة، أو إباق عبيده ونحوه، فلا يقطع حكم العمل، ويضم ما خرج في العملين بعضه إلى بعض في إكمال النصاب. وكذلك إن كان مشتغلا بالعمل، فخرج بين المعدنين تراب، لا شيء فيه. وإن اشتمل المعدن على أجناس، كمعدن فيه الذهب والفضة.

فذكر القاضي: أنه لا يضم أحدهما إلى الآخر في تكميل النصاب، وأنه يعتبر." (١)

"النصاب في الجنس بانفراده؛ لأنه أجناس، فلا يكمل نصاب أحدهما بالآخر، كغير المعدن. والصواب، إن شاء الله، أنه إن كان المعدن يشتمل على ذهب وفضة ففي ضم أحدهما إلى الآخر وجهان؛ بناء على الروايتين في ضم أحدهما إلى الآخر في غير المعدن، وإن كان فيه أجناس من غير الذهب والفضة، ضم بعضها إلى بعض، لأن الواجب في قيمتها، والقيمة واحدة، فأشبهت عروض التجارة.

وإن كان فيها أحد النقدين، وجنس آخر، ضم أحدهما إلى الآخر، كما تضم العروض إلى الأثمان. وإن استخرج نصابا من معدنين، وجبت الزكاة فيه؛ لأنه مال رجل واحد، فأشبه الزرع في مكانين.

[الفصل الرابع في وقت الوجوب لإخراج زكاة المعادن]

(١٩١٠) الفصل الرابع، في وقت الوجوب، وتجب الزكاة فيه حين يتناوله ويكمل نصابه، ولا يعتبر له حول. وهذا قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وقال إسحاق، وابن المنذر: لا شيء في المعدن حتى يحول عليه الحول؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» . **ولنا**، أنه مال مستفاد من الأرض، فلا يعتبر في وجوب حقه حول، كالزرع والثمار والركاز، ولأن الحول إنما يعتبر في غير هذا لتكميل النماء، وهو يتكامل نماؤه دفعة واحدة، فلا يعتبر له حول كالزروع، والخبر مخصوص بالزرع والثمر، فيخص محل النزاع بالقياس عليه. إذا ثبت هذا فلا يجوز إخراج زكاته إلا بعد سبكه، وتصفيته، كعشر الحب، فإن أخرج ربع عشر ترابه قبل تصفيته، وجب رده إن كان باقيا، أو قيمته إن كان تالفا.

والقول في قدر المقبوض قول الآخذ؛ لأنه غارم، فإن صفاه الآخذ، فكان قدر الزكاة، أجزأ، وإن زاد رد الزيادة، إلا أن يسمح له المخرج. وإن نقص فعلى المخرج. وما أنفقه الآخذ على تصفيته، فهو من ماله، لا يرجع به على المالك ولا يحتسب المالك ما أنفقه على المعدن في استخراجه من المعدن، ولا في تصفيته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٤

وقال أبو حنيفة: لا تلزمه المؤنة من حقه. وشبهه بالغنيمة، وبناه على أصله في أن هذا ركاز فيه الخمس. وقد مضى الكلام في ذلك. وقد ذكرنا أن الواجب في هذا زكاة، فلا يحتسب بمؤنة استخراجه فتصفيته كالحب، وإن كان ذلك دينا عليه احتسب به، كما يحتسب بما أنفق على الزرع.

[فصل لا زكاة في المستخرج من البحر كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ونحوه]

(١٩١١) فصل: ولا زكاة في المستخرج من البحر، كاللؤلؤ والمرجان والعنبر ونحوه، في ظاهر قول الخرقي، واختيار أبي بكر. وروي نحو ذلك عن ابن عباس. وبه قال عمر بن عبد العزيز، وعطاء، ومالك، والثوري، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، والشافعي، وأبو حنيفة، ومحمد، وأبو ثور، وأبو عبيد.

وعن أحمد، رواية أخرى، أن فيه الزكاة؛ لأنه خارج من معدن، فأشبه الخارج من معدن البر. ويحكى عن عمر بن عبد العزيز، أنه أخذ من العنبر الخمس. وهو قول الحسن، والزهري. وزاد الزهري في اللؤلؤ يخرج من البحر.." (١)

"[باب زكاة التجارة]

تجب الزكاة في قيمة عروض التجارة، في قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن في العروض التي يراد بها التجارة الزكاة، إذا حال عليها الحول.

روي ذلك عن عمر، وابنه، وابن عباس. وبه قال الفقهاء السبعة، والحسن، وجابر بن زيد، وميمون بن مهران، وطاوس، والنخعي، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأبو عبيد، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وحكي عن مالك، وداود، أنه لا زكاة فيها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق» . **ولنا**، ما روى أبو داود، بإسناده عن سمرة بن جندب، قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يأمرنا أن نخرج الزكاة مما نعده للبيع.» وروى الدارقطني، عن أبي ذر، قال سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «في الإبل صدقتها، وفي الغنم صدقتها، وفي البز صدقته» . قاله بالزاي، ولا خلاف أنها لا تجب في عينه، وثبت أنها تجب في قيمته. وعن أبي عمرو بن حماس، عن أبيه، قال: أمرني عمر، فقال: أد زكاة مالك. فقلت: ما لي مال إلا جعاب وأدم. فقال: قومها ثم أد زكاتها. رواه الإمام أحمد، وأبو عبيد.

وهذه قصة يشتهر مثلها ولم تنكر، فيكون إجماعا. وخبرهم المراد به زكاة العين، لا زكاة القيمة، بدليل ما

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٥

ذكرنا، على أن خبرهم عام وخبرنا خاص، فيجب تقديمه.

[مسألة العروض إذا كانت لتجارة]

(١٩١٥) مسألة: قال: والعروض إذا كانت لتجارة قومها إذا حال عليها الحول، وزكاها العروض: جمع عرض. وهو غير الأثمان من المال، على اختلاف أنواعه، من النبات والحيوان والعقار وسائر المال. فمن ملك عرضا للتجارة، فحال عليه حول، وهو نصاب، قومه في آخر الحول، فما بلغ أخرج زكاته، وهو ربع عشر قيمته. ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في اعتبار الحول.

وقد دل عليه قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول» . إذا ثبت هذا فإن الزكاة تجب فيه في كل حول. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي.

وقال مالك: لا يزكيه إلا لحول واحد، إلا أن يكون مدبرا؛ لأن الحول الثاني لم يكن المال عينا في أحد طرفيه، فلم تجب فيه الزكاة، كالحول الأول إذا لم يكن في أوله عينا. **ولنا**، أنه مال تجب الزكاة فيه في الحول الأول، لم ينقص عن النصاب، ولم تتبدل صفته، فوجبت زكاته في الحول الثاني، كما لو نقص في أوله. ولا نسلم أنه إذا لم يكن في أوله عينا لا تجب الزكاة فيه.." (١)

"وإذا اشترى عرضا للتجارة، بعرض للقنية، جرى في حول الزكاة من حين اشتراه.

[فصل يخرج الزكاة من قيمة العروض دون عينها]

(١٩١٦) فصل: ويخرج الزكاة من قيمة العروض دون عينها. وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في آخر: هو مخير بين الإخراج من قيمتها، وبين الإخراج من عينها. وهذا قول أبي حنيفة. لأنها مال تجب فيه الزكاة، فجاز إخراجها من عينه، كسائر الأموال. **ولنا** أن النصاب معتبر بالقيمة؛ فكانت الزكاة منها كالعين في سائر الأموال، ولا نسلم أن الزكاة تجب في المال، وإنما وجبت في قيمته.

[فصل لا يصير العرض للتجارة إلا بشرطين]

فصل: ولا يصير العرض للتجارة إلا بشرطين؛ أحدهما أن يملكه بفعله، كالبيع، والنكاح، والخلع، وقبول

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٨/٣

الهبة، والوصية، والغنيمة، واكتساب المباحات؛ لأن ما لا يثبت له حكم الزكاة بدخوله في ملكه لا يثبت بمجرد النية، كالصوم. ولا فرق بين أن يملكه بعوض أو بغير عوض. ذكر ذلك أبو الخطاب، وابن عقيل؛ لأنه ملكه بفعله، أشبه الموروث. والثاني، أن ينوي عند تملكه أنه للتجارة فإن لم ينو عند تملكه أنه للتجارة لم يصر للتجارة وإن نواه بعد ذلك. وإن ملكه بإرث، وقصد أنه للتجارة، لم يصر للتجارة لأن الأصل القنية، والتجارة عارض، فلم يصر إليها بمجرد النية، كما لو نوى الحاضر السفر، لم يثبت له حكم السفر بدون الفعل.

وعن أحمد، رواية أخرى، أن العرض يصير للتجارة بمجرد النية؛ «لقول سمرة: أمرنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نخرج الصدقة مما نعد للبيع.» ، فعلى هذا لا يعتبر أن يملكه بفعله، ولا أن يكون في مقابلة عوض، بل متى نوى به التجارة صار للتجارة.

[مسألة لا يعتبر الحول ولا ينعقد الحول حتى يبلغ المال نصابا]

(١٩١٨) مسألة: قال: (ومن كانت له سلعة للتجارة، ولا يملك غيرها، وقيمتها دون مائتي درهم، فلا زكاة عليه حتى يحول عليه الحول، من يوم ساوت مائتي درهم) وجملة ذلك أنه يعتبر الحول في وجوب الزكاة في مال التجارة، ولا ينعقد الحول حتى يبلغ نصابا، فلو ملك سلعة قيمتها دون النصاب، فمضى نصف الحول وهي كذلك، ثم زادت قيمة النماء بها أو تغيرت الأسعار فبلغت نصابا، أو باعها بنصاب، أو ملك في أثناء الحول عرضا آخر، أو أثمانا تم بها النصاب، ابتدأ الحول من حينئذ فلا يحتسب بما مضى. وهذا قول الثوري، وأهل العراق، والشافعي، وإسحاق، وأبي عبيد، وأبي ثور، وابن المنذر، ولو ملك للتجارة نصابا، فنقص عن النصاب في أثناء الحول، ثم زاد حتى بلغ نصابا، استأنف الحول عليه، لكونه انقطع بنقصه في أثنائه.

وقال مالك: ينعقد الحول على ما دون النصاب، فإذا كان في آخره نصابا زكاه. وقال أبو حنيفة: يعتبر في طرفي الحول دون وسطه؛." (١)

"لأن التقويم يسبق في جميع الحول، فعفي عنه إلا في آخره، فصار الاعتبار به، ولأنه يحتاج إلى أن تعرف قيمته في كل وقت، ليعلم أن قيمته فيه تبلغ نصابا وذلك يشق. **ولنا**، أنه مال يعتبر له الحول والنصاب، فوجب اعتبار كمال النصاب في جميع الحول كسائر الأموال التي يعتبر لها ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٩/٣

وقولهم: يشق التقويم لا يصح. فإن غير المقارب للنصاب لا يحتاج إلى تقويم، لظهور معرفته، والمقارب للنصاب إن سهل عليه التقويم، وإلا فله الأداء. والأخذ بالاحتياط، كالمستفاد في أثناء الحول إن سهل عليه ضبط مواقيت التملك، وإلا فله تعجيل زكاته مع الأصل.

[فصل ملك نصبا للتجارة في أوقات متفرقة]

(١٩١٩) فصل: وإذا ملك نصبا للتجارة في أوقات متفرقة، لم يضم بعضها إلى بعض؛ لما بينا من أن المستفاد لا يضم إلى ما عنده في الحول. وإن كان العرض الأول ليس بنصاب وكمل بالثاني نصابا، فحولهما من حين ملك الثاني، ونماؤهما تابع لهما، ولا يضم الثالث إليهما، بل ابتداء الحول من حين ملكه وتجب فيه الزكاة وإن كان دون النصاب؛ لأن قبله نصابا، ولهذا يخرج عنه بالحصة، ونماؤه تابع له

[مسألة حال الحول على العروض وقيمتها بالفضة نصاب ولا تبلغ نصابا بالذهب]

(١٩٢٠) مسألة: قال: وتقوم السلع إذا حال الحول بالأحظ للمساكين، من عين أو ورق، ولا يعتبر ما اشتريت به يعني إذا حال الحول على العروض وقيمتها بالفضة نصاب، ولا تبلغ نصابا بالذهب قومناها بالفضة؛ ليحصل للفقراء منها حظ، ولو كانت قيمتها بالفضة دون النصاب وبالذهب تبلغ نصابا، قومناها بالذهب؛ لتجب الزكاة فيها. ولا فرق بين أن يكون اشتراؤها بذهب أو فضة أو عروض. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: تقوم بما اشتراه من ذهب أو فضة؛ لأن نصاب العروض مبني على ما اشتراه به، فيجب أن تجب الزكاة فيه، وتعتبر به كما لو لم يشتر به شيئا. ولنا أن قيمته بلغت نصابا فتجب الزكاة فيه، كما لو اشتراه بعرض وفي البلد نقدان مستعملان، تبلغ قيمة العروض بأحدهما نصابا، ولأن تقويمه لحظ المساكين، فيعتبر ما لهم فيه الحظ كالأصل.

وأما إذا لم يشتر بالنقد شيئا، فإن الزكاة في عينه، لا في قيمته، بخلاف العرض، إلا أن يكون النقد معدا للتجارة، فينبغي أن تجب الزكاة فيه إذا بلغت قيمته بالنقد الآخر نصابا، وإن لم تبلغ بعينه نصابا؛ لأنه مال تجارة بلغت قيمته نصابا، فوجبت زكاته كالعروض، فأما إذا بلغت قيمة العروض نصابا بكل واحد من الثمنين، قومه بما شاء منهما، وأخرج ربع عشر قيمته من أي النقدين شاء، لكن الأولى أن يخرج من النقد المستعمل في البلد، لأنه أحظ للمساكين، وإن كانا مستعملين أخرج من الغالب في الاستعمال لذلك، فإن

تساويا أخرج من أيهما شاء. وإذا باع العروض بنقد، وحال الحول عليه، قوم النقد دون العروض؛ لأنه إنما يقوم ما حال عليه الحول دون غيره.." [١]

"[فصل اشترى عرضا للتجارة بنصاب من الأثمان أو بما قيمته نصاب من عروض التجارة]

(١٩٢١) فصل: وإذا اشترى عرضا للتجارة، بنصاب من الأثمان، أو بما قيمته نصاب من عروض التجارة، بنى حول الثاني على الحول الأول؛ لأن مال التجارة إنما تتعلق الزكاة بقيمته، وقيمته هي: الأثمان نفسها، وكما إذا كانت ظاهرة فخفيت، فأشبه ما لو كان له نصاب فأقرضه، لم ينقطع حوله بذلك. وهكذا الحكم إذا باع العرض بنصاب أو بعرض قيمته نصاب؛ لأن القيمة كانت خفية، فظهرت، أو بقيت على خفائها، فأشبه ما لو كان له قرض فاستوفاه، أو أقرضه إنسانا آخر، ولأن النماء في الغالب في التجارة إنما يحصل بالتقليب، ولو كان ذلك يقطع الحول لكان السبب الذي وجبت فيه الزكاة لأجله يمنعها؛ لأن الزكاة لا تجب إلا في مال نام. وإن قصد بالأثمان غير التجارة لم ينقطع الحول أيضا.

وقال الشافعي: ينقطع قولا واحدا؛ لأنه مال تجب الزكاة في عينه دون قيمته، فانقطع الحول بالبيع به، كالسائمة. ولنا، أنه من جنس القيمة التي تتعلق الزكاة بها، فلم ينقطع الحول ببيعها به، كما لو قصد به التجارة، وفارق السائمة، فإنها من غير جنس القيمة، فأما إن أبدل عرض التجارة بما تجب الزكاة في عينه كالسائمة، ولم ينو به التجارة، لم يبن حول أحدهما على الآخر؛ لأنهما مختلفان. وإن أبدله بعرض للقنية، بطل الحول.

وإن اشترى عرض التجارة بعرض القنية، انعقد عليه الحول من حين ملكه إن كان نصابا؛ لأنه اشتراه بما لا زكاة فيه، فلم يمكن بناء الحول عليه. وإن اشتراه بنصاب من السائمة، لم يبن على حوله؛ لأنهما مختلفان. وإن اشتراه بما دون النصاب من الأثمان، أو من عروض التجارة، انعقد عليه الحول من حين تصير قيمته نصابا؛ لأن مضي الحول على نصاب كامل شرط لوجوب الزكاة.

[فصل اشترى للتجارة نصابا من السائمة]

فصل: وإذا اشترى للتجارة نصابا من السائمة، فحال الحول، والسوم ونية التجارة موجودان، زكاه زكاة التجارة. وبهذا قال أبو حنيفة، والثوري. وقال مالك، والشافعي في الجديد: يزكيها زكاة السوم؛ لأنها أقوى، لانعقاد الإجماع عليها، واختصاصها بالعين، فكانت أولى. ولنا، أن زكاة التجارة أحظ للمساكين؛ لأنها

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٦٠

تجب فيما زاد بالحساب، ولأن الزائد عن النصاب قد وجد سبب وجوب زكاته، فيجب كما لو لم يبلغ بالسوم نصابا، وإن سبق وقت وجوب زكاة السوم وقت وجوب زكاة التجارة، مثل أن يملك أربعين من الغنم قيمتها دون مائتي درهم، ثم صارت قيمتها في نصف الحول مائتي درهم، فقال القاضي: يتأخر وجوب الزكاة حتى يتم حول التجارة؛ لأنه أنفع للفقراء، وإلا يفضي التأخير إلى سقوطها؛ لأن الزكاة تجب فيها إذا تم حول التجارة.

ويحتمل أن تجب زكاة العين عند تمام حولها؛ لوجود مقتضيها من غير معارض. فإذا تم حول التجارة، وجبت زكاة." (١)

"الزائد عن النصاب؛ لوجود مقتضيها، لأن هذا مال للتجارة، حال الحول عليه وهو نصاب، ولا يمكن إيجاب الزكاتين بكمالهما؛ لأنه يفضي إلى إيجاب زكاتين في حول واحد، بسبب واحد، فلم يجز ذلك؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا تثني في الصدقة» . وفارق هذا زكاة التجارة، وزكاة الفطر، فإنهما يجتمعان لأنهما بسببين، فإن زكاة الفطر، تجب عن بدن الإنسان المسلم طهرة له، وزكاة التجارة تجب عن قيمته شكرا لنعمة الغنى ومواساة للفقراء.

فأما إن وجد نصاب السوم دون نصاب التجارة، مثل أن يملك ثلاثين من البقر، قيمتها مائة وخمسون درهما، وحال الحول عليها كذلك، فإن زكاة العين تجب بغير خلاف؛ لأنه لم يوجد لها معارض، فوجبت، كما لو لم تكن للتجارة.

[فصل اشترى نخلا أو أرضا للتجارة فزرعت الأرض وأثمرت النخل فاتفق حولاهما]

(١٩٢٣) فصل: وإن اشترى نخلا أو أرضا للتجارة، فزرعت الأرض وأثمرت النخل، فاتفق حولاهما، بأن يكون بدو الصلاح في الثمرة واشتداد الحب عند تمام الحول، وكانت قيمة الأرض والنخل بمفردها نصابا للتجارة، فإنه يزكي الثمرة والحب زكاة العشر، ويزكي الجميع زكاة القيمة. وهذا قول أبي حنيفة، وأبي ثور.

وقال القاضي وأصحابه: يزكي الجميع زكاة القيمة. وذكر أن أحمد أومأ إليه؛ لأنه مال تجارة، فتجب فيه زكاة التجارة، كالسائمة. **ولنا**، أن زكاة العشر أحظ للفقراء، فإن العشر أحظ من ربع العشر، فيجب تقديم ما فيه الحظ، ولأن الزيادة على ربع العشر قد وجد سبب وجوبها فتجب، وفارق السائمة المعدة للتجارة، فإن زكاة السوم أقل من زكاة التجارة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٦١

[مسألة إذا نوى بعرض التجارة القنية]

(١٩٢٤) مسألة: قال: وإذا اشتراها للتجارة، ثم نواها للاقتناء، ثم نواها للتجارة، فلا زكاة فيها حتى يبيعها، ويستقبل بثمنها حولا. لا يختلف المذهب في أنه إذا نوى بعرض التجارة القنية، أنه يصير للقنية، وتسقط الزكاة منه. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي.

وقال مالك في إحدى الروايتين عنه: لا يسقط حكم التجارة بمجرد النية، كما لو نوى بالسائمة العلف.

ولنا، أن القنية الأصل، ويكفي في الرد إلى الأصل مجرد النية، كما لو نوى بالحلي التجارة، أو نوى المسافر الإقامة، ولأن نية التجارة شرط لوجوب الزكاة في العروض، فإذا نوى القنية زالت نية التجارة، ففات شرط الوجوب، وفارق السائمة إذا نوى علفها، لأن الشرط فيها الإسامة دون نيتها، فلا ينتفي الوجوب إلا بانتفاء السوم.

وإذا صار العرض للقنية بنيتها، فنوى به التجارة، لم يصر للتجارة بمجرد النية، على ما أسلفناه. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، والثوري وذهب ابن عقيل، وأبو بكر،." (١)

"على حول النصاب، واستأنف لها حولا، لقوله عليه السلام: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول.» ولأنها فائدة تامة لم تتولد مما عنده، فلم يبن على حوله، كما لو استفاد من غير الربح. وإن اشترى سلعة بنصاب، فزادت قيمتها عند رأس الحول، فإنه يضم الفائدة، ويزكي عن الجميع، بخلاف ما إذا باع السلعة قبل الحول بأكثر من نصاب، فإنه يزكي عند رأس الحول عن النصاب، ويستأنف للزيادة حولا.

ولنا، أنه نماء جار في الحول، تابع لأصله في الملك، فكان مضموما إليه في الحول، كالنتاج، وكما لو لم ينض، ولأنه ثمن عرض تجب زكاة بعضه، ويضم إلى ذلك البعض قبل البيع، فيضم إليه بعده كبعض النصاب، ولأنه لو بقي عرضا زكى جميع القيمة، فإذا نض كان أولى؛ لأنه يصير متحققا، ولأن هذا الربح كان تابعا للأصل في الحول، كما لو لم ينض، فبنضه لا يتغير حوله. والحديث فيه مقال، وهو مخصوص بالنتاج، وبما لم ينض، فنقيس عليه.

[فصل اشترى للتجارة ما ليس بنصاب فنما حتى صار نصابا]

(١٩٢٧) فصل: وإن اشترى للتجارة ما ليس بنصاب، فنما حتى صار نصابا، انعقد عليه الحول من حين

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٦٢

صار نصابا. في قول أكثر أهل العلم. وقال مالك: إذا كانت له خمسة دنانير، فاتجر فيها، فحال عليها الحول وقد بلغت ما تجب فيه الزكاة، يزكيها. **ولنا**، أنه لم يحل الحول على نصاب، فلم تجب فيه الزكاة، كما لو نقص في آخره.

[فصل اشترى للتجارة شقصا بألف فحال عليه الحول وهو يساوي ألفين]

(١٩٢٨) فصل: وإذا اشترى للتجارة شقصا بألف، فحال عليه الحول وهو يساوي ألفين، فعليه زكاة ألفين، فإن جاء الشفيع أخذه بألف، لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن لا بالقيمة، والزكاة على المشتري؛ لأنها وجبت وهو في ملكه. ولو لم يأخذه الشفيع، لكن وجد به عيبا فرده، فإنه يأخذ من البائع ألفا. ولو انعكست المسألة، فاشتراه بألفين، وحال الحول وقيمته ألف، فعليه زكاة ألف، ويأخذه الشفيع إن أخذه، ويرده بالعيب بألفين؛ لأنهما الثمن الذي وقع البيع به.

(١٩٢٩) فصل: وإن دفع إلى رجل ألفا مضاربة، على أن الربح بينهما نصفان، فحال الحول وقد صار ثلاثة آلاف، فعلى رب المال زكاة ألفين؛ لأن ربح التجارة حوله حول أصله.

وقال الشافعي في أحد قوليه: عليه." (١)

"[باب زكاة الدين والصدقة]

الصدقة: هي الصداق، وجمعها صدقات، قال الله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ [النساء: ٤] . وهي من جملة الديون، وحكمها حكمها وإنما أفردها بالذكر لاشتهارها باسم خاص. (١٩٣١) مسألة: قال: وإذا كان معه مائتا درهم، وعليه دين، فلا زكاة عليه وجملة ذلك أن الدين يمنع وجوب الزكاة في الأموال الباطنة، رواية واحدة. وهي الأثمان، وعروض التجارة.

وبه قال عطاء، وسليمان بن يسار، وميمون بن مهران، والحسن، والنخعي، والليث، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وقال ربيعة، وحماد بن أبي سليمان، والشافعي في جديد قوليه: لا يمنع الزكاة؛ لأنه حر مسلم ملك نصابا حولا، فوجبت عليه الزكاة، كمن لا دين عليه. **ولنا** ما روى أبو عبيد في " الأموال ": حدثنا إبراهيم بن سعد، عن ابن شهاب، عن السائب بن يزيد، قال: سمعت عثمان بن عفان يقول: هذا شهر زكاتكم، فمن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٦٤

كان عليه دين فليؤده، حتى تخرجوا زكاة أموالكم. وفي رواية: فمن كان عليه دين فليقض دينه، وليزك بقية ماله. .

قال ذلك بمحضر من الصحابة، فلم ينكروه، فدل على اتفاقهم عليه. وروى أصحاب مالك، عن عمير بن عمران، عن شجاع، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا كان لرجل ألف درهم، وعليه ألف درهم، فلا زكاة عليه» . وهذا نص.

ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائكم، فأردها في فقرائكم.» فدل على أنها إنما تجب على الأغنياء ولا تدفع إلا إلى الفقراء، وهذا ممن يحل له أخذ الزكاة، فيكون فقيرا، فلا تجب عليه الزكاة؛ لأنها لا تجب إلا على الأغنياء، للخبر، ولقوله - عليه السلام -: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى» . ويخالف من لا دين له عليه، فإنه غني يملك نصابا، يحقق هذا أن الزكاة إنما وجبت مواساة للفقراء، وشكرا لنعمة الغنى، والمدين محتاج إلى قضاء دينه كحاجة الفقير أو أشد، وليس من الحكمة تعطيل حاجة المالك لحاجة غيره، ولا حصل له من الغنى ما يقتضي الشكر بالإخراج، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول.»

[فصل زكاة الدين في الأموال الظاهرة]

(١٩٣٢) فصل: فأما الأموال الظاهرة وهي السائمة، والحبوب، والثمار، فروي عن أحمد، أن الدين يمنع الزكاة." (١)

"إلا أنه لا يلزمه إخراجها حتى يقبضه، فيؤدي لما مضى، روي ذلك عن علي. - رضي الله عنه - وبهذا قال الثوري وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وقال عثمان وابن عمر - رضي الله عنهما - وجابر وطاوس والنخعي وجابر بن زيد والحسن، وميمون بن مهران والزهري وقتادة وحماد بن أبي سليمان والشافعي وإسحاق وأبو عبيد عليه إخراج الزكاة في الحال، وإن لم يقبضه؛ لأنه قادر على أخذه والتصرف فيه، فلزمه إخراج زكاته، كالوديعة.

وقال عكرمة ليس في الدين زكاة. وروي ذلك عن عائشة وابن عمر - رضي الله عنهم -؛ لأنه غير نام، فلم تجب زكاته، كعروض القنية. وروي عن سعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح وعطاء الخراساني وأبي الزناد: يزكيه إذا قبضه لسنة واحدة. **ولنا**، أنه دين ثابت في الذمة، فلم يلزمه الإخراج قبل قبضه، كما لو كان على

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٧/٣

معسر، ولأن الزكاة تجب على طريق المواساة، وليس من المواساة أن يخرج زكاة مال لا ينتفع به.

وأما الوديعة، فهي بمنزلة ما في يده؛ لأن المستودع نائب عنه في حفظه، ويده كيده، وإنما يزكيه لما مضى؛ لأنه مملوك له يقدر على الانتفاع به، فلزمته زكاته، كسائر أمواله. الضرب الثاني، أن يكون على معسر، أو جاحد، أو مماطل به. فهذا هل تجب فيه الزكاة؟ على روايتين؛ إحداهما، لا تجب، وهو قول قتادة، وإسحاق، وأبي ثور، وأهل العراق؛ لأنه غير مقدور على الانتفاع به، أشبه مال المكاتب.

والرواية الثانية، يزكيه إذا قبضه لما مضى. وهو قول الثوري وأبي عبيد، لما روي عن علي – رضي الله عنه – في الدين المظنون، قال: إن كان صادقا، فليزكه إذا قبضه لما مضى. وروي نحوه عن ابن عباس. رواهما أبو عبيد ولأنه مملوك يجوز التصرف فيه، فوجبت زكاته لما مضى، كالدين على المليء.

وللشافعي قولان كالروايتين، وعن عمر بن عبد العزيز، والحسن، والليث، والأوزاعي، ومالك يزكيه إذا قبضه لعام واحد. **ولنا**، أن هذا المال في جميع الأحوال على حال واحد، فوجب أن يتساوى في وجوب الزكاة أو سقوطها، كسائر الأموال، ولا فرق بين كون الغريم يجحده في الظاهر دون الباطن، أو فيهما. (١٩٣٨)

فصل: وظاهر كلام أحمد، أنه لا فرق بين الحال والمؤجل؛ لأن البراءة تصح من المؤجل، ولولا أنه مملوك لم تصح البراءة منه، لكن يكون في حكم الدين على المعسر، لأنه لا يمكن قبضه في الحال.." [١]

"قوله: إذا غصب مالا. أي إذا غصب الرجل مالا، فالمفعول الأول المرفوع مستتر في الفعل، والمال هو المفعول الثاني، فكذلك نصيبه، وفي بعض النسخ: وإذا غصب ماله. وكلاهما صحيح، والحكم في المغصوب والمسروق والمجحود والضال واحد، وفي جميعه روايتان؛ إحداهما، لا زكاة فيه.

نقلها الأثرم، والميموني. ومتى عاد صار كالمستفاد، يستقبل به حولا. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي في قديم قوليه؛ لأنه مال خرج عن يده وتصرفه، وصار ممنوعا منه، فلم يلزمه زكاته، كمال المكاتب. والثانية، عليه زكاته؛ لأن ملكه عليه تام، فلزمته زكاته، كما لو نسي عند من أودعه، أو كما لو أسر، أو حبس، وحيل بينه وبين ماله، وعلى كلتا الروايتين لا يلزمه إخراج زكاته قبل قبضه.

وقال مالك: إذا قبضه زكاه لحول واحد؛ لأنه كان في ابتداء الحول في يده، ثم حصل بعد ذلك في يده، فوجب أن لا تسقط الزكاة عن حول واحد. وليس هذا بصحيح؛ لأن المانع من وجوب الزكاة إذا وجد في بعض الحول، يمنع، كنقص النصاب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧١/٣

[فصل كان المغصوب سائمة معلوفة عند صاحبها وغاصبها]

(١٩٤٣) فصل: وإن كان المغصوب سائمة، معلوفة عند صاحبها وغاصبها، فلا زكاة فيها؛ لفقدان الشرط. وإن كانت سائمة عندهما ففيها الزكاة، على الرواية التي تقول بوجوبها في المغصوب. وإن كانت معلوفة عند صاحبها، سائمة عند غاصبها، ففيها وجهان؛ أحدهما، لا زكاة عليه؛ لأن صاحبها لم يرض بإسامتها، فلم تجب عليه الزكاة بفعل الغاصب كما لو رعت من غير أن يسيمها.

والثاني، عليه الزكاة لأن السوم يوجب الزكاة من المالك فأوجبها من الغاصب كما لو كانت سائمة عندهما، وكما لو غصب بذرا فزرعه وجب العشر فيما خرج منه وإن كانت سائمة عند مالكها معلوفة عند غاصبها فلا زكاة فيها؛ لفقدان الشرط، وقال القاضي فيه وجه آخر أن الزكاة تجب فيها لأن العلف محرم فلم يؤثر في الزكاة كما لو غصب أثمانا فصاغها حليا لم تسقط الزكاة عنها بصياغته.

قال أبو الحسن الآمدي: هذا هو الصحيح؛ لأن العلف إنما أسقط الزكاة لما فيه من المؤنة وها هنا لا مؤنة عليه **ولنا**: أن السوم شرط لوجوب الزكاة ولم يوجد فلم تجب الزكاة، كنقص النصاب والملك وقوله: إن العلف محرم. غير صحيح وإنما المحرم الغصب وإنما العلف تصرف منه في ماله بإطعامها إياه، ولا تحريم فيه، ولهذا لو علفها عند مالكها لم يحرم عليه وما ذكره الآمدي من خفة المؤنة غير صحيح فإن الخفة لا تعتبر بنفسها، وإنما تعتبر بمظنها، وهي السوم ثم يبطل ما ذكراه بما." (١)

"الخرقي وجوب الزكاة فيه، ولا فرق بين ما قبل الدخول أو بعده؛ لأنه دين في الذمة، فهو كثمن مبيعها، فإن سقط نصفه بطلاقها قبل الدخول، وأخذت النصف، فعليها زكاة ما قبضته، دون ما لم تقبضه؛ لأنه دين لم تتعوض عنه، ولم تقبضه، فأشبه ما تعذر قبضه لفلس أو جحد.

وكذلك لو سقط كل الصداق قبل قبضه، لانفساخ النكاح بأمر من جهتها، فليس عليها زكاته لما ذكرنا وكذلك القول في كل دين يسقط قبل قبضه من غير إسقاط صاحبه، أو يئس صاحبه من استيفائه والمال الضال إذا يئس منه، فلا زكاة على صاحبه؛ فإن الزكاة مواساة، فلا تلزم المواساة إلا مما حصل له. وإن كان الصداق نصابا، فحال عليه الحول ثم سقط نصفه، وقبضت النصف، فعليها زكاة النصف المقبوض؛ لأن الزكاة وجبت فيه، ثم سقطت من نصفه لمعنى اختص به، فاختص السقوط به.

وإن مضى عليه حول قبل قبضه، ثم قبضته كله، زكته لذلك الحول. وإن مضت عليه أحوال قبل قبضه، ثم قبضته، زكته لما مضى كله، ما لم ينقص عن النصاب. وقال أبو حنيفة: لا تجب عليها الزكاة ما لم تقبضه؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٣/٣

لأنه بدل عما ليس بمال، فلا تجب الزكاة فيه قبل قبضه، كدين الكتابة. **ولنا**، أنه دين يستحق قبضه، ويجبر المدين على أدائه فوجبت فيه الزكاة كثمن المبيع. ويفارق دين الكتابة فإنه لا يستحق قبضه، وللمكاتب الامتناع من أدائه، ولا يصح قياسهم عليه، فإنه عوض عن مال.

[فصل قبضت صداقها قبل الدخول ومضى عليه حول فزكته ثم طلقها الزوج قبل الدخول]

(١٩٤٩) فصل فإن قبضت صداقها قبل الدخول، ومضى عليه حول، فزكته، ثم طلقها الزوج قبل الدخول، رجع فيها بنصفه، وكانت الزكاة من النصف الباقي لها. وقال الشافعي في أحد أقواله: يرجع الزوج بنصف الموجود ونصف قيمة المخرج؛ لأنه لو تلف الكل رجع عليها بنصف قيمته، فكذلك إذا تلف البعض. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] .

ولأنه يمكنه الرجوع في العين، فلم يكن له الرجوع إلى القيمة، كما لو لم يتلف منه شيء. ويخرج على هذا ما لو تلف كله فإنه ما أمكنه الرجوع في العين. وإن طلقها بعد الحول وقبل الإخراج، لم يكن له الإخراج من النصاب؛ لأن حق الزوج تعلق به على وجه الشركة، والزكاة لم تتعلق به على وجه الشركة، لكن تخرج الزكاة من غيره، أو يقسمانه، ثم تخرج الزكاة من حصتها. فإن طلقها قبل الحول ملك النصف مشاعا، وكان حكم ذلك كما لو باع نصفه قبل الحول مشاعا، وقد بينا حكمه.." (١)

"[فصل كان الصداق دينا فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول]

(١٩٥٠) فصل: فإن كان الصداق دينا، فأبرأت الزوج منه بعد مضي الحول، ففيه روايتان؛ إحداهما، عليها الزكاة؛ لأنها تصرفت فيه، فأشبه ما لو قبضته والرواية الثانية، زكاته على الزوج؛ لأنه ملك ما ملك عليه، فكأنه لم يزل ملكه عنه. والأول أصح، وما ذكرنا لهذه الرواية لا يصح؛ لأن الزوج لم يملك شيئا، وإنما سقط الدين عنه، ثم لو ملك في الحال لم يقتض هذا وجوب زكاة ما مضى.

ويحتمل أن لا تجب الزكاة على واحد منهما؛ لما ذكرنا في الزوج، والمرأة لم تقبض الدين، فلم تلزمها زكاته، كما لو سقط بغير إسقاطها، وهذا إذا كان الدين مما تجب فيه الزكاة إذا قبضته، فأما إن كان مما لا زكاة فيه، فلا زكاة عليها بحال. وكل دين على إنسان أبرأه صاحبه منه بعد مضي الحول عليه فحكمه حكم الصداق فيما ذكرنا قال أحمد: إذا وهبت المرأة مهرها لزوجها، وقد مضى له عشر سنين، فإن زكاته على المرأة؛ لأن المال كان لها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٦/٣

وإذا وهب رجل لرجل مالا، فحال الحول، ثم ارتجعه الواهب، فليس له أن يرتجعه، فإن ارتجعه فالزكاة على الذي كان عنده. وقال في رجل باع شريكه نصيبه من داره، فلم يعطه شيئا، فلما كان بعد سنة، قال: ليس عندي دراهم فأقلني، فأقاله، قال: عليه أن يزكي؛ لأنه قد ملكه حولا.

[مسألة زكاة الماشية إذا بيعت بالخيار]

(١٩٥١) مسألة: قال والماشية إذا بيعت بالخيار، فلم ينقض الخيار حتى ردت، استقبل بها البائع حولا، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري، لأنه تجديد ملك ظاهر المذهب، أن البيع بشرط الخيار ينقل الملك إلى المشتري عقيبه، ولا يقف على انقضاء الخيار، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما. وعن أحمد، أنه لا ينتقل حتى ينقضي الخيار. وهو قول مالك.

وقال أبو حنيفة: لا ينتقل إن كان للبائع، وإن كان للمشتري خرج عن البائع، ولم يدخل في ملك المشتري. وعن الشافعي ثلاثة أقوال قولان كالروايتين، وقول ثالث، أنه مراعى، فإن فسخاه تبينا أنه لم ينتقل، وإن أمضياه تبينا أنه انتقل. **ولنا**، أنه بيع صحيح فنقل الملك عقيبه، كما لو لم يشترط الخيار.

وإن كان المال زكائيا انقطع الحول ببيعه، لزوال ملكه عنه، فإن استرده أو رد عليه استأنف حولا؛ لأنه ملك متجدد حدث بعد زواله، فوجب أن يستأنف له حولا كما لو كان البيع مطلقا من غير خيار. وهكذا الحكم لو فسخا البيع في مدة المجلس بخياره؛ لا يمنع نقل الملك أيضا، فهو كخيار الشرط. ولو مضى الحول في مدة الخيار،." (١)

"على كل حر وعبد، والذكر والأنثى، والصغير والكبير، من المسلمين» يقتضي وجوبها على اليتيم، ولأنه مسلم فوجبت فطرته كما لو كان له أب (١٩٥٣) فصل ولا تجب على كافر حرا كان أو عبدا. ولا نعلم بينهم خلافا في الحر البالغ وقال إمامنا، ومالك، والشافعي، وأبو ثور: لا تجب على العبد أيضا، ولا على الصغير.

ويروى عن عمر بن عبد العزيز، وعطاء، ومجاهد، وسعيد بن جبير، والنخعي، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي، أن على السيد المسلم أن يخرج الفطرة عن عبده الذمي وقال. أبو حنيفة: يخرج عن ابنه الصغير إذا ارتد. وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «أدوا عن كل حر وعبد، صغير أو كبير، يهودي أو نصراني أو مجوسي، نصف صاع من بر» . ولأن كل زكاة وجبت بسبب عبده المسلم، وجبت بسبب عبده

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٧/٣

الكافر، كزكاة التجارة **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث ابن عمر: «من المسلمين» وروى أبو داود، عن ابن عباس، قال «فرض رسول الله – صلى الله عليه وسلم – زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث، وطعمة للمساكين، من أداها قبل الصلاة، فهي زكاة مقبولة، ومن أداها بعد الصلاة، فهي صدقة من الصدقات» . إسناده حسن وحديثهم لا نعرفه، ولم يذكره أصحاب الدواوين وجامعو السنن.

وهذا قول ابن عباس يخالفه، وهو راوي حديثهم. وزكاة التجارة تجب عن القيمة، ولذلك تجب في سائر الحيوانات وسائر الأموال، وهذه طهرة للبدن، ولهذا اختص بها الآدميون، بخلاف زكاة التجارة

[فصل لا صدقة على الذمي في عبده المسلم]

(١٩٥٤) فصل: فإن كان لكافر عبد مسلم، وهل هلال شوال وهو في ملكه فحكي عن أحمد أن على الكافر إخراج صدقة الفطر عنه. واختاره القاضي. وقال ابن عقيل: يحتمل أن لا تجب. وهذا قول أكثرهم. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن لا صدقة على الذمي في عبده المسلم؛ لقوله عليه السلام: «من المسلمين» ولأنه كافر فلا تجب عليه الفطرة كسائر الكفار، ولأن الفطرة زكاة فلا تجب على الكافر، كزكاة المال. **ولنا**، أن العبد من أهل الطهرة، فوجب أن تؤدى عنه الفطرة، كما لو كان سيده مسلما، وقوله: «من المسلمين» يحتمل أن يراد به المؤدى عنه، بدليل أنه لو كان للمسلم عبد كافر لم يجب فطرته، ولأنه ذكر في الحديث كل عبد وصغير، وهذا يدل على أنه أراد المؤدى عنه، لا المؤدي، ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان كالمذهبين.." (١)

"[مسألة مقدار زكاة الفطر]

(١٩٥٥) مسألة: قال: صاعا بصاع النبي – صلى الله عليه وسلم –، وهو خمسة أرطال وثلث وجملته أن الواجب في صدقة الفطر صاع عن كل إنسان، لا يجزئ أقل من ذلك من جميع أجناس المخرج. وبه قال مالك، والشافعي، وإسحاق وروي ذلك عن أبي سعيد الخدري، والحسن، وأبي العالية، وروي عن عثمان بن عفان، وابن الزبير، ومعاوية، أنه يجزئ نصف صاع من البر خاصة. وهو مذهب سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، وعمر بن عبد العزيز، وعروة بن الزبير، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، وسعيد بن جبير، وأصحاب الرأي. واختلفت الرواية عن علي، وابن عباس، والشعبي، فروي صاع، وروي نصف صاع. وعن أبي حنيفة في الزبيب روايتان؛ إحداهما، صاع، والأخرى نصف صاع. واحتجوا بما روى ثعلبة بن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٨٠

صعير، عن أبيه، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «صاع من قمح بين كل اثنين.» رواه أبو داود. وعن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - بعث مناديا في فجاج مكة: ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم، ذكر أو أنثى، حر أو عبد صغير أو كبير، مدان من قمح أو سواها صاعا من طعام» . قال الترمذي: هذا حديث صحيح حسن غريب.

وقال سعيد حدثنا هشيم، عن عبد الخالق الشيباني، قال سمعت سعيد بن المسيب يقول: «كانت الصدقة تدفع على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبي بكر نصف صاع بر.» وقال هشيم: أخبرني سفيان بن حسين، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، قال «خطب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم ذكر صدقة الفطر، فحض عليها وقال: نصف صاع من بر، أو صاع من تمر أو شعير عن كل حر وعبد، ذكر وأنثى» **ولنا**: ما روى أبو سعيد الخدري، قال: «كنا نخرج زكاة الفطر إذ كان فينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر، أو صاعا من زبيب، أو صاعا من أقط فلم نزل نخرجه حتى قدم معاوية، المدينة، فتكلم فكان مما كلم الناس: أني لأرى، مدين من سمراء الشام تعدل صاعا من تمر. فأخذ الناس بذلك.» قال أبو سعيد: فلا أزال أخرجه كما كنت أخرجه

وروى ابن عمر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - فرض صدقة الفطر، صاعا من تمر أو صاعا من شعير، قال فعدل الناس إلى نصف صاع، من بر.» متفق عليهما، ولأنه جنس يخرج في صدقة الفطر، فكان قدره صاعا كسائر الأجناس. وأحاديثهم لا تثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم -. قاله ابن المنذر وحديث ثعلبة تفرد به النعمان بن راشد. قال البخاري: هو يهم كثيرا، وهو صدوق في الأصل. وقال مهنا:." (١)

"رأيت مدا ذكر لنا أنه مد النبي - صلى الله عليه وسلم - فقدر المد الدمشقي به، فكان المد الدمشقي قريبا من خمسة أمداد

[مسألة زكاة الفطر من غالب قوت البلد]

(١٩٥٧) مسألة: قال: من كل حبة وثمرة تقتات يعني عند عدم الأجناس المنصوص عليها، يجزئه كل مقتات من الحبوب والثمار. وظاهر هذا أنه لا يجزئه المقتات من غيرها، كاللحم واللبن.

وقال أبو بكر يعطي ما قام مقام الأجناس المنصوص عليها عند عدمها. وقال ابن حامد: يجزئه عند عدمها الإخراج مما يقتاته، كالذرة والدخن، ولحوم الحيتان والأنعام، ولا يردون إلى أقرب قوت الأمصار

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٨١

[مسألة وجوب صدقة الفطر على أهل البادية صاعا]

(١٩٥٨) مسألة: قال وإن أعطى أهل البادية الأقط صاعا، أجزأ إذا كان قوتهم، أكثر أهل العلم يوجبون صدقة الفطر على أهل البادية. روي ذلك عن ابن الزبير، وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن، ومالك، والشافعي، وابن المنذر، وأصحاب الرأي.

وقال عطاء، والزهري، وربيعة: لا صدقة عليهم. ولنا، عموم الحديث، ولأنها زكاة، فوجبت عليهم كزكاة المال، ولأنهم مسلمون، فيجب عليهم صدقة الفطر كغيرهم. إذا ثبت هذا، فإنه يجزئ أهل البادية إخراج الأقط إذا كان قوتهم. وكذلك من لم يجد من الأصناف المنصوص عليها سواه.

فأما من وجد سواه فهل يجزئ؟ على روايتين: إحداهما، يجزئه أيضا؛ لحديث أبي سعيد الذي ذكرناه، وفي بعض ألفاظه قال «فرض رسول الله – صلى الله عليه وسلم – صدقة الفطر صاعا من طعام، أو صاعا من شعير، أو صاعا من تمر أو صاعا من أقط.» أخرجه النسائي. والثانية، لا يجزئه؛ لأنه جنس لا تجب الزكاة فيه، فلا يجزئ إخراجه لمن يقدر على غيره من الأجناس المنصوص عليها كاللحم. ويحمل الحديث على من هو قوت له، أو لم يقدر على غيره، فإن قدر على غيره مع كونه قوتا له، فظاهر كلام الخرقي جواز إخراجه.

وإن قدر على غيره سواء كان من أهل البادية أو لم يكن؛ لأن الحديث لم يفرق. وقول أبي سعيد: كنا نخرج صاعا من أقط، وهم من أهل الأمصار، وإنما خص أهل البادية بالذكر؛ لأن الغالب أنه لا يقتاته غيرهم.

وقال أبو الخطاب: لا يجزئ إخراج الأقط مع القدرة على ما سواه في إحدى الروايتين. وظاهر الحديث يدل على خلافه. وذكر القاضي أنه إذا عدم الأقط، وقلنا له إخراجه، جاز إخراج اللبن؛ لأنه أكمل من الأقط، لأنه يجيء منه الأقط وغيره. وحكاه أبو ثور، عن الشافعي.

وقال الحسن: إن لم يكن بر ولا شعير أخرج صاعا من لبن.." (١)

"وظاهر قول الخرقي يقتضي أنه لا يجزئ اللبن بحال؛ لقوله: من كل حبة أو ثمرة تقتات. وقد حملنا ذلك على حالة العدم. ولا يصح ما ذكروه؛ لأنه لو كان أكمل من الأقط، لجاز إخراجه مع وجوده، ولأن الأقط أكمل من اللبن من وجه؛ لأنه بلغ حالة الادخار وهو جامد، بخلاف اللبن، لكن يكون حكم اللبن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٨٣

حكم اللحم، يجزئ إخراجه عند عدم الأصناف المنصوص عليها على قول ابن حامد، ومن وافقه. وكذلك الجبن وما أشبهه

[مسألة إخراج التمر في صدقة الفطر]

مسألة: قال: واختيار أبي عبد الله إخراج التمر. وبهذا قال مالك. قال ابن المنذر: واستحب مالك إخراج العجوة منه. واختار الشافعي، وأبو عبيد إخراج البر.

وقال بعض أصحاب الشافعي: يحتمل أن يكون الشافعي قال ذلك؛ لأن البر كان أغلى في وقته ومكانه لأن المستحب أن يخرج أغلاها ثمنا وأنفسها، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - وقد سئل عن أفضل الرقاب، فقال: «أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها» وإنما اختار أحمد إخراج التمر اقتداء بأصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - واتباعا له. وروى بإسناده، عن أبي مجلز، قال: قلت لابن عمر: «إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال إن الله قد أوسع، والبر أفضل من التمر» قال: إن أصحابي سلكوا طريقا، وأنا أحب أن أسلكه. وظاهر هذا أن جماعة الصحابة كانوا يخرجون التمر فأحب ابن عمر موافقتهم، وسلوك طريقتهم، وأحب أحمد، أيضا الاقتداء بهم واتباعهم.

وروى البخاري، عن ابن عمر، أنه قال: «فرض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صدقة الفطر، صاعا من تمر أو صاعا من شعير، فعدل الناس به صاعا من بر.» فكان ابن عمر يخرج التمر، فأعوز أهل المدينة من التمر، فأعطى شعيرا. ولأن التمر فيه قوة وحلاوة وهو أقرب تناولا وأقل كلفة، فكان أولى (١٩٦٠)

فصل: والأفضل بعد التمر البر.

وقال بعض أصحابنا: الأفضل بعده الزبيب؛ لأنه أقرب تناولا وأقل كلفة فأشبه التمر. **ولنا**، أن البر أنفع في الاقتيات، وأبلغ في دفع حاجة الفقير. وكذلك قال أبو مجلز لابن عمر: البر أفضل من التمر. يعني أنفع وأكثر قيمة. ولم ينكره ابن عمر وإنما عدل عنه اتباعا لأصحابه، وسلوكا لطريقتهم. ولهذا عدل نصف صاع منه بصاع من غيره.

وقال معاوية: إني لأرى مدين من سمراء الشام يعدل صاعا من التمر. فأخذ الناس به، وتفضيل التمر إنما كان لاتباع الصحابة." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٨٤

"أو صاعا من دقيق أو صاعا من أقط، أو صاعا من سلت.» قال: ثم شك فيه سفيان بعد، فقال «دقيق أو سلت» . رواهما النسائي.

[فصل إخراج الدقيق في صدقة الفطر]

(١٩٦٣) فصل: ويجوز إخراج الدقيق. نص عليه أحمد وكذلك السويق، قال أحمد: وقد روي عن ابن سيرين سويق أو دقيق. وقال مالك، والشافعي: لا يجزئ إخراجهما؛ لحديث ابن عمر؛ ولأن منافعه نقصت فهو كالخبز. **ولنا**: حديث أبي سعيد، وقوله فيه: «أو صاعا من دقيق» ولأن الدقيق والسويق أجزاء الحب بحتا يمكن كيله وادخاره، فجاز إخراجه، كما قبل الطحن، وذلك لأن الطحن إنما فرق أجزاءه، وكفى الفقير مؤنته، فأشبه ما لو نزع نوى التمر ثم أخرجه.

ويفارق الخبز والهريسة والكبولا؛ لأن مع أجزاء الحب فيها من غيره، وقد خرج عن حال الادخار والكيل، والمأمور به صاع، وهو مكيل، وحديث ابن عمر لم يقتض ما ذكروه، ولم يعملوا به.

[فصل إخراج الخبز في صدقة الفطر]

(١٩٦٤) فصل: ولا يجوز إخراج الخبز؛ لأنه خرج عن الكيل والادخار. ولا الهريسة والكبولا وأشباههما؛ لذلك، ولا الخل ولا الدبس؛ لأنهما ليسا قوتا، ولا يجوز أن يخرج حبا معيبا، كالمسوس والمبلول، ولا قديما تغير طعمه، لقول الله تعالى ﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾ [البقرة: ٢٦٧] ، فإن كان القديم لم يتغير طعمه، إلا أن الحديث أكثر قيمة منه، جاز إخراجه؛ لعدم العيب فيه، والأفضل إخراج الأجود.

قال أحمد: كان ابن سيرين يحب أن ينقي الطعام، وهو أحب إلي ليكون على الكمال، ويسلم مما يخالطه من غيره فإن كان المخالط له يأخذ حظا من المكيال، وكان كثيرا بحيث يعد عيبا فيه، لم يجزئه، وإن لم يكثر، جاز إخراجه إذا زاد على الصاع قدرا يزيد على ما فيه من غيره، حتى يكون المخرج صاعا كاملا

[فصل إخراج صدقة الفطر من أي الأصناف المنصوص عليها]

(١٩٦٥) فصل: ومن أي الأصناف المنصوص عليها أخرج جاز وإن لم يكن قوتا له، وق ا ل مالك: يخرج." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٦/٣

"من غالب قوت البلد وذكرنا قول الشافعي. **ولنا**: أن خبر الصدقة ورد بحرف التخيير بين هذه الأصناف، فوجب التخيير فيه، ولأنه عدل إلى منصوص عليه، فجاز، كما لو عدل إلى الأعلى، والغنى يحصل بدفع قوت من الأجناس، ويدل على ما ذكرنا أنه خير بين التمر والزبيب والأقط، قوتا لأهل المدينة، فدل على أنه لا يعتبر أن يكون قوتا للمخرج.

[مسألة لا تجزئ القيمة في صدقة الفطر]

(١٩٦٦) مسألة: قال: (ومن أعطى القيمة، لم تجزئه) قال أبو داود قيل لأحمد وأنا أسمع: أعطي دراهم - يعني في صدقة الفطر - قال: أخاف أن لا يجزئه خلاف سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. وقال أبو طالب، قال لي أحمد لا يعطي قيمته، قيل له: قوم يقولون، عمر بن عبد العزيز كان يأخذ بالقيمة، قال يدعون قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ويقولون قال فلان، قال ابن عمر: فرض رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. وقال الله تعالى: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول﴾ [النساء: ٥٩] . وقال قوم يردون السنن: قال فلان، قال فلان. وظاهر مذهبه أنه لا يجزئه إخراج القيمة في شيء من الزكوات. وبه قال مالك، والشافعي وقال الثوري، وأبو حنيفة: يجوز. وقد روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز، والحسن، وقد روي عن أحمد مثل قولهم، فيما عدا الفطرة.

وقال أبو داود: سئل أحمد، عن رجل باع ثمرة نخله. قال: عشره على الذي باعه. قيل له: فيخرج ثمرا، أو ثمنه؟ قال: إن شاء أخرج ثمرا، وإن شاء أخرج من الثمن. وهذا دليل على جواز إخراج القيم. ووجهه قول معاذ لأهل اليمن: ائتوني بخميص أو لبيس آخذه منكم، فإنه أيسر عليكم، وأنفع للمهاجرين بالمدينة. وقال سعيد: حدثنا سفيان عن عمرو، وعن طاوس، قال لما قدم معاذ اليمن، قال: ائتوني بعرض ثياب آخذه منكم مكان الذرة والشعير، فإنه أهون عليكم وخير للمهاجرين، بالمدينة.

قال: وحدثنا جرير، عن ليث، عن عطاء، قال كان عمر بن الخطاب يأخذ العروض في الصدقة من الدراهم. ولأن المقصود دفع الحاجة، ولا يختلف ذلك بعد اتحاد قدر المالية باختلاف صور الأموال **ولنا**، قول ابن عمر: «فرض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صدقة الفطر صاعا من تمر، وصاعا من شعير» فإذا عدل عن ذلك فقد ترك المفروض.

وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «في أربعين شاة شاة وفي مائتي درهم خمسة دراهم» . وهو وارد بيانا لمجمل قوله تعالى: ﴿وآتوا الزكاة﴾ [البقرة: ٤٣] فتكون." (١)

"أثم ولزمه القضاء. وحكي عن ابن سيرين، والنخعي، الرخصة في تأخيرها عن يوم العيد وروى محمد بن يحيى الكحال، قال: قلت لأبي عبد الله: فإن أخرج الزكاة، ولم يعطها. قال: نعم، إذا أعدها لقوم. وحكاه ابن المنذر عن أحمد، واتباع السنة أولى.

[فصل وقت وجوب زكاة الفطر]

(١٩٦٨) فصل: فأما وقت الوجوب فهو وقت غروب الشمس من آخر يوم من رمضان، فإنها تجب بغروب الشمس من آخر شهر رمضان. فمن تزوج أو ملك عبدا، أو ولد له ولد أو أسلم قبل غروب الشمس، فعليه الفطرة.

وإن كان بعد الغروب، لم تلزمه. ولو كان حين الوجوب معسرا، ثم أيسر في ليلته تلك أو في يومه، لم يجب عليه شيء ولو كان في وقت الوجوب موسرا، ثم أعسر، لم تسقط عنه اعتبارا بحالة الوجوب. ومن مات بعد غروب الشمس ليلة الفطر، فعليه صدقة الفطر. نص عليه أحمد. وبما ذكرنا في وقت الوجوب قال الثوري، وإسحاق، ومالك، في إحدى الروايتين عنه، والشافعي، في أحد قوليه.

وقال الليث، وأبو ثور، وأصحاب الرأي: تجب بطلوع الفجر يوم العيد. وهو رواية عن مالك؛ لأنها قربة تتعلق بالعيد، فلم يتقدم وجوبها يوم العيد وهو رواية عن مالك كالأضحية. **ولنا** قول ابن عباس: «إن النبي – صلى الله عليه وسلم – فرض زكاة الفطر طهرة للصائم من اللغو والرفث» . ولأنها تضاف إلى الفطر، فكانت واجبة به، كزكاة المال، وذلك لأن الإضافة دليل الاختصاص، والسبب أخص بحكمه من غيره، والأضحية لا تعلق لها بطلوع الفجر ولا هي واجبة ولا تشبه ما نحن فيه.

فعلى هذا إذا غربت الشمس، والعبد المبيع في مدة الخيار، أو وهب له عبد فقبله ولم يقبضه، أو اشتراه ولم يقبضه، فالفطرة على المشتري والمتهب؛ لأن الملك له، والفطرة على المالك. ولو أوصى له بعبد ومات الموصي قبل غروب الشمس، فلم يقبل الموصى له حتى غابت، فالفطرة عليه، في أحد الوجهين، والآخر على ورثة الموصي، بناء على الوجهين في الموصى به هل ينتقل بالموت أو من حين القبول؟ ولو مات الموصى له قبل الرد وقبل القبول، فقبل ورثته، وقلنا بصحة قبولهم، فهل تكون فطرته على ورثة الموصي، أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٧/٣

في تركة الموصى له؟ وجهين؛ وقال القاضي: فطرته في تركة الموصى له؛ لأننا حكمنا بانتقال الملك من حين القبول. ولو مات قبل الرد وقبل القبول، فإن كان موته بعد هلال شوال، ففطرة العبد في تركته؛ لأن الورثة إنما قبلوه له.

وإن كان موته قبل هلال شوال، ففطرته على الورثة. ولو أوصى لرجل برقبة عبد، ولآخر بمنفعته، فقبلا، كانت الفطرة على مالك الرقبة؛ لأن الفطرة تجب بالرقبة لا بالمنفعة ولهذا تجب على من لا نفع فيه. ويحتمل أن يكون حكمها حكم نفقته، وفيها ثلاثة أوجه؛ أحدها، أنها على مالك نفعه. والثاني: على مالك رقبته. والثالث: في كسبه.

[مسألة تقديم الفطرة قبل العيد بيومين]

(١٩٦٩) مسألة: قال وإن قدمها قبل ذلك بيوم أو يومين، أجزأه." [١]

"وجملته أنه يجوز تقديم الفطرة قبل العيد بيومين، لا يجوز أكثر من ذلك. وقال ابن عمر: كانوا يعطونها قبل الفطر بيوم أو يومين وقال بعض أصحابنا: يجوز تعجيلها من بعد نصف الشهر، كما يجوز تعجيل أذان الفجر والدفع من مزدلفة بعد نصف الليل.

وقال أبو حنيفة: ويجوز تعجيلها من أول الحول؛ لأنها زكاة فأشبهت زكاة المال. وقال الشافعي: يجوز من أول شهر رمضان؛ لأن سبب الصدقة الصوم والفطر عنه، فإذا وجد أحد السببين، جاز تعجيلها، كزكاة المال بعد ملك النصاب. **ولنا**، ما روى الجوزجاني: حدثنا يزيد بن هارون. قال: أخبرنا أبو معشر، عن نافع، عن ابن عمر، قال كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يأمر به، فيقسم - قال يزيد أظن: هذا يوم الفطر - ويقول أغنوهم عن الطواف في هذا اليوم ". والأمر للوجوب، ومتى قدمها بالزمان الكثير لم يحصل إغناؤهم بها يوم العيد، وسبب وجوبها الفطر؛ بدليل إضافتها إليه، وزكاة المال سببها ملك النصاب، والمقصود إغناء الفقير بها في الحول كله فجاز إخراجها في جميعه، وهذه المقصود منها الإغناء في وقت مخصوص فلم يجز تقديمها قبل الوقت. فأما تقديمها بيوم أو يومين فجائز؛ لما روى البخاري، بإسناده عن ابن عمر، قال: «فرض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صدقة الفطر من رمضان. وقال في آخره: وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين»

وهذا إشارة إلى جميعهم، فيكون إجماعا، ولأن تعجيلها بهذا القدر لا يخل بالمقصود منها، فإن الظاهر

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٩/٣

أنها تبقى أو بعضها إلى يوم العيد، فيستغنى بها عن الطواف والطلب فيه، ولأنها زكاة، فجاز تعجيلها قبل وجوبها، كزكاة المال والله أعلم

[مسألة فرض صدقة الفطر عن كل صغير وكبير حر وعبد]

(١٩٧٠) مسألة: قال: ويلزمه أن يخرج عن نفسه، وعن عياله، إذا كان عنده فضل عن قوت يومه وليلته. عيال الإنسان: من يعوله. أي يمونه فتلزمه فطرتهم، كما تلزمه مؤنتهم، إذا وجد ما يؤدي عنهم؛ لحديث ابن عمر، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فرض صدقة الفطر، عن كل صغير وكبير، حر وعبد، ممن تمونون.» والذي يلزم الإنسان نفقتهم وفطرتهم ثلاثة أصناف: الزوجات، والعبيد، والأقارب. فأما الزوجات فعليه فطرتهن. وبهذا قال مالك والشافعي، وإسحاق.

وقال أبو حنيفة، والثوري، وابن المنذر: لا تجب عليه فطرة امرأته. وعلى المرأة فطرة نفسها؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «صدقة الفطر على كل ذكر وأنثى» . ولأنها زكاة فوجبت عليها، كزكاة مالها. **ولنا**، الخبر، ولأن النكاح سبب تجب به النفقة، فوجبت به الفطرة، كالملك والقرابة، بخلاف." [1]

"زكاة المال فإنها لا تتحمل بالملك والقرابة، فإن كان لامرأته من يخدمها بأجرة، فليس على الزوج فطرته؛ لأن الواجب الأجر دون النفقة.

وإن كان لها نظرت، فإن كانت ممن لا يجب لها خادم، فليس عليه نفقة خادمها، ولا فطرته، وإن كانت ممن يخدم مثلها، فعلى الزوج أن يخدمها، ثم هو مخير بين أن يشتري لها خادما، أو يستأجر أو ينفق على خادمها، فإن اشترى لها خادما أو اختار الإنفاق على خادمها فعليه فطرته، وإن استأجر لها خادما فليس عليه نفقته ولا فطرته، سواء شرط عليه مؤنته أو لم يشرط؛ لأن المؤنة إذا كانت أجرة فهي من مال المستأجر. وإن تبرع بالإنفاق على من لا تلزمه نفقته، فحكمه حكم من تبرع بالإنفاق على أجنبي، وسنذكره إن شاء الله تعالى. وإن نشزت المرأة في وقت الوجوب، ففطرتها على نفسها دون زوجها؛ لأن نفقتها لا تلزمه. واختار أبو الخطاب أن عليه فطرتها؛ لأن الزوجية ثابتة عليها فلزمته فطرتها كالمريضة التي لا تحتاج إلى نفقة. والأول: أصح؛ لأن هذه ممن لا تلزمه مؤنته، فلا تلزمه فطرته كالأجنبية، وفارق المريضة؛ لأن عدم الإنفاق عليها لعدم الحاجة، لا لخلل في المقتضى لها، فلا يمنع ذلك من ثبوت تبعها، بخلاف الناشز. وكذلك كل امرأة لا يلزمه نفقتها، كغير المدخول بها إذا لم تسلم إليه، والصغيرة التي لا يمكن الاستمتاع

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩٠

بها، فإنه لا تلزمه نفقتها ولا فطرتها؛ لأنها ليست ممن يمون.

[فصل العبيد إن كانوا لغير التجارة فعلى سيدهم فطرتهم]

(١٩٧١) فصل: وأما العبيد فإن كانوا لغير التجارة، فعلى سيدهم فطرتهم. لا نعلم فيه خلافا. وإن كانوا للتجارة، فعليه أيضا فطرتهم. وبهذا قال مالك، والليث، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر.

وقال عطاء، والنخعي، والثوري، وأصحاب الرأي: لا تلزمه فطرتهم؛ لأنها زكاة ولا تجب في مال واحد زكاتان، وقد وجبت فيهم زكاة التجارة، فيمتنع وجوب الزكاة الأخرى، كالسائمة إذا كانت للتجارة. **ولنا**، عموم الأحاديث وقول ابن عمر: «فرض رسول الله – صلى الله عليه وسلم – زكاة الفطر على الحر والعبد» وفي حديث عمرو بن شعيب: «ألا إن صدقة الفطر واجبة على كل مسلم، ذكر أو أنثى، حر أو عبد، صغير أو كبير» . ولأن نفقتهم واجبة فوجبت فطرتهم، كعبيد القنية.

أو نقول مسلم تجب مؤنته، فوجبت فطرته، كالأصل، وزكاة الفطرة تجب على البدن، ولهذا تجب." [١]

"على الأحرار، وزكاة التجارة تجب عن القيمة، وهي المال بخلاف السوم والتجارة، فإنهما يجبان بسبب مال واحد، متى كان عبيد التجارة في يد المضارب وجبت فطرتهم من مال المضاربة لأن مؤنتهم منها. وحكى ابن المنذر عن الشافعي، أنها على رب المال. **ولنا**، أن الفطرة تابعة للنفقة، وهي من مال المضاربة، فكذلك الفطرة.

[فصل زكاة الفطر عن مملوكه الحاضر والغائب الذي تعلم حياته]

(١٩٧٢) فصل: وتجب فطرة العبد الحاضر والغائب الذي تعلم حياته، والآبق، والصغير والكبير، والمرهون، والمغصوب. قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن على المرء زكاة الفطر عن مملوكه الحاضر غير المكاتب، والمغصوب، والآبق، وعبيد التجارة. فأما الغائب، فعليه فطرته إذا علم أنه حي، سواء رجا رجعته أو أيس منها، وسواء كان مطلقا أو محبوسا كالأسير وغيره.

قال ابن المنذر: أكثر أهل العلم يرون أن تؤدى زكاة الفطر عن الرقيق، غائبهم وحاضرهم. لأنه مالك لهم، فوجبت فطرتهم عليه كالحاضرين. وممن أوجب فطرة الآبق الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. وأوجبها الزهري إذا علم مكانه والأوزاعي إن كان في دار الإسلام. ومالك إن كانت غيبته قريبة. ولم يوجبها عطاء، والثوري،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩١

وأصحاب الرأي؛ لأنه لا يلزمه الإنفاق عليه، فلا تجب فطرته كالمرأة الناشز. **ولنا**، أنه مال له، فوجبت زكاته في حال غيبته، كمال التجارة.

ويحتمل أن لا يلزمه إخراج زكاته حتى يرجع إلى يده كزكاة الدين والمغصوب. ذكره ابن عقيل. ووجه القول الأول، أن زكاة الفطر تجب تابعة للنفقة، والنفقة تجب مع الغيبة؛ بدليل أن من رد الآبق رجع بنفقته. وأما من شك في حياته منهم، وانقطعت أخباره، لم تجب فطرته، نص عليه، في رواية صالح؛ لأنه لا يعلم بقاء ملكه عليه، ولو أعتقه في كفارته لم يجزئه، فلم تجب فطرته كالميت. فإن مضت عليه سنون، ثم علم حياته، لزمه الإخراج لما مضى؛ لأنه بان له وجود سبب الوجوب في الزمن الماضي، فوجب عليه الإخراج لما مضى، كما لو سمع بهلاك ماله الغائب، ثم بان أنه كان سالما. والحكم في القريب الغائب، كالحكم في البعيد؛ لأنهم ممن تجب فطرتهم مع الحضور، فكذلك مع الغيبة كالعبيد. ويحتمل أن لا تجب فطرتهم مع الغيبة؛ لأنه لا يلزمه بعث نفقتهم إليهم، ولا يرجعون بالنفقة الماضية." [1]

"المختلف فيه على نفسه، كما لو لم يمنه. وعلى قول أصحابنا المعتبر الإنفاق في جميع الشهر.

وقال ابن عقيل: قياس مذهبنا أنه إذا مانه آخر ليلة، وجبت فطرته، قياسا على من ملك عبدا عند غروب الشمس. وإذا مانه جماعة في الشهر كله، أو مانه إنسان بعض الشهر، فعلى قياس قول ابن عقيل هذا تكون فطرته على من مانه آخر ليلة، وعلى قول غيره يحتمل أن لا تجب فطرته على أحد ممن مانه؛ لأن سبب الوجوب المؤنة في جميع الشهر ولم يوجد. ويحتمل أن تجب على الجميع فطرة واحدة بالحصص؛ لأنهم اشتركوا في سبب الوجوب، فأشبه ما لو اشتركوا في ملك عبد.

[مسألة صدقة الفطر واجبة على من قدر عليها ولا يعتبر في وجوبها نصاب]

(١٩٧٦) مسألة: قال إذا كان عنده فضل عن قوت يومه وليلته وجملة ذلك أن صدقة الفطر واجبة على من قدر عليها، ولا يعتبر في وجوبها نصاب. وبهذا قال أبو هريرة وأبو العالية، والشعبي، وعطاء، وابن سيرين، وال زهري، ومالك، وابن المبارك، والشافعي، وأبو ثور.

وقال أصحاب الرأي: لا تجب إلا على من يملك مائتي درهم، أو ما قيمته نصاب فاضل عن مسكنه؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا صدقة إلا عن ظهر غنى» والفقير لا غنى له فلا تجب عليه، ولأنه تحل له الصدقة، فلا تجب عليه، كمن لا يقدر عليها. **ولنا** ما روى ثعلبة بن أبي صعير عن أبيه، أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩٢

رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «أدوا صدقة الفطر صاعا من قمح أو قال: بر عن كل إنسان، صغير أو كبير، حر أو مملوك، غني أو فقير، ذكر أو أنثى أما غنيكم فيزكيه الله، وأما فقيركم فيرد الله عليه أكثر مما أعطى» .

وفي رواية أبي داود: «صاع من بر أو قمح عن كل اثنين» . ولأنه حق مال لا يزيد بزيادة المال، فلا يعتبر وجوب النصاب فيه. كالكفارة، ولا يمتنع أن يؤخذ منه ويعطى لمن وجب عليه العشر، والذي قاسوا عليه عاجز، فلا يصح القياس عليه، وحديثهم محمول على زكاة المال

[فصل لم يفضل إلا صاع ليلة العيد]

(١٩٧٧) فصل: وإذا لم يفضل إلا صاع أخرجه عن نفسه؛ لقوله – عليه السلام –: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» ولأن الفطرة تنبني على النفقة، فكما يبدأ بنفسه في النفقة فكذلك في الفطرة. فإن فضل آخر أخرجه عن امرأته؛ لأن نفقتها آكد، فإن نفقتها تجب على سبيل المعاوضة مع اليسار والإعسار ونفقة الأقارب صلة تجب مع اليسار دون الإعسار. فإن فضل آخر أخرجه عن رقيقه؛ لوجوب نفقتهم في الإعسار.

وقال ابن عقيل: يحتمل تقديم الرقيق على الزوجة؛ لأن فطرته متفق عليها، وفطرتها مختلف فيها. فإن فضل آخر أخرجه عن ولده الصغير، لأن نفقته منصوص عليها ومجمع عليها.

وفي الوالد والولد الكبير وجهان؛." (١)

"آكد؛ لأنها مما لا بد منه، وتجب على المعسر، والعاجز، ويرجع عليها بها عند يساره، والفطرة بخلافها.

[فصل من وجبت فطرته على غيره إذا أخرج عن نفسه]

(١٩٨٠) فصل: ومن وجبت فطرته على غيره، كالمرأة والنسيب الفقير، إذا أخرج عن نفسه بإذن من تجب عليه، صح بغير خلاف نعلمه؛ لأنه نائب عنه. وإن أخرج بغير إذنه، ففيه وجهان؛ أحدهما، يجزئه لأنه أخرج فطرته فأجزأه كالتي وجبت عليه. والثاني: لا يجزئه؛ لأنه أدى ما وجب على غيره بغير إذنه، فلم يصح، كما لو أدى عن غيره.

[فصل له دار يحتاج إليها هل عليه زكاة الفطر]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٤/٣

(١٩٨١) فصل: ومن له دار يحتاج إليها لسكناها، أو إلى أجرها لنفقته، أو ثياب بذلة له، أو لمن تلزمه مؤنته، أو رقيق يحتاج إلى خدمتهم هو أو من يمونه، أو بهائم يحتاجون إلى ركوبها والانتفاع بها في حوائجهم الأصلية أو سائمة يحتاج إلى نمائها كذلك، أو بضاعة يختل ربحها الذي يحتاج إليه بإخراج الفطرة منها، فلا فطرة عليه كذلك؛ لأن هذا مما تتعلق به حاجته الأصلية، فلم يلزمه بيعه، كمؤنة نفسه.

ومن له كتب يحتاج إليها للنظر فيها والحفظ منها، لا يلزمه بيعها. والمرأة إذا كان لها حلي للبس أو لكراء يحتاج إليه، لم يلزمها بيعه في الفطرة. وما فضل من ذلك عن حوائجه الأصلية، وأمكن بيعه وصرفه في الفطرة وجبت الفطرة به؛ لأنه أمكن أداؤها من غير ضرر أصلي، أشبه ما لو ملك من الطعام ما يؤديه فاضلا عن حاجته.

[مسألة لا تجب فطرة المكاتب على سيده]

(١٩٨٢) مسألة:

قال وليس عليه في مكاتبه زكاة وعلى المكاتب أن يخرج عن نفسه زكاة الفطر، وممن

قال: لا تجب فطرة المكاتب على سيده، أبو سلمة بن عبد الرحمن، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وأوجبها على السيد عطاء، ومالك، وابن المنذر؛ لأنه عبد، فأشبه سائر عبيده. **ولنا** قوله – عليه السلام – : " ممن تمونون ". وهذا لا يمونه، ولأنه لا تلزمه مؤنته. فلم تلزمه فطرته، كالأجنبي، وبهذا فارق سائر عبيده. إذا ثبت هذا، فإن على المكاتب فطرة نفسه، وفطرة من تلزمه مؤنته كزوجته، ورقيقه.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا تجب عليه؛ لأنه ناقص الملك، فلم تجب عليه الفطرة، كالقن، ولأنها زكاة فلم تجب عليه كزكاة المال. **ولنا**، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – فرض صدقة الفطر على الحر والعبد، والذكر والأنثى. وهذا." [١]

"عبد ولا يخلو من كونه ذكرا أو أنثى، ولأنه يلزمه نفقة نفسه، فلزمته فطرتها كالحر الموسر ويفارق زكاة المال؛ لأنها يعتبر لها الغنى والنصاب والحول، ولا يحملها أحد عن غيره، بخلاف الفطرة. (١٩٨٣) فصل: وتلزم المكاتب فطرة من يمونه كالحر؛ لدخولهم في عموم قوله عليه السلام: «أدوا صدقة الفطر عمن تمونون»

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٦/٣

[مسألة فطرة العبد المشترك واجبة على مواليه]

(١٩٨٤) مسألة:

قال: وإذا ملك جماعة عبدا أخرج كل واحد منهم صاعا، وعن أبي عبد الله رواية أخرى، صاعا عن الجميع وجملة ذلك أن فطرة العبد المشترك واجبة على مواليه. وبهذا

قال مالك، ومحمد بن سلمة، وعبد الملك، والشافعي، ومحمد بن الحسن، وأبو ثور.

وقال الحسن، وعكرمة، والثوري، وأبو حنيفة، وأبو يوسف: لا فطرة على واحد منهم؛ لأنه ليس عليه لأحد منهم ولاية تامة، أشبه المكاتب. **ولنا**، عموم الأحاديث، ولأنه عبد مسلم مملوك لمن يقدر على الفطرة، وهو من أهلها فلزمته لمملوك الواحد، وفارق المكاتب، فإنه لا تلزم سيده مؤنته، ولأن المكاتب يخرج عن نفسه زكاة الفطر، بخلاف القن، والولاية غير معتبرة في وجوب الفطرة، بدليل عبد الصبي، ثم إن ولايته للجميع، فتكون فطرته عليهم.

واختلفت الرواية في قدر الواجب على كل واحد منهم، ففي إحداهما على كل واحد صاع؛ لأنها طهرة فوجب تكميلها على كل واحد من الشركاء، ككفارة القتل. والثانية، على الجميع صاع واحد على كل واحد منهم بقدر ملكه فيه. وهذا الظاهر عن أحمد.

قال فوران: رجع أحمد عن هذه المسألة، وقال: يعطي كل واحد منهم نصف صاع. يعني رجع عن إيجاب صاع كامل على كل واحد. وهذا قول سائر من أوجب فطرته على سادته؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أوجب صاعا على كل واحد. وهذا عام في المشترك وغيره، ولأن نفقته تقسم عليهم، فكذلك فطرته التابعة لها، ولأنه شخص واحد، فلم تجب عنه صيعان كسائر الناس، ولأنها طهرة فوجبت على سادته بالحصص، كماء الغسل من الجنابة إذا احتيج إليه، وبهذا ينتقض ما ذكرناه للرواية الأولى

[فصل من بعضه حر ففطرته عليه وعلى سيده]

(١٩٨٥) فصل: ومن بعضه حر ففطرته عليه وعلى سيده. وبهذا

قال الشافعي، وأبو ثور، وقال مالك: على الحر بحصته، وليس على العبد شيء.." (١)

"**ولنا**، أنه عبد مسلم تلزم فطرته شخصين من أهل الفطرة، فكانت فطرته عليهما كالمشترك، ثم هل يلزم كل واحد منهما صاع أو بالحصص؟ ينبني على ما ذكرنا في العبد المشترك، فإن كان أحدهما معسرا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩٧

فلا شيء عليه، وعلى الآخر بقدر الواجب عليه، ولو كان بين العبد وبين السيد مهايأة أو كان المشتركون في العبد قد تهايئوا عليه، لم تدخل الفطرة في المهايأة لأن المهايأة معاوضة كسب بكسب؛ والفطرة حق لله تعالى، فلا تدخل في ذلك، كالصلاة.

(١٩٨٦) فصل: ولو ألحقت القافة ولدا برجلين أو أكثر، فالحكم في فطرته كالحكم في العبد المشترك. ولو أن شخصا حرا له قريبان فأكثر عليهم نفقته بينهم، كانت فطرته عليهم، كالعبد المشترك، على ما ذكر فيه.

[مسألة يعطي صدقة الفطر لمن يجوز أن يعطي صدقة الأموال]

(١٩٨٧) مسألة:

قال ويعطي صدقة الفطر لمن يجوز أن يعطي صدقة الأموال إنما كانت كذلك؛ لأن صدقة الفطر زكاة، فكان مصرفها مصرف سائر الزكوات، ولأنها صدقة، فتدخل في عموم قوله تعالى: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين﴾ [التوبة: ٦٠] الآية. ولا يجوز دفعها إلى من لا يجوز دفع زكاة المال إليه، ولا يجوز دفعها إلى ذمي. وبهذا

قال مالك، والليث، والشافعي، وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: يجوز.

وعن عمرو بن ميمون، وعمرو بن شرحبيل، ومرة الهمداني، أنهم كانوا يعطون منها الرهبان. **ولنا**، أنها زكاة، فلم يجز دفعها إلى غير المسلمين، كزكاة المال، ولا خلاف في أن زكاة المال لا يجوز دفعها إلى غير المسلمين.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن لا يجزئ أن يعطى من زكاة المال أحد من أهل الذمة. (١٩٨٨) فصل: ويجوز أن يعطي من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله، ولا يعطي منها غنيا، ولا ذا قربى،." [١]

"ولا أحدا ممن منع أخذ زكاة المال. ويجوز صرفها في الأصناف الثمانية؛ لأنها صدقة فأشبهت صدقة المال.

[فصل أخذ الصدقة ممن له نصاب وردها عليه إذا لم يكن له قدر كفايته]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩٨

(١٩٨٩) فصل: وإن دفعها إلى مستحقها، فأخرجها آخذها إلى دافعها، أو جمعت الصدقة عند الإمام، ففرقها على أهل السهمان، فعادت إلى إنسان صدقته، فاختار القاضي، جواز ذلك.

قال: لأن أحمد قد نص في من له نصاب من الماشية والزرع، أن الصدقة تؤخذ منه، وترد عليه، إذا لم يكن له قدر كفايته. وهو مذهب الشافعي، ولأن قبض الإمام أو المستحق أزال ملك المخرج، وعادت إليه بسبب آخر، فجاز كما لو عادت بميراث.

وقال أبو بكر: مذهب أحمد أنه لا يحل له أخذها؛ لأنها طهرة له، فلم يجز له أخذها كشرائها؛ «ولأن عمر - رضي الله عنه - أراد أن يشتري الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله. فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم -: لا تشترها ولا تعد في صدقتك، فإن العائد في صدقته كالعائد في قيئه» ، فأما إن اشتراها لم يجز له ذلك؛ للخبر. وإن ورثها فله أخذها؛ لأنها رجعت إليه بغير فعل منه.

[مسألة يجوز في الصدقة أن يعطي الواحد ما يلزم الجماعة والجماعة ما يلزم الواحد]

(١٩٩٠) مسألة:

قال: ويجوز أن يعطي الواحد ما يلزم الجماعة والجماعة ما يلزم الواحد إعطاء الجماعة ما يلزم الواحد لا نعلم فيه خلافا لأنه صرف صدقته إلى مستحقها، فبرئ منها كما لو دفعها إلى واحد؛ وأما إعطاء الواحد صدقة الجماعة، فإن الشافعي ومن وافقه، أوجبوا تفرقة الصدقة على ستة أصناف، ودفع حصة كل صنف إلى ثلاثة منهم، على ما ذكرناه قبل هذا. وقد ذكرنا الدليل عليه، ولأنها صدقة لغير معين، فجاز صرفها إلى واحد كالتطوع. وبهذا

قال مالك، وأبو ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي.

[مسألة حكم زكاة الفطر عن الجنين في بطن أمه]

(١٩٩١) مسألة:

قال: ومن أخرج عن الجنين، فحسن وكان عثمان بن عفان - رضي الله عنه - يخرج عن الجنين المذهب أن الفطرة غير واجبة على الجنين. وهو قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار لا يوجبون على الرجل زكاة الفطر عن الجنين في بطن أمه.

وعن أحمد، رواية أخرى أنها تجب عليه؛ لأنه آدمي، تصح الوصية له، وبه ويرث فيدخل في عموم الأخبار، ويقاس على المولود. **ولنا** أنه جنين فلم تتعلق الزكاة به، كأجنة البهائم ولأنه لم تثبت له أحكام الدنيا إلا في

الإرث والوصية، بشرط أن يخرج حيا. إذا ثبت هذا فإنه يستحب إخراجها عنه؛ لأن عثمان كان يخرجها عنه، ولأنها صدقة عمن لا تجب عليه، فكانت مستحبة كسائر صدقات التطوع." (١)

"أسماء الله تعالى» . فيتعين حمل هذا على أنه لا يقال ذلك غير مقترن بما يدل على إرادة الشهر، لئلا يخالف الأحاديث الصحيحة. والمستحب مع ذلك أن يقول: شهر رمضان، كما قال الله تعالى: ﴿شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن﴾ [البقرة: ١٨٥] .

واختلف في المعنى الذي لأجله سمي رمضان، فروى أنس عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إنما سمي رمضان؛ لأنه يحرق الذنوب» . فيحتمل أنه أراد أنه شرع صومه دون غيره، ليوافق اسمه معناه. وقيل: هو اسم موضوع لغير معنى، كسائر الشهور، وقيل غير ذلك. فصل والصوم المشروع هو الإمساك عن المفطرات، من طلوع الفجر الثاني إلى غروب الشمس. روي معنى ذلك عن عمر، وابن عباس، وبه قال عطاء، وعوام أهل العلم. وروي عن علي - رضي الله عنه -، أنه لما صلى الفجر قال: الآن حين تبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود.

وعن ابن مسعود نحوه. وقال مسروق: لم يكونوا يعدون الفجر فجركم، إنما كانوا يعدون الفجر الذي يملأ البيوت والطرق. وهذا قول الأعمش. ولنا قول الله تعالى: ﴿حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر﴾ [البقرة: ١٨٧] . يعني بياض النهار من سواد الليل. وهذا يحصل بطلوع الفجر. قال ابن عبد البر، في قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن بلالا يؤذن بليل، فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن أم مكتوم.» دليل على أن الخيط الأبيض هو الصباح، وأن السحور لا يكون إلا قبل الفجر. وهذا إجماع لم يخالف فيه إلا الأعمش وحده، فشذ ولم يعرج أحد على قوله. والنهار الذي يجب صيامه من طلوع الفجر إلى غروب الشمس. قال: هذا قول جماعة علماء المسلمين. .

[مسألة يستحب للناس ترائي الهلال ليلة الثلاثين من شعبان]

(٢٠٠٠) مسألة: قال أبو القاسم، - رحمه الله -: (وإذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوما، طلبوا." (٢)

"رأى الهلال قال: الله أكبر، اللهم أهله علينا بالأمن والإيمان، والسلامة والإسلام، والتوفيق لما تحب وترضى، ربي وربك الله.» رواه الأثرم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٩٩

(٢) المغني لابن قدامة ٣/١٠٥

[فصل إذا رأى الهلال أهل بلد لزم جميع البلاد الصوم]

(٢٠٠٢) فصل: وإذا رأى الهلال أهل بلد، لزم جميع البلاد الصوم. وهذا قول الليث، وبعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: إن كان بين البلدين مسافة قريبة، لا تختلف المطالع لأجلها كبغداد والبصرة، لزم أهلهما الصوم برؤية الهلال في أحدهما، وإن كان بينهما بعد، كالعراق والحجاز والشام، فلكل أهل بلد رؤيتهم. وروي عن عكرمة، أنه قال: لكل أهل بلد رؤيتهم.

وهو مذهب القاسم، وسالم، وإسحاق؛ لما روى كريب، قال: «قدمت الشام، واستهل علي هلال رمضان، وأنا بالشام، فرأينا الهلال ليلة الجمعة، ثم قدمت المدينة في آخر الشهر، فسألني ابن عباس، ثم ذكر الهلال، فقال: متى رأيتم الهلال؟ قلت: رأيناه ليلة الجمعة. فقال: أنت رأيته ليلة الجمعة؟ قلت: نعم، ورآه الناس، وصاموا، وصام معاوية فقال: لكن رأيناه ليلة السبت، فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه. فقلت: ألا تكتفي برؤية معاوية وصيامه؟ فقال: لا، هكذا أمرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ [البقرة: ١٨٥] . «وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - للأعرابي لما قال له: الله أمرك أن تصوم هذا الشهر من السنة؟ قال: نعم» .

وقوله للآخر لما قال له: ماذا فرض الله علي من الصوم؟ قال: (شهر رمضان. وأجمع المسلمون على وجوب صوم شهر رمضان، وقد ثبت أن هذا اليوم من شهر رمضان، بشهادة الثقات، فوجب صومه على جميع المسلمين. ولأن شهر رمضان ما بين الهلالين، وقد ثبت أن هذا اليوم منه في سائر الأحكام، من حلول الدين، ووقوع الطلاق والعتاق، ووجوب النذور، وغير ذلك من الأحكام، فيجب صيامه بالنص والإجماع، ولأن البينة العادلة شهدت برؤية الهلال، فيجب الصوم، كما لو تقاربت البلدان.

فأما حديث كريب فإنما دل على أنهم لا يفطرون بقول كريب وحده، ونحن نقول به، وإنما محل الخلاف وجوب قضاء اليوم الأول، وليس هو في الحديث. فإن قيل: فقد قلتم إن الناس إذا صاموا بشهادة واحد ثلاثين يوما، ولم يروا الهلال، أفطروا في أحد الوجهين. قلنا: الجواب عن هذا من وجهين؛ أحدهما، أننا إنما قلنا يفطرون إذا صاموا بشهادته، فيكون فطرهم مبنيا على صومهم بشهادته، وهاهنا لم يصوموا بقوله، فلم يوجد ما يجوز بناء الفطر عليه. الثاني، أن الحديث دل على صحة الوجه الآخر.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٧/٣

"[مسألة حال دون منظر الهلال غيم أو قتر]

(٢٠٠٣) مسألة: قال: (وإن حال دون منظره غيم، أو قتر وجب صيامه، وقد أجزأ إذا كان من شهر رمضان) اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - في هذه المسألة، فروي عنه مثل ما نقل الخرقي، اختارها أكثر شيوخ أصحابنا، وهو مذهب عمر، وابنه، وعمرو بن العاص، وأبي هريرة، وأنس، ومعاوية، وعائشة، وأسماء بنتي أبي بكر، وبه قال بكر بن عبد الله، وأبو عثمان النهدي، وابن أبي مريم، ومطرف، وميمون بن مهران، وطاوس، ومجاهد. وروي عنه أن الناس تبع للإمام، فإن صام صاموا، وإن أفطر أفطروا.

وهذا قول الحسن، وابن سيرين، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الصوم يوم تصومون، والفطر يوم تفطرون، والأضحى يوم تضحون» . قيل معناه أن الصوم والفطر مع الجماعة ومعظم الناس. قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب. وعن أحمد، رواية ثالثة: لا يجب صومه، ولا يجزئه عن رمضان إن صامه. وهو قول أكثر أهل العلم؛ منهم أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، ومن تبعهم؛ لما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين» رواه البخاري.

وعن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته، فإن غم عليكم فاقدروا له ثلاثين» . رواه مسلم. وقد صح أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن صوم يوم الشك» . متفق عليه. وهذا يوم شك. ولأن الأصل بقاء شعبان، فلا ينتقل عنه بالشك. **ولنا** ما روى نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الشهر تسع وعشرون، فلا تصوموا حتى تروا الهلال. ولا تفطروا حتى تروه، فإن غم عليكم فاقدروا له» . قال نافع: كان عبد الله بن عمر إذا مضى من شعبان تسعة وعشرون يوما، بعث من ينظر له الهلال، فإن رأى فذاك، وإن لم ير ولم يحل دون منظره سحاب ولا قتر أصبح مفطرا، وإن حال دون منظره سحاب أو قتر أصبح صائما. رواه أبو داود.

ومعنى اقدروا له: أي ضيقوا له العدد من قوله تعالى: ﴿ومن قدر عليه رزقه﴾ [الطلاق: ٧] . أي ضيق عليه. وقوله: ﴿يبسط الرزق لمن يشاء ويقدر﴾ [الرعد: ٢٦] . والتضييق له أن." (١)

"**ولنا**، ما روى ابن جريج، وعبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن حفصة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من لم يبيت الصيام من الليل، فلا صيام له» . وفي لفظ ابن حزم: «من لم يجمع الصيام قبل الفجر، فلا صيام له.» أخرجه النسائي، وأبو داود،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٨/٣

والترمذي. وروى الدارقطني بإسناده، عن عمرة عن عائشة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من لم يبيت الصيام قبل طلوع الفجر، فلا صيام له» ، وقال: إسناده كلهم ثقات. وقال في حديث حفصة: رفعه عبد الله بن أبي بكر، عن الزهري، وهو من الثقات الرفعاء.

ولأنه صوم فرض، فافتقر إلى النية من الليل، كالقضاء.

فأما صوم عاشوراء، فلم يثبت وجوبه، فإن معاوية قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «هذا يوم عاشوراء، ولم يكتب الله عليكم صيامه، وأنا صائم، فمن شاء فليصم، ومن شاء فليفطر» . متفق عليه فلو كان واجبا لم يبح فطره، فإنما سمي الإمساك صياما تجوزا، بدليل قوله: " ومن كان أصبح مفطرا، فليصم بقية يومه. ولم يفرق بين المفطر بالأكل وغيره. وقد روى البخاري، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أمر رجلا: أن أذن في الناس «أن من كان أكل فليصم بقية يومه» .

وإمساك بقية اليوم بعد الأكل ليس بصيام شرعي، وإنما سماه صياما تجوزا. ثم لو ثبت أنه صيام فالفرق بين ذلك وبين رمضان، أن وجوب الصيام تجدد في أثناء النهار، فأجزأته النية حين تجدد الوجوب، كمن كان صائما تطوعا، فنذر إتمام صوم بقية يومه، فإنه تجزئه نيته عند نذره، بخلاف ما إذا كان النذر متقدما، والفرق بين التطوع والفرض من وجهين: أحدهما، أن التطوع يمكن الإتيان به في بعض النهار، بشرط عدم المفطرات في أوله، بدليل قوله – عليه السلام – في حديث عاشوراء: «فليصم بقية يومه» فإذا نوى صوم التطوع من النهار كان صائما بقية النهار دون أوله، والفرض يكون واجبا في جميع النهار، ولا يكون صائما بغير النية.

والثاني، أن التطوع سومح في نيته من الليل تكثيرا له، فإنه قد يبدو له الصوم في النهار، فاشتراط النية في الليل يمنع ذلك، فسامح الشرع فيها، كمسامحته في ترك القيام في صلاة التطوع، وترك الاستقبال فيه في السفر تكثيرا له، بخلاف الفرض. إذا ثبت هذا ففي أي جزء من الليل نوى أجزأه، وسواء فعل بعد النية ما ينافي الصوم من الأكل والشرب والجماع، أم لم يفعل. واشترط بعض أصحاب الشافعي أن لا يأتي بعد النية بمناف للصوم.

واشترط بعضهم وجود النية في النصف الأخير من الليل، كما اختص أذان الصبح والدفع من مزدلفة به. **ولنا** مفهوم قوله – عليه السلام –: «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» .." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١١٠

"من غير تفصيل، ولأنه نوى من الليل، فصح صومه، كما لو نوى في النصف الأخير ولم يفعل ما ينافي الصوم، ولأن تخصيص النية بالنصف الأخير يفضي إلى تفويت الصوم؛ لأنه وقت النوم، وكثير من الناس لا ينتبه فيه، ولا يذكر الصوم، والشارع إنما رخص في تقديم النية على ابتدائه، لحرج اعتبارها عنده، فلا يخصها بمحل لا تندفع المشقة بتخصيصها به، ولأن تخصيصها بالنصف الأخير تحكم من غير دليل، ولا يصح اعتبار الصوم بالأذان والدفع من مزدلفة؛ لأنهما يجوزان بعد الفجر، فلا يفضي منعهما في النصف الأول إلى فواتهما، بخلاف نية الصوم، ولأن اختصاصهما بالنصف الأخير بمعنى تجويزهما فيه، واشتراط النية بمعنى الإيجاب والتحتم، وفوات الصوم بفواتها فيه، وهذا فيه مشقة ومضرة، بخلاف التجويز، ولأن منعهما في النصف الأول لا يفضي إلى اختصاصهما بالنصف الأخير، لجوازهما بعد الفجر، والنية بخلافه، فأما إن فسخ النية، مثل إن نوى الفطر بعد نية الصيام، لم تجزئه تلك النية المفسوخة، لأنها زالت حكما وحقيقة.

[فصل نوى من النهار صوم الغد]

(٢٠٠٥) فصل: وإن نوى من النهار صوم الغد، لم تجزئه تلك النية، إلا أن يستصحبها إلى جزء من الليل. وقد روى ابن منصور، عن أحمد، من نوى الصوم عن قضاء رمضان بالنهار، ولم ينو من الليل، فلا بأس، إلا أن يكون فسخ النية بعد ذلك. فظاهر هذا حصول الإجزاء بنيته من النهار، إلا أن القاضي قال: هذا محمول على أنه استصحب النية إلى جزء من الليل. وهذا صحيح؛ لظاهر قوله - عليه السلام -: " لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ". ولأنه لم ينو عند ابتداء العبادة، ولا قريبا منها، فلم يصح، كما لو نوى من الليل صوم بعد غد.

[فصل تعتبر النية لكل يوم من رمضان]

(٢٠٠٦) فصل: وتعتبر النية لكل يوم. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر. وعن أحمد أنه تجزئه نية واحدة لجميع الشهر، إذا نوى صوم جميعه. وهذا مذهب مالك، وإسحاق؛ لأنه نوى في زمن يصلح جنسه لنية الصوم، فجاز، كما لو نوى كل يوم في ليلته. **ولنا**. أنه صوم واجب، فوجب أن ينوي كل يوم من ليلته، كالقضاء. ولأن هذه الأيام عبادات لا يفسد بعضها بفساد بعض، ويتخللها ما ينافيها، فأشبهت

القضاء، وبهذا فارقت اليوم الأول. وعلى قياس رمضان إذا نذر صوم شهر بعينه، فيخرج فيه مثل ما ذكرناه في رمضان. .." [(١)]

"[فصل متى خطر بقلبه في الليل أن غدا من رمضان وأنه صائم فيه فقد نوى]

فصل: ومعنى النية القصد، وهو اعتقاد القلب فعل شيء، وعزمه عليه، من غير تردد، فمتى خطر بقلبه في الليل أن غدا من رمضان، وأنه صائم فيه، فقد نوى. وإن شك في أنه من رمضان ولم يكن له أصل يبني عليه، مثل أن يكون ليلة الثلاثين من شعبان، ولم يحل دون مطلع الهلال غيم ولا قتر، فعزم أن يصوم غدا من رمضان، لم تصح النية، ولا يجزئه صيام ذلك اليوم، لأن النية قصد تتبع العلم، وما لا يعلمه ولا دليل على وجوده ولا هو على ثقة من اعتقاده لا يصح قصده. وبهذا قال حماد، وربيعة، ومالك، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، وابن المنذر.

وقال الثوري، والأوزاعي: يصح إذا نواه من الليل؛ لأنه نوى الصيام من الليل، فصح كاليوم الثاني، وعن الشافعي كالمذهبين. **ولنا** أنه لم يجزم النية بصومه من رمضان، فلم يصح، كما لو لم يعلم إلا بعد خروجه. وكذلك لو بنى على قول المنجمين وأهل المعرفة بالحساب، فوافق الصواب، لم يصح صومه، وإن كثرت إصابتهم، لأنه ليس بدليل شرعي يجوز البناء عليه، ولا العمل به، فكان وجوده كعدمه، قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته» . وفي رواية: «لا تصوموا حتى تروه، ولا تفطروا حتى تروه» . فأما ليلة الثلاثين من رمضان، فتصح نيته، وإن احتمل أن يكون من شوال؛ لأن الأصل بقاء رمضان، وقد أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بصومه بقوله: «ولا تفطروا حتى تروه» .

لكن إن قال: إن كان غدا من رمضان، فأنا صائم، وإن كان من شوال فأنا مفطر. فقال ابن عقيل لا يصح صومه: لأنه لم يجزم بنية الصيام، والنية اعتقاد جازم. ويحتمل أن يصح؛ لأن هذا شرط واقع، والأصل بقاء رمضان. .

[فصل تعيين النية في كل صوم واجب]

(٢٠٠٨) فصل: ويجب تعيين النية في كل صوم واجب، وهو أن يعتقد أنه يصوم غدا من رمضان، أو من قضائه، أو من كفارته، أو نذره. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم، فإنه قال: قلت لأبي عبد الله: أسير صام في أرض الروم شهر رمضان، ولا يعلم أنه رمضان، ينوي التطوع؟ قال: لا يجزئه إلا بعزيمة أنه من

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١١١

رمضان. ولا يجزئه في يوم الشك إذا أصبح صائما، وإن كان من رمضان إلا بعزيمة من الليل أنه من رمضان. وبهذا قال مالك، والشافعي. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه لا يجب تعيين النية لرمضان.

فإن المروذي روى عن أحمد، أنه قال: يكون يوم الشك يوم غيم إذا أجمعنا على أننا نصبح صياما يجزئنا من رمضان، وإن لم نعتقد أنه من رمضان؟ قال: نعم. قلت فقول النبي - صلى الله عليه وسلم -." (١)

": «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» . ولأن الصلاة يتفق وقت النية لفرضها ونفلها، فكذلك الصوم. **ولنا**، ما روت عائشة - رضي الله عنها - «قالت: دخل علي النبي - صلى الله عليه وسلم - ذات يوم، فقال: هل عندكم من شيء؟ قلنا: لا. قال: فإني إذا صائم» أخرجه مسلم، وأبو داود، والنسائي. ويدل عليه أيضا حديث عاشوراء. ولأن الصلاة يخفف نفلها عن فرضها، بدليل أنه لا يشترط القيام لنفلها، ويجوز في السفر على الراحلة إلى غير القبلة، فكذا الصيام. وحديثهم نخصه بحديثنا، على أن حديثنا أصح من حديثهم، فإنه من رواية ابن لهيعة، ويحيى بن أيوب، قال الميموني: سألت أحمد عنه، فقال: أخبرك ما له عندي ذلك الإسناد، إلا أنه عن ابن عمر وحفصة، إسنادان جيدان.

والصلاة يتفق وقت النية لنفلها وفرضها؛ لأن اشتراط النية في أول الصلاة لا يفضي إلى تقليلها، بخلاف الصوم فإنه يعين له الصوم من النهار، فعفي عنه، كما لو جوزنا التنفل قاعدا وعلى الراحلة، لهذه العلة.

(٢٠١٢) فصل: وأي وقت من النهار نوى أجزأه سواء في ذلك ما قبل الزوال وبعده. هذا ظاهر كلام أحمد، والخرقي. وهو ظاهر قول ابن مسعود فإنه قال: أحدكم بأخير النظرين، ما لم يأكل أو يشرب. وقال رجل لسعيد بن المسيب: إني لم آكل إلى الظهر، أو إلى العصر، أفأصوم بقية يومي؟ قال: نعم. واختار القاضي، في " المحرر " أنه لا تجزئه النية بعد الزوال. وهذا مذهب أبي حنيفة، والمشهور من قولي الشافعي؛ لأن معظم النهار مضى من غير نية، بخلاف الناوي قبل الزوال، فإنه قد أدرك معظم العبادة، ولهذا تأثير في الأصول، بدليل أن من أدرك الإمام قبل الرفع من الركوع أدرك الركعة؛ لإدراكه معظمها، ولو أدركه بعد الرفع، لم يكن مدركا لها، ولو أدرك مع الإمام من الجمعة ركعة، كان مدركا لها؛ لأنها تزيد بالتشهد، ولو أدرك أقل من ركعة، لم يكن مدركا لها.

ولنا أنه نوى في جزء من النهار، فأشبه ما لو نوى في أوله، ولأن جميع الليل وقت لنية الفرض، فكذا جميع النهار وقت لنية النفل. إذا ثبت هذا فإنه يحكم له بالصوم الشرعي المثاب عليه من وقت النية، في

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٢/٣

المنصوص عن أحمد، فإنه قال: من نوى في التطوع من النهار، كتب له بقية يومه، وإذا أجمع من الليل كان له يومه. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وقال أبو الخطاب، في " الهداية ": يحكم له بذلك من أول النهار. وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأن الصوم لا يتبعض في اليوم، بدليل ما لو أكل في بعضه، لم يجز له صيام باقيه، فإذا وجد في بعض اليوم دل على أنه صائم من أوله، ولا يمتنع الحكم بالصوم من غير." (١)

"نية حقيقة، كما لو نسي الصوم بعد نيته، أو غفل عنه، ولأنه لو أدرك بعض الركعة أو بعض الجماعة كان مدركا لجميعها.

ولنا أن ما قبل النية لم ينو صيامه، فلا يكون صائما فيه؛ لقوله - عليه السلام -: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» . ولأن الصوم عبادة محضة، فلا توجد بغير نية، كسائر العبادات المحضة. ودعوى أن الصوم لا يتبعض، دعوى محل النزاع، وإنما يشترط لصوم البعض أن لا توجد المفطرات في شيء من اليوم، ولهذا قال النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث عاشوراء «فليصم بقية يومه» . وأما إذا نسي النية بعد وجودها، فإنه يكون مستصحبا لحكمها، بخلاف ما قبلها، فإنها لم توجد حكما، ولا حقيقة، ولهذا لو نوى الفرض من الليل، ونسيه في النهار صح صومه، ولو لم ينو من الليل، لم يصح صومه. وأما إدراك الركعة والجماعة، فإنما معناه أنه لا يحتاج إلى قضاء ركعة، وينوي أنه مأموم، وليس هذا مستحيلا، أما أن يكون ما صلى الإمام قبله من الركعات محسوبا له، بحيث يجزئه عن فعله فكلا، ولأن مدرك الركوع مدرك لجميع أركان الركعة، لأن القيام وجد حين كبر وفعل سائر الأركان مع الإمام.

وأما الصوم فإن النية شرط أو ركن فيه، فلا يتصور وجوده بدون شرطه وركنه. إذا ثبت هذا فإن من شرطه أن لا يكون طعم قبل النية، ولا فعل ما يفطره، فإن فعل شيئا من ذلك، لم يجزئه الصيام، بغير خلاف نعلمه.

[مسألة نوى الصيام من الليل فأغمي عليه قبل طلوع الفجر فلم يفق حتى غربت الشمس]

(٢٠١٣) مسألة: قال: (ومن نوى من الليل، فأغمي عليه قبل طلوع الفجر، فلم يفق حتى غربت الشمس، لم يجزه صيام ذلك اليوم) وجملة ذلك أنه متى أغمي عليه جميع النهار، فلم يفق في شيء منه، لم يصح صومه، في قول إمامنا والشافعي.

وقال أبو حنيفة: يصح؛ لأن النية قد صحت، وزوال الاستشعار بعد ذلك لا يمنع صحة الصوم، كالنوم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١١٤

ولنا أن الصوم هو الإمساك مع النية. قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «يقول الله تعالى: كل عمل ابن آدم له إلا الصيام، فإنه لي، وأنا أجزي به، يدع طعامه وشرابه من أجلي» متفق عليه. فأضاف ترك الطعام والشراب إليه، وإذا كان مغمى عليه، فلا يضاف الإمساك إليه، فلم يجزئه. ولأن النية أحد ركني الصوم، فلا تجزئ وحدها، كالإمساك وحده، أما النوم فإنه عادة، ولا يزيل الإحساس بالكلية، ومتى نبه انتبه، والإغماء عارض يزيل العقل، فأشبه الجنون.

إذا ثبت هذا، فزوال العقل يحصل بثلاثة أشياء؛ أحدها، الإغماء وقد ذكرناه، ومتى فسد الصوم به فعلى المغمى عليه القضاء، بغير خلاف علمناه؛." (١)

"لأن مدته لا تتطاول غالبا، ولا تثبت الولاية على صاحبه، فلم يزل به التكليف وقضاء العبادات، كالنوم، ومتى أفاق المغمى عليه في جزء من النهار، صح صومه، سواء كان في أوله أو آخره. وقال الشافعي، في أحد قوليه: تعتبر الإفاقة في أول النهار، ليحصل حكم النية في أوله. **ولنا** أن الإفاقة حصلت في جزء من النهار، فأجزأ، كما لو وجدت في أوله، وما ذكروه لا يصح؛ فإن النية قد حصلت من الليل، فيستغني عن ذكرها في النهار، كما لو نام أو غفل عن الصوم، ولو كانت النية إنما تحصل بالإفاقة في النهار، لما صح منه صوم الفرض بالإفاقة، لأنه لا يجزئ بنية من النهار.

الثاني، النوم، فلا يؤثر في الصوم، سواء وجد في جميع النهار أو بعضه. الثالث، الجنون، فحكمه حكم الإغماء، إلا أنه إذا وجد في جميع النهار، لم يجب قضاؤه. وقال أبو حنيفة: متى أفاق المجنون في جزء من رمضان، لزمه قضاء ما مضى منه؛ لأنه أدرك جزءا من رمضان وهو عاقل، فلزمه صيامه، كما لو أفاق في جزء من اليوم. وقال الشافعي: إذا وجد الجنون في جزء من النهار أفسد الصوم؛ لأنه معنى يمنع وجوب الصوم، فأفسده وجوده في بعضه، كالحيض.

ولنا أنه معنى يمنع الوجوب إذا وجد في جميع الشهر، فمنعه إذا وجد في جميع النهار، كالصبا والكفر، وأما إن أفاق في بعض اليوم فلنا منع في وجوبه، وإن سلمناه فإنه قد أدرك بعض وقت العبادة، فلزمه، كالصبي إذا بلغ، والكافر إذا أسلم في بعض النهار، وكما لو أدرك بعض وقت الصلاة. **ولنا** على الشافعي أنه زوال عقل في بعض النهار، فلم يمنع صحة الصوم، كالإغماء والنوم، ويفارق الحيض؛ فإن الحيض لا يمنع الوجوب، وإنما يجوز تأخير الصوم، ويحرم فعله، ويوجب الغسل، ويحرم الصلاة والقراءة واللبث في

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١١٥

المسجد والوطء، فلا يصح قياس الجنون عليه.

[مسألة للمسافر أن يفطر في رمضان وغيره]

(٢٠١٤) مسألة: قال: (وإذا سافر ما يقصر فيه الصلاة، فلا يفطر حتى يترك البيوت وراء ظهره) وجملته أن للمسافر أن يفطر في رمضان وغيره، بدلالة الكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] ، وأما السنة فقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله وضع عن المسافر الصوم» . رواه النسائي، والترمذي، وقال: حديث حسن. في أخبار كثيرة سواه. وأجمع المسلمون على إباحة الفطر للمسافر في الجملة، وإنما يباح الفطر في السفر الطويل، الذي يبيح القصر، وقد ذكرنا قدره في الصلاة. ثم لا يخلو المسافر من ثلاثة أحوال: أحدها، أن يدخل عليه شهر رمضان في السفر، فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في إباحة الفطر له.." (١)

"**ولنا** أنه صوم لا يجب المضي فيه، فلم تجب الكفارة بالجماع فيه، كالتطوع، وفارق الحاضر الصحيح، فإنه يجب عليه المضي في الصوم، وإن كان مريضا يباح له الفطر فهو كالمسافر، ولأنه يفطر بنية الفطر، فيقع الجماع بعد حصول الفطر، فأشبه ما لو أكل ثم جامع. ومتى أفطر المسافر فله فعل جميع ما ينافي الصوم، من الأكل والشرب والجماع وغيره؛ لأن حرمتها بالصوم، فتزول بزواله، كما لو زال بمجيء الليل.

[فصل ليس للمسافر أن يصوم في رمضان عن غيره]

(٢٠١٦) فصل: وليس للمسافر أن يصوم في رمضان عن غيره، كالنذر والقضاء؛ لأن الفطر أبيح رخصة وتخفيفا عنه، فإذا لم يرد التخفيف عن نفسه، لزمه أن يأتي بالأصل. فإن نوى صوما غير رمضان، لم يصح صومه، لا عن رمضان، ولا عن ما نواه. هذا الصحيح في المذهب، وهو قول أكثر العلماء. وقال أبو حنيفة: يقع ما نواه إذا كان واجبا؛ لأنه زمن أبيح له فطره، فكان له صومه عن واجب عليه، كغير شهر رمضان. **ولنا** أنه أبيح له الفطر للعذر، فلم يجز له أن يصومه عن غير رمضان، كالمريض، وبهذا ينتقض ما ذكروه، وينقض أيضا بصوم التطوع، فإنهم سلموه. قال صالح: قيل لأبي: من صام شهر رمضان، وهو ينوي به تطوعا، يجزئه؟ قال: أويفعل هذا مسلم،.

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٦/٣

[مسألة مبطلات الصيام وفي هذه المسألة فصول]

[فصل الفطر بالأكل والشرب بما يتغذى به]

(٢٠١٧) مسألة: قال: (ومن أكل أو شرب، أو احتجم، أو استعط، أو أدخل إلى جوفه شيئا من أي موضع كان، أو قبل فأمنى، أو أمذى، أو كرر النظر فأنزل، أي ذلك فعل عامدا، وهو ذاكر لصومه، فعليه القضاء بلا كفارة، إذا كان صوما واجبا) (٢٠١٨) في هذه المسألة فصول: أحدها، أنه يفطر بالأكل والشرب بالإجماع، وبدلالة الكتاب والسنة، أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧] مد ،الأكل والشرب إلى تبين الفجر، ثم أمر بالصيام عنهما. وأما السنة، فقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «والذي نفسي بيده لخلوف فم الصائم، أطيب عند الله من ريح المسك؛ يترك طعامه وشرابه وشهوته من أجلي» .

وأجمع العلماء على الفطر بالأكل والشرب بما يتغذى به، فأما ما لا يتغذى به، فعامة أهل العلم على أن الفطر يحصل به. وقال الحسن بن صالح:." [(١)]

"لا يفطر بما ليس بطعام ولا شراب، وحكي عن أبي طلحة الأنصاري، أنه كان يأكل البرد في الصوم، ويقول: ليس بطعام ولا شراب. ولعل من يذهب إلى ذلك يحتج بأن الكتاب والسنة إنما حرما الأكل والشرب، فما عداهما يبقى على أصل الإباحة.

ولنا دلالة الكتاب والسنة على تحريم الأكل والشرب على العموم، فيدخل فيه محل النزاع، ولم يثبت عندنا ما نقل عن أبي طلحة، فلا يعد خلافا.

[فصل الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم]

(٢٠١٩) الفصل الثاني، أن الحجامة يفطر بها الحاجم والمحجوم. وبه قال إسحاق، وابن المنذر، ومحمد بن إسحاق بن خزيمة. وهو قول عطاء، وعبد الرحمن بن مهدي. وكان الحسن، ومسروق، وابن سيرين، لا يرون للصائم أن يحتجم.

وكان جماعة من الصحابة يحتجمون ليلا في الصوم، منهم ابن عمر، وابن عباس، وأبو موسى، وأنس بن مالك، ورخص فيها أبو سعيد الخدري، وابن مسعود، وأم سلمة، وحسين بن علي، وعروة، وسعيد بن جبير.

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٩/٣

وقال مالك، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي: يجوز للصائم أن يحتجم، ولا يفطر؛ لما روى البخاري، عن ابن عباس، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «احتجم وهو صائم» . ولأنه دم خارج من البدن، أشبه الفصد. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أفطر الحاجم والمحجوم.» رواه عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أحد عشر نفسا، قال أحمد: حديث شداد بن أوس من أصح حديث يروى في هذا الباب، وإسناد حديث رافع إسناد جيد. وقال: حديث شداد وثوبان صحيحان، وعن علي بن المديني، أنه قال: أصح شيء في هذا الباب حديث شداد وثوبان. وحديثهم منسوخ بحديثنا، بدليل ما روى ابن عباس، أنه قال: «احتجم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالقاحة بقرن وناب، وهو محرم صائم، فوجد لذلك ضعفا شديدا، فنهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يحتجم الصائم» . رواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم،

وعن الحكم، قال: «احتجم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهو صائم» فضعف، ثم كرهت الحجامة للصائم. وكان ابن عباس وهو راوي حديثهم، يعد الحجام والمحاجم، فإذا غابت الشمس احتجم بالليل. كذلك رواه الجوزجاني.

وهذا يدل على أنه علم نسخ الحديث الذي رواه. ويحتمل أن النبي – صلى الله عليه وسلم – احتجم فأفطر، كما روي عنه – عليه السلام – أنه «قاء فأفطر» فإن قيل: فقد روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «رأى الحاجم والمحتجم يغتابان» فقال ذلك، قلنا: لم تثبت." (١)

"صحة هذه الرواية، مع أن اللفظ أعم من السبب، فيجب العمل بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، على أننا قد ذكرنا الحديث الذي فيه بيان علة النهي عن الحجامة، وهي الخوف من الضعف، فيبطل التعليل بما سواه، أو يكون كل واحد منهما علة مستقلة. على أن الغيبة لا تفطر الصائم إجماعا، فلا يصح حمل الحديث على ما يخالف الإجماع. قال أحمد: لأن يكون الحديث كما جاء عن النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أفطر الحاجم والمحجوم» أحب إلينا من أن يكون من الغيبة؛ لأن من أراد أن يمتنع من الحجامة امتنع، وهذا أشد على الناس، من يسلم من الغيبة، فإن قيل: فإذا كانت علة النهي ضعف الصائم بها فلا يقتضي ذلك الفطر، وإنما يقتضي الكراهة، ومعنى قوله: «أفطر الحاجم والمحجوم» أي قربا من الفطر. قلنا: هذا تأويل يحتاج إلى دليل، على أنه لا يصح ذلك في حق الحاجم، فإنه لا ضعف فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٠/٣

[فصل يفطر بكل ما أدخله إلى جوفه أو مجوف في جسده]

(٢٠٢٠) الفصل الثالث، أنه يفطر بكل ما أدخله إلى جوفه، أو مجوف في جسده كدماغه وحلقه، ونحو ذلك مما ينفذ إلى معدته، إذا وصل باختياره، وكان مما يمكن التحرز منه، سواء وصل من الفم على العادة، أو غير العادة كالوجور واللدود، أو من الأنف كالسعوط، أو ما يدخل من الأذن إلى الدماغ، أو ما يدخل من العين إلى الحلق كالكحل، أو ما يدخل إلى الجوف من الدبر بالحقنة، أو ما يصل من مداواة الجائفة إلى جوفه، أو من دواء المأمومة إلى دماغه، فهذا كله يفطره؛ لأنه واصل إلى جوفه باختياره، فأشبه الأكل، وكذلك لو جرح نفسه، أو جرحه غيره باختياره، فوصل إلى جوفه، سواء استقر في جوفه، أو عاد فخرج منه، وبهذا كله قال الشافعي. وقال مالك: لا يفطر بالسعوط، إلا أن ينزل إلى حلقه، ولا يفطر إذا داوى المأمومة والجائفة.

واختلف عنه في الحقنة، واحتج له بأنه لم يصل إلى الحلق منه شيء، أشبه ما لم يصل إلى الدماغ ولا الجوف. ولنا أنه واصل إلى جوف الصائم باختياره، فيفطره، كالواصل إلى الحلق، والدماغ جوف، والواصل إليه يغذيه، فيفطره، كجوف البدن.

[فصل إذا وجد الصائم طعم الكحل في حلقه أو علم وصوله إليه]

(٢٠٢١) فصل: فأما الكحل، فما وجد طعمه في حلقه، أو علم وصوله إليه، فطره، وإلا لم يفطره. نص عليه أحمد. وقال ابن أبي موسى: ما يجد طعمه كالزرور والصبر والقطور، أفطر. وإن اكتحل باليسير من." (١)

"الإثمد غير المطيب، كالميل ونحوه، لم يفطر. نص عليه أحمد. وقال ابن عقيل: إن كان الكحل حادا، فطره، وإلا فلا. ونحو ما ذكرناه قال أصحاب مالك. وعن ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، أن الكحل يفطر الصائم. وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يفطره؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «، أنه اكتحل في رمضان وهو صائم» .

ولأن العين ليست منفذا؛ فلم يفطر بالداخل منها، كما لو دهن رأسه. ولنا أنه أوصل إلى حلقه ما هو ممنوع من تناوله بفيه فأفطر به، كما لو أوصله من أنفه، وما رووه لم يصح، قال الترمذي: لم يصح عن النبي - صلى الله عليه وسلم - في باب الكحل للصائم شيء. ثم يحمله على أنه اكتحل بما لا يصل. وقولهم:

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٢١

ليست العين منفذا لا يصح؛ فإنه يوجد طعمه في الحلق، ويكتحل بالإثمد فيتنخعه قال أحمد: حدثني إنسان أنه اكتحل بالليل فتنخعه بالنهار. ثم لا يعتبر في الواصل أن يكون من منفذ، بدليل ما لو جرح نفسه جائفة، فإنه يفطر.

[فصل ما لا يمكن التحرز منه كابتلاع الريق لا يفطره]

(٢٠٢٢) فصل: وما لا يمكن التحرز منه، كابتلاع الريق لا يفطره، لأن اتقاء ذلك يشق، فأشبه غبار الطريق، وغربلة الدقيق. فإن جمعه ثم ابتلعه قصدا لم يفطره؛ لأنه يصل إلى جوفه من معدته، أشبه ما إذا لم يجمعه. وفيه وجه آخر، أنه يفطره؛ لأنه أمكنه التحرز منه، أشبه ما لو قصد ابتلاع غبار الطريق. والأول أصح؛ فإن الريق لا يفطر إذا لم يجمعه، وإن قصد ابتلاعه، فكذلك إذا جمعه، بخلاف غبار الطريق، فإن خرج ريقه إلى ثوبه، أو بين أصابعه، أو بين شفتيه، ثم عاد فابتلعه، أو بلع ريق غيره، أفطر؛ لأنه ابتلعه من غير فمه، فأشبه ما لو بلع غيره. فإن قيل: فقد روت عائشة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «كان يقبلها وهو صائم، ويمص لسانها.» رواه أبو داود. قلنا: قد روي عن أبي داود أنه قال: هذا إسناد ليس بصحيح.

ويجوز أن يكون يقبل في الصوم، ويمص لسانها في غيره. ويجوز أن يمصه، ثم لا يبتلعه، ولأنه لم يتحقق انفصال ما على لسانها من البلل إلى فمه، فأشبه ما لو ترك حصاة مبلولة في فيه، أو لو تمضمض بماء ثم مجه. ولو ترك في فمه حصاة أو درهما، فأخرجه وعليه بلة من الريق، ثم أعاده في فيه، نظرت؛ فإن كان ما عليه من الريق كثيرا فابتلعه أفطر، وإن كان يسيرا لم يفطر بابتلاع ريقه. وقال بعض أصحابنا: يفطر لابتلاعه ذلك البلل الذي كان على الجسم. **ولنا** أنه لا يتحقق انفصال ذلك البلل، ودخوله إلى حلقه، فلا يفطره، كالمضمضة والتسوك بالسواك الرطب والمبلول. ويقوي ذلك حديث عائشة في مص لسانها. ولو أخرج لسانه وعليه بلة، ثم عاد فأدخله وابتلع ريقه، لم يفطر.." (١)

"لسواك رطب وهو صائم، من عمر بن الخطاب، ولكنه يكون عودا ذاويا. ولم ير أهل العلم بالسواك أول النهار بأسا، إذا كان العود يابسا. واستحب أحمد وإسحاق ترك السواك بالعشي. قال أحمد: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «خلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك الأذفر» لتلك الرائحة لا يعجبني للصائم أن يستاك بالعشي. واختلفت الرواية عنه في التسوك بالعود الرطب، فرويت عنه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٢/٣

الكراهة. وهو قول قتادة، والشعبي، والحكم، وإسحاق، ومالك في رواية؛ لأنه مغرر بصومه، لاحتمال أن يتحلل منه أجزاء إلى حلقه، فيفطره. وروي عنه لا يكره. وبه قال الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة. وروي ذلك عن علي، وابن عمر، وعروة، ومجاهد؛ لما رويناه من حديث عمر وغيره من الصحابة.

[فصل أصبح الصائم بين أسنانه طعام]

(٢٠٣٠) فصل: ومن أصبح بين أسنانه طعام؛ لم يخل من حالين: أحدهما؛ أن يكون يسيرا لا يمكنه لفظه، فازدرده، فإنه لا يفطر به؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، فأشبه الريق، قال ابن المنذر: أجمع على ذلك أهل العلم. الثاني، أن يكون كثيرا يمكن لفظه، فإن لفظه فلا شيء عليه، وإن ازدرده عامدا، فسد صومه في قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة: لا يفطر؛ لأنه لا بد له أن يبقى بين أسنانه شيء مما يأكله، فلا يمكن التحرز منه، فأشبه ما يجري به الريق. **ولنا** أنه بلع طعاما يمكنه لفظه باختياره، ذاكرا لصومه، فأفطر به، كما لو ابتدأ الأكل، ويخالف ما يجري به الريق، فإنه لا يمكنه لفظه. فإن قيل: يمكنه أن يبصق. قلنا: لا يخرج جميع الريق ببصاقه، وإن منع من ابتلاع ريقه كله لم يمكنه.

[فصل قطر الصائم في إحليله دهنا]

(٢٠٣١) فصل: فإن قطر في إحليله دهنا، لم يفطر به، سواء وصل إلى المثانة، أو لم يصل، وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يفطر؛ لأنه أوصل الدهن إلى جوف في جسده، فأفطر، كما لو نوى الجائفة، ولأن المني يخرج من الذكر فيفطره، وما أفطر بالخارج منه جاز أن يفطر بالداخل منه، كالفم. **ولنا** أنه ليس بين باطن الذكر والجوف منفذ، وإنما يخرج البول رشحا، فالذي يتركه فيه لا يصل إلى الجوف، فلا يفطره، كالذي يتركه في فيه ولم يبتلعه.." (١)

"[فصل الصائم إذا قبل فأمنى أو أمذى]

(٢٠٣٢) الفصل الرابع: إذا قبل فأمنى أو أمذى، ولا يخلو المقبل من ثلاثة أحوال؛ أحدها، أن لا ينزل، فلا يفسد صومه بذلك، لا نعلم فيه خلافا؛ لما روت عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان يقبل وهو صائم، وكان أملككم لإربه» ، رواه البخاري، ومسلم. ويروى بتحريك الراء وسكونها، قال الخطابي: معناهما واحد وهو حاجة النفس ووطرها، وقيل بالتسكين: العضو. وبالفتح: الحاجة. وروي عن عمر بن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٢٦

الخطاب – رضي الله عنه – أنه قال: «هششت فقبلت وأنا صائم، فقلت: يا رسول الله: صنعت اليوم أمرا عظيما، قبلت وأنا صائم. فقال: أرأيت لو تمضمضت من إناء وأنت صائم؟ قلت: لا بأس به، قال: فمه؟ .» رواه أبو داود. شبه القبلة بالمضمضة من حيث إنها من مقدمات الشهوة، وأن المضمضة إذا لم يكن معها نزول الماء لم يفطر، وإن كان معها نزوله أفطر. إلا أن أحمد ضعف هذا الحديث، وقال: ه ذا ريح، ليس من هذا شيء.

الحال الثاني، أن يمني فيفطر بغير خلاف نعلمه؛ لما ذكرناه من إيماء الخبرين، ولأنه إنزال بمباشرة، فأشبه الإنزال بالجماع دون الفرج. الحال الثالث، أن يمذي فيفطر عند إمامنا ومالك. وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يفطر. وروي ذلك عن الحسن، والشعبي، والأوزاعي، لأنه خارج لا يوجب الغسل، أشبه البول. **ولنا** أنه خارج تخلله الشهوة، خرج بالمباشرة، فأفسد الصوم، كالمني، وفارق البول بهذا، واللمس لشهوة كالقبلة في هذا. إذا ثبت هذا، فإن المقبل إذا كان ذا شهوة مفرطة، بحيث يغلب على ظنه أنه إذا قبل أنزل، لم تحل له القبلة؛ لأنها مفسدة لصومه، فحرمت، كالأكل. وإن كان ذا شهوة، لكنه لا يغلب على ظنه ذلك، كره له التقبيل؛ لأنه يعرض صومه للفطر، ولا يأمن عليه الفساد.

وقد روي عن عمر، أنه قال: رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في المنام، فأعرض عني،." (١)

"الثاني، أن يقترن به إنزال المني، فيفسد الصوم في قول إمامنا، وعطاء، والحسن البصري، ومالك، والحسن بن صالح. وقال جابر بن زيد، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر: لا يفسد؛ لأنه إنزال عن غير مباشرة، أشبه الإنزال بالفكر.

ولنا أنه إنزال بفعل يتلذذ به، ويمكن التحرز منه، فأفسد الصوم، كالإنزال باللمس، والفكر لا يمكن التحرز منه، بخلاف تكرار النظر. الثالث: مذي بتكرار النظر. فظاهر كلام أحمد، أنه لا يفطر به؛ لأنه لا نص في الفطر، ولا يمكن قياسه على إنزال المني، لمخالفته إياه في الأحكام، فيبقى على الأصل. فأما إن نظر فصرف بصره، لم يفسد صومه، سواء أنزل أو لم ينزل. وقال مالك: إن أنزل فسد صومه؛ لأنه أنزل بالنظر، أشبه ما لو كرره. **ولنا** أن النظرة الأولى لا يمكن التحرز منها، فلا يفسد الصوم ما أفضت إليه، كالفكرة، وعليه يخرج التكرار، فإذا ثبت هذا، فإن تكرار النظر مكروه لمن يحرك شهوته، غير مكروه لمن لا يحرك شهوته، كالقبلة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٧/٣

ويحتمل أن لا يكره بحال؛ لأن إفضاءه إلى الإنزال المفطر بعيد جدا، بخلاف القبلة، فإن حصول المذي بها ليس ببعيد.

[فصل إن فكر فأنزل لم يفسد صومه]

(٢٠٣٥) فصل: فإن فكر فأنزل، لم يفسد صومه. وحكي عن أبي حفص البرمكي، أنه يفسد. واختاره ابن عقيل؛ لأن الفكرة تستحضر، فتدخل تحت الاختيار، بدليل تأثيم صاحبها في مساكنتها، في بدعة وكفر، ومدح الله سبحانه الذين يتفكرون في خلق السموات والأرض ونهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن التفكر في ذات الله، وأمر بالتفكر في آلائه، ولو كانت غير مقدور عليها لم يتعلق ذلك بها، كالاحتلام. فأما إن خطر بقلبه صورة الفعل، فأنزل، لم يفسد صومه؛ لأن الخاطر لا يمكن دفعه.

ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما حدثت به أنفسها، ما لم تعمل أو تتكلم» . ولأنه لا نص في الفطر به ولا إجماع، ولا يمكن قياسه على المباشرة، ولا تكرار النظر، لأنه دونهما في استدعاء الشهوة، وإفضائه إلى الإنزال، ويخالفهما في التحريم إذا تعلق ذلك بأجنبية، أو الكراهة إن كان في زوجة، فيبقى على الأصل.." (١)

"[فصل المفسد للصوم]

(٢٠٣٦) الفصل السادس: أن المفسد للصوم من هذا كله ما كان عن عمد وقصد، فأما ما حصل منه عن غير قصد، كالغبار الذي يدخل حلقه من الطريق، ونخل الدقيق، والذبابة التي تدخل حلقه، أو يرش عليه الماء فيدخل مسامعه، أو أنفه أو حلقه، أو يلقى في ماء فيصل إلى جوفه، أو يسبق إلى حلقه من ماء المضمضة، أو يصب في حلقه أو أنفه شيء كرها، أو تداوى مأمومته أو جائفته بغير اختياره، أو يحجم كرها، أو تقبله امرأة بغير اختياره فينزل، أو ما أشبه هذا، فلا يفسد صومه، لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه لا فعل له فلا يفطر، كالاحتلام.

وأما إن أكره على شيء من ذلك بالوعيد، ففعله، فقال ابن عقيل: قال أصحابنا: لا يفطر به أيضا؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه.» قال: ويحتمل عندي أن يفطر؛ لأنه فعل المفطر لدفع الضرر عن نفسه، فأشبه المريض يفطر لدفع المرض، ومن يشرب لدفع العطش، ويفارق الملجأ؛ لأنه خرج بذلك عن حيز الفعل، ولذلك لا يضاف إليه، ولذلك افترقا فيما

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/٣

لو أكره على قتل آدمي، وألقي عليه.

[فصل متى أفطر بشيء من مفطرات الصيام فعليه القضاء]

(٢٠٣٧) الفصل السابع: أنه متى أفطر بشيء من ذلك فعليه القضاء، لا نعلم في ذلك خلافا؛ لأن الصوم كان ثابتا في الذمة، فلا تبرأ منه إلا بأدائه، ولم يؤده، فبقي على ما كان عليه؛ ولا كفارة في شيء مما ذكرناه، في ظاهر المذهب. وهو قول سعيد بن جبير، والنخعي، وابن سيرين، وحماد، والشافعي. وعن أحمد أن الكفارة تجب على من أنزل بلمس أو قبلة أو تكرار نظر؛ لأنه إنزال عن مباشرة، أشبه الإنزال بالجماع. وعنه في المحتجم، إن كان عالما بالنهي، فعليه الكفارة. وقال عطاء في المحتجم: عليه الكفارة. وقال مالك: تجب الكفارة بكل ما كان هتكا للصوم، إلا الردة؛ لأنه إفطار في رمضان أشبه الجماع.

وحكي عن عطاء، والحسن، والزهري، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، أن الفطر بالأكل والشرب يوجب ما يوجبه الجماع. وبه قال أبو حنيفة، إلا أنه اعتبر ما يتغذى به أو يتداوى به، فلو ابتلع حصاة أو نواة أو فستقة بقشرها، فلا كفارة عليه. واحتجوا بأنه أفطر بأعلى ما في الباب من جنسه، فوجبت عليه الكفارة كالمجامع. **ولنا** أنه أفطر بغير جماع، فلم توجب الكفارة، كبلع الحصاة أو التراب، أو كالردة عند مالك، ولأنه لا نص في إيجاب الكفارة بهذا ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الجماع، لأن الحاجة إلى الزجر عنه أمس، والحكم في التعدي به آكد، ولهذا يجب به الحد إذا كان محرما، ويختص بإفساد الحج دون سائر محظوراته، ووجوب البدنة، ولأنه في الغالب يفسد صوم اثنين، بخلاف غيره.

[فصل الواجب في قضاء رمضان عن كل يوم يوم]

(٢٠٣٨) فصل: والواجب في القضاء عن كل يوم يوم، في قول عامة الفقهاء. وقال أحمد: قال إبراهيم، ووكيع:." (١)

"يصوم ثلاثة آلاف يوم. وعجب أحمد من قولهما. وقال سعيد بن المسيب: من أفطر يوما متعمدا يصوم شهرا. وحكي عن ربيعة أنه قال: يجب مكان كل يوم اثنا عشر يوما؛ لأن رمضان يجزئ عن جميع السنة، وهي اثنا عشر شهرا.

ولنا قول الله تعالى: ﴿فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - في

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٣٠

قصة المجامع: «صم يوما مكانه» . رواه أبو داود. ولأن القضاء يكون على حسب الأداء، بدليل سائر العبادات، ولأن القضاء لا يختلف بالعذر وعدمه، بدليل الصلاة والحج، وما ذكروه تحكم لا دليل عليه، والتقدير لا يصار إليه إلا بنص أو إجماع، وليس معهم واحد منهما. وقول ربيعة يبطل بالمعذور. وذكر لأحمد حديث أبي هريرة: «من أفطر يوما من رمضان متعمدا، لم يقضه، ولو صام الدهر» ، فقال: ليس يصح هذا الحديث.

[مسألة فعل شيئا من مفطرات الصيام ناسيا]

(٢٠٣٩) مسألة: قال: (وإن فعل ذلك ناسيا، فهو على صومه ولا قضاء عليه) وجملته أن جميع ما ذكره الخرقي في هذه المسألة لا يفطر الصائم بفعله ناسيا. وروي عن علي - رضي الله عنه -: لا شيء على من أكل ناسيا. وهو قول أبي هريرة، وابن عمر، وعطاء، وطاوس، وابن أبي ذئب، والأوزاعي، والثوري، والشافعي، وأبي حنيفة، وإسحاق، وقال ربيعة، ومالك: يفطر؛ لأن ما لا يصح الصوم مع شيء من جنسه عمدا، لا يجوز مع سهوه، كالجماع، وترك النية، **ولنا**: ما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إذا أكل أحدكم أو شرب ناسيا، فليتم صومه، فإنما أطعمه الله وسقاه» . متفق عليه وفي لفظ: (من أكل أو شرب ناسيا، فلا يفطر، فإنما هو رزق رزقه الله) .

ولأنها عبادة ذات تحليل وتحريم، فكان في محظوراتها ما يختلف عمده وسهوه، كالصلاة والحج. وأما النية فليس تركها فعلا، ولأنها شرط، والشروط لا تسقط بالسهو، بخلاف المبطلات، والجماع حكمه أغلظ ويمكن التحرز عنه.

[فصل فعل شيئا من مفطرات الصيام وهو نائم]

(٢٠٤٠) فصل: وإن فعل شيئا من ذلك، وهو نائم، لم يفسد صومه؛ لأنه لا قصد له، ولا علم بالصوم، فهو أعذر من الناسي. وذكر أبو الخطاب. أن من فعل من هذا شيئا جاهلا بتحريمه، لم يفطر، ولم أره عن غيره. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أفطر الحاجم والمحجوم» . في حق الرجلين اللذين رآهما يحجم أحدهما صاحبه، مع جهلهما بتحريمه، يدل على أن الجهل لا يعذر به، ولأنه نوع جهل، فلم يمنع الفطر، كالجهل بالوقت في حق من يأكل يظن أن الفجر لم يطلع، وقد كان طلع.

[مسألة من استقاء فعليه القضاء]

(٢٠٤١) مسألة: قال: (ومن استقاء فعليه القضاء، ومن ذرعه القيء فلا شيء عليه)." [١]

"معنى استقاء: تقيأ مستدعيا للقيء. وذرعه: خروج من غير اختيار منه، فمن استقاء فعليه القضاء؛ لأن صومه يفسد به. ومن ذرعه فلا شيء عليه؛ وهذا قول عامة أهل العلم. قال الخطابي: لا أعلم بين أهل العلم فيه اختلافا.

وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إبطال صوم من استقاء عامدا وحكي عن ابن مسعود، وابن عباس، أن القيء لا يفطر. وروي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «ثلاث لا يفطرن الصائم: الحجامة والقيء والاحتلام» . ولأن الفطر بما يدخل لا بما يخرج. **ولنا** ما روى أبو هريرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من ذرعه القيء فليس عليه قضاء، ومن استقاء عامدا فليقض» . قال الترمذي: هذا حديث حسن غريب. ورواه أبو داود. وحديثهم غير محفوظ، يرويه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، وهو ضعيف في الحديث، قاله الترمذي.

والمعنى الذي ذكر لهم يبطل بالحيض والمني. (٢٠٤٢) فصل: وقليل القيء وكثيره سواء، في ظاهر قول الخرقي وهو إحدى الروايات عن أحمد، والرواية الثانية؛ لا يفطر إلا بملء الفم. لأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «ولكن دسعة تملأ الفم» . ولأن اليسير لا ينقض الوضوء، فلا يفطر كالبلغم. والثالثة، نصف الفم، لأنه ينقض الوضوء، فأفطر به كالكثير.

والأولى أولى لظاهر الحديث الذي رويناه، ولأن سائر المفطرات لا فرق بين قليلها وكثيرها وحديث الرواية الثانية لا نعرف له أصلا. ولا فرق بين كون القيء طعاما، أو مرارا، أو بلغما، أو دما، أو غيره؛ لأن الجميع داخل تحت عموم الحديث والمعنى، والله تعالى أعلم بالصواب.

[مسألة ارتد عن الإسلام وهو صائم]

(٢٠٤٣) مسألة: قال: (ومن ارتد عن الإسلام، فقد أفطر)." [٢]

"لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن من ارتد عن الإسلام في أثناء الصوم، أنه يفسد صومه، وعليه قضاء ذلك اليوم، إذا عاد إلى الإسلام. سواء أسلم في أثناء اليوم، أو بعد انقضائه، وسواء كانت ردته

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣١/٣

(٢) المغني لابن قدامة ١٣٢/٣

باعتقاده ما يكفر به، أو شكه فيما يكفر بالشك فيه، أو بالنطق بكلمة الكفر، مستهزئا أو غير مستهزئ، قال الله تعالى: ﴿ولئن سألتهم ليقولن إنما كنا نخوض ونلعب قل أبالله وآياته ورسوله كنتم تستهزئون﴾ [التوبة: ٦٥] ﴿لا تعتذروا قد كفرتم بعد إيمانكم﴾ [التوبة: ٦٦] . وذلك لأن الصوم عبادة من شرطها النية، فأبطلتها الردة، كالصلاة والحج، ولأنه عبادة محضة، فنافاها الكفر، كالصلاة.

[مسألة من نوى الإفطار]

(٢٠٤٤) مسألة: قال: (ومن نوى الإفطار فقد أفطر) هذا الظاهر من المذهب. وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي، إلا أن أصحاب الرأي قالوا: إن عاد فنوى قبل أن ينتصف النهار أجزأه. بناء على أصلهم أن الصوم يجزئ بنية من النهار.

وحكي عن ابن حامد أن الصوم لا يفسد بذلك؛ لأنها عبادة يلزم المضي في فاسدها، فلم تفسد بنية الخروج منها، كالحج. **ولنا** أنها عبادة من شرطها النية، ففسدت بنية الخروج منها، كالصلاة، ولأن الأصل اعتبار النية في جميع أجزاء العبادة، ولكن لما شق اعتبار حقيقتها اعتبر بقاء حكمها، وهو أن لا ينوي قطعها فإذا نواه زالت حقيقة وحكما، ففسد الصوم لزوال شرطه. وما ذكره ابن حامد لا يطرد في غير رمضان، ولا يصح القياس على الحج، فإنه يصح بالنية المطلقة والمبهمة، وبالنية عن غيره إذا لم يكن حج عن نفسه، فافترقا.

[فصل صوم النافلة]

فصل: فأما صوم النافلة، فإن نوى الفطر، ثم لم ينو الصوم بعد ذلك، لم يصح صومه؛ لأن النية انقطعت، ولم توجد نية غيرها فأشبه من لم ينو أصلا. وإن عاد فنوى الصوم، صح صومه، كما لو أصبح غير ناو للصوم؛ لأن نية الفطر إنما أبطلت الفرض لما فيه من قطع النية المشترطة في جميع النهار حكما وخلو بعض أجزاء النهار عنها، والنفل مخالف للفرض في ذلك، فلم تمنع صحته نية الفطر في زمن لا يشترط وجود نية الصوم فيه، ولأن نية الفطر لا تزيد على عدم النية في ذلك الوقت، وعدمها لا يمنع صحة الصوم إذا نوى بعد ذلك، فكذلك إذا نوى الفطر، ثم نوى الصوم بعده، بخلاف الواجب، فإنه لا يصح بنية من النهار.

وقد روي عن أحمد، أنه قال: إذا أصبح صائما، ثم عزم على الفطر، فلم يفطر حتى بدا له، ثم قال:." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٣/٣

"لا، بل أتم صومي من الواجب. لم يجزئه حتى يكون عازما على الصوم يومه كله، ولو كان تطوعا كان أسهل. وظاهر هذا موافق لما ذكرناه. وقد دل على صحته أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان يسأل أهله: هل من غداء؟ فإن قالوا: لا. قال: إني إذا صائم» .

[فصل نوى أنه سيفطر ساعة أخرى]

(٢٠٤٦) فصل: وإن نوى أنه سيفطر ساعة أخرى. فقال ابن عقيل هو كنية الفطر في وقته، وإن تردد في الفطر. فعلى وجهين، كما ذكرنا في الصلاة، وإن نوى أنني إن وجدت طعاما أفطرت، وإن لم أجد أتممت صومي. خرج فيه وجهان؛ أحدهما، يفطر؛ لأنه لم يبق جازما بنية الصوم، وكذلك لا يصح ابتداء النية بمثل هذا. والثاني: لا يفطر؛ لأنه لم ينو الفطر بنية صحيحة، فإن النية لا يصح تعليقها على شرط، ولذلك لا ينعقد الصوم بمثل هذه النية.

[مسألة جامع الصائم في الفرج فأنزل أو لم ينزل أو دون الفرج فأنزل عامدا أو ساهيا]

(٢٠٤٧) مسألة: قال: (ومن جامع في الفرج، فأنزل، أو لم ينزل، أو دون الفرج فأنزل عامدا أو ساهيا، فعليه القضاء والكفارة، إذا كان في شهر رمضان) لا نعلم بين أهل العلم خلافا، في أن من جامع في الفرج فأنزل أو لم ينزل، أو دون الفرج فأنزل، أنه يفسد صومه إذا كان عامدا، وقد دلت الأخبار الصحيحة على ذلك، وهذه المسألة فيها مسائل أربع؛ (٢٠٤٨) إحداها: أن من أفسد صوما واجبا بجماع، فعليه القضاء، سواء كان في رمضان أو غيره، وهذا قول أكثر الفقهاء. وقال الشافعي، في أحد قوليه: من لزمته الكفارة لا قضاء عليه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يأمر الأعرابي بالقضاء.

وحكي عن الأوزاعي أنه قال: إن كفر بالصيام فلا قضاء عليه؛ لأنه صام شهرين متتابعين. **ولنا** أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال للمجامع: «وصم يوما مكانه» . رواه أبو داود بإسناده، وابن ماجه، والأثرم. ولأنه أفسد يوما من رمضان، فلزمه قضاؤه، كما لو أفسده بالأكل، أو أفسد صومه الواجب بالجماع، فلزمه قضاؤه، كغير رمضان.

(٢٠٤٩) المسألة الثانية: أن الكفارة تلزم من جامع في الفرج في رمضان عامدا، أنزل أو لم ينزل في قول

عامة أهل العلم. وحكي عن الشعبي، والنخعي، وسعيد بن جبير: لا كفارة عليه؛ لأن الصوم عبادة لا تجب الكفارة بإفساد قضائها، فلا تجب في أدائها، كالصلاة.." (١)

"والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأنه معنى حرمه الصوم، فإذا وجد منه مكرها أو ناسيا، لم يفسده؛ كالأكل. وكان مالك، والأوزاعي، والليث، يوجبون القضاء دون الكفارة؛ لأن الكفارة لرفع الإثم، وهو محطوط عن الناسي. **ولنا** أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر الذي قال: وقعت على امرأتي. بالكفارة، ولم يسأله عن العمد، ولو افترق الحال لسأل واستفصل، ولأنه يجب التعليل بما تناوله لفظ السائل وهو الوقوع على المرأة في الصوم، ولأن السؤال كالمعاد في الجواب، فكأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من وقع على أهله في رمضان فليعتق رقبة» . فإن قيل: ففي الحديث ما يدل على العمد، وهو قوله: هلكت. وروي: احترقت.

قلنا: يجوز أن يخبر عن هلكته لما يعتقده في الجماع مع النسيان من إفساد الصوم، وخوفه من غير ذلك، ولأن الصوم عبادة تحرم الوطء، فاستوى فيها عمده وسهوه، كالحج، ولأن إفساد الصوم ووجوب الكفارة حكمان يتعلقان بالجماع، لا تسقطهما الشبهة، فاستوى فيهما العمد والسهو، كسائر أحكامه. (٢٠٥٢)

فصل: ولا فرق بين كون الفرج قبلا أو دبرا، من ذكر أو أنثى. وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة، في أشهر الروايتين عنه: لا كفارة في الوطء في الدبر؛ لأنه لا يحصل به الإحلال ولا الإحصان، فلا يوجب الكفارة، كالوطء دون الفرج. **ولنا** أنه أفسد صوم رمضان بجماع في الفرج، فأوجب الكفارة، كالوطء، وأما الوطء دون الفرج، فلنا فيه منع، وإن سلمنا، فلأن الجماع دون الفرج لا يفسد الصوم بمجرده؛ بخلاف الوطء في الدبر.

[فصل وطء الصائم في فرج البهيمة]

(٢٠٥٣) فصل: فأما الوطء في فرج البهيمة. فذكر القاضي، أنه موجب للكفارة؛ لأنه وطء في فرج موجب للغسل، مفسد للصوم، فأشبه وطء الآدمية. وفيه وجه آخر لا تجب به الكفارة. وذكره أبو الخطاب؛ لأنه لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص عليه، فإنه مخالف لوطء الآدمية في إيجاب الحد على إحدى الروايتين، وفي كثير من أحكامه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٤/٣

ولا فرق بين كون الموطوءة زوجة أو أجنبية، أو كبيرة أو صغيرة؛ لأنه إذا وجب بوطء الزوجة، فبوطء الأجنبية أولى.." (١)

"تجب على من وطئ في قضاء رمضان؛ لأنه عبادة تجب الكفارة في أدائها، فوجبت في قضائها، كالحج.

ولنا أنه جامع في غير رمضان، فلم تلزمه كفارة، كما لو جامع في صيام الكفارة، ويفارق القضاء الأداء؛ لأنه متعين بزمان محترم، فالجماع فيه هتك له، بخلاف القضاء.

[فصل جامع الصائم في أول النهار ثم مرض أو جن أو كانت امرأة فحاضت أو نفست في أثناء النهار]

(٢٠٦٠) فصل: وإذا جامع في أول النهار، ثم مرض أو جن، أو كانت امرأة فحاضت أو نفست في أثناء النهار، لم تسقط الكفارة. وبه قال مالك، والليث، وابن الماجشون، وإسحاق.

وقال أصحاب الرأي: لا كفارة عليهم. وللشافعي قولان كالمذهبين. واحتجوا بأن صوم هذا اليوم خرج عن كونه مستحقا، فلم يجب بالوطء فيه كفارة، كصوم المسافر، أو كما لو قامت البينة أنه من شوال.

ولنا: أنه معنى طرأ بعد وجوب الكفارة، فلم يسقطها، كالسفر، ولأنه أفسد صوما واجبا في رمضان بجماع ت ام، فاستقرت الكفارة عليه، كما لو لم يطرأ عذر، والوطء في صوم المسافر ممنوع، وإن سلم فالوطء ثم لم يوجب أصلا، لأنه وطء مباح، في سفر أبيح الفطر فيه، بخلاف مسألتنا، وكذا إذا تبين أنه من شوال، فإن الوطء غير موجب، لأنا تبينا أن الوطء لم يصادف رمضان، والموجب إنما هو الوطء المفسد لصوم رمضان.

[فصل طلع الفجر وهو مجامع في الصوم]

(٢٠٦١) فصل: إذا طلع الفجر وهو مجامع، فاستدام الجماع، فعليه القضاء والكفارة. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يجب القضاء دون الكفارة؛ لأن وطأه لم يصادف صوما صحيحا، فلم يوجب الكفارة، كما لو ترك النية وجامع.

ولنا أنه ترك صوم رمضان بجماع أثم به لحرمة الصوم، فوجبت به الكفارة، كما لو وطئ بعد طلوع الفجر، وعكسه إذا لم ينو، فإنه يتركه لترك النية لا الجماع، **ولنا** فيه منع أيضا. وأما إن نزع في الحال مع أول طلوع

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٦/٣

الفجر، فقال ابن حامد. والقاضي: عليه الكفارة أيضا؛ لأن النزع جماع يلتذ به، فتعلق به ما يتعلق بالاستدامة، كالإيلاج. وقال أبو حفص: لا قضاء عليه ولا كفارة. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه ترك للجماع، فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع، كما لو حلف لا يدخل دارا وهو فيها، فخرج منها، كذلك هاهنا. وقال مالك: يبطل صومه، ولا كفارة عليه؛ لأنه لا يقدر على أكثر مما فعله في ترك الجماع، فأشبه المكره. وهذه المسألة تقرب من الاستحالة، إذ لا يكاد يعلم أول طلوع الفجر على وجه يتعقبه النزع، من غير أن يكون قبله شيء من الجماع، فلا حاجة إلى فرضها، والكلام فيها.." (١)

"[فصل جامع يظن أن الفجر لم يطلع]

(٢٠٦٢) فصل: ومن جامع يظن أن الفجر لم يطلع، فتبين أنه كان قد طلع، فعليه القضاء والكفارة. وقال أصحاب الشافعي: لا كفارة عليه. ولو علم في أثناء الوطء فاستدام، فلا كفارة عليه أيضا؛ لأنه إذا لم يعلم لم يأثم، فلا يجب به كفارة، كوطء الناسي، وإن علم فاستدام فقد حصل الوطء الذي يأثم به في غير صوم. **ولنا** حديث المجامع، إذ أمره النبي - صلى الله عليه وسلم - بالتكفير، من غير تفريق ولا تفصيل. ولأنه أفسد صوم رمضان بجماع تام، فوجبت عليه الكفارة، كما لو علم، ووطء الناسي ممنوع. ثم لا يحصل به الفطر على الرواية الأخرى، بخلاف مسألتنا.

[مسألة كفارة الجماع في نهار رمضان]

(٢٠٦٣) مسألة: قال: (والكفارة عتق رقبة، فإن لم يمكنه فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا) المشهور من مذهب أبي عبد الله، أن كفارة الوطء في رمضان ككفارة الظهار في الترتيب، يلزمه العتق إن أمكنه، فإن عجز عنه انتقل إلى الصيام، فإن عجز انتقل إلى إطعام ستين مسكينا. وهذا قول جمهور العلماء. وبه يقول الثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وعن أحمد رواية أخرى، أنها على التخيير بين العتق والصيام والإطعام، وبأيها كفر أجزأه. وهو رواية عن مالك؛ لما روى مالك وابن جريج، عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، «أن رجلا أفطر في رمضان فأمره رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يكفر بعتق رقبة، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا» . رواه مسلم و (أو) حرف تخيير. ولأنها تجب بالمخالفة، فكانت على التخيير، ككفارة اليمين.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٩/٣

وروي عن مالك، أنه قال: الذي نأخذ به في الذي يصيب أهله في نهار رمضان، إطعام ستين مسكينا، أو صيام ذلك اليوم، وليس التحرير والصيام من كفارة رمضان في شيء. وهذا القول ليس بشيء؛ لمخالفته الحديث الصحيح، مع أنه ليس له أصل يعتمد عليه، ولا شيء يستند إليه، وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق أن تتبع. وأما الدليل على وجوب الترتيب فالحديث الصحيح، رواه معمر، ويونس، والأوزاعي، والليث، وموسى بن عقبة، وعبيد الله بن عمر، وعراك بن مالك، وإسماعيل بن أمية، ومحمد بن أبي عتيق، وغيرهم، عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «قال للواقع على أهله: هل تجد رقبة تعتقها؟ قال: لا. قال: فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين؟ قال: لا. قال: فهل تجد إطعام ستين مسكينا؟ قال:» لا. وذكر سائر الحديث، وهذا." (١)

"لفظ الترتيب، والأخذ بهذا أولى من رواية مالك؛ لأن أصحاب الزهري اتفقوا على روايته هكذا، سوى مالك وابن جريج، فيما علمنا، واحتمال الغلط فيهما أكثر من احتماله في سائر أصحابه.

ولأن الترتيب زيادة، والأخذ بالزيادة متعين. ولأن حديثنا لفظ النبي – صلى الله عليه وسلم – وحديثهم لفظ الراوي، ويحتمل أنه رواه ب (أو) لاعتقاده أن معنى اللفظين سواء، ولأنها كفارة فيها صوم شهرين متتابعين، فكانت على الترتيب، ككفارة الظهار والقتل.

[فصل دخول الصيام في كفارة الوطء في رمضان]

(٢٠٦٤) فصل: فإذا عدم الرقبة، انتقل إلى صيام شهرين متتابعين، ولا نعلم خلافا في دخول الصيام في كفارة الوطء، إلا شذوذا لا يعرج عليه، لمخالفة السنة الثابتة. ولا خلاف بين من أوجبه أنه شهران متتابعان، للخبر أيضا. فإن لم يشرع في الصيام حتى وجد الرقبة لزمه العتق؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – سأل المواقع عما يقدر عليه، حين أخبره بالعتق، ولم يسأله عما كان يقدر عليه حالة المواقعة، وهي حالة الوجوب، ولأنه وجد المبدل قبل التلبس بالبدل، فلزمه، كما لو كان واجدا له حال الوجوب.

وإن شرع في الصوم قبل القدرة على الإعتاق، ثم قدر عليه، لم يلزمه الخروج إليه، إلا أن يشاء العتق فيجزئه، ويكون قد فعل الأولى. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يلزمه الخروج؛ لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل، فبطل حكم المبدل، كالمتيمم يرى الماء. **ولنا** أنه شرع في الكفارة الواجبة عليه، فأجزأته، كما لو استمر العجز إلى فراغها، وفارق العتق التيمم لوجهين: أحدهما، أن التيمم لا يرفع الحدث، وإنما

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٤٠

يستره، فإذا وجد الماء ظهر حكمه، بخلاف الصوم، فإنه يرفع حكم الجماع بالكلية. الثاني، أن الصيام تطول مدته، فيشق إلزامه الجمع بينه وبين العتق، بخلاف الوضوء والتيمم.

[مسألة دخول الإطعام في كفارة الوطء في رمضان]

(٢٠٦٥) مسألة: قال: (فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، لكل مسكين مد من بر، أو نصف صاع من تمر أو شعير) لا نعلم خلافا بين أهل العلم في دخول الإطعام في كفارة الوطء في رمضان في الجملة، وهو مذكور في الخبر، والواجب فيه إطعام ستين مسكينا، في قول عامتهم، وهو في الخبر أيضا، ولأنه إطعام في كفارة فيها صوم شهرين متتابعين فكان إطعام ستين مسكينا ككفارة الظهار. واختلفوا في قدر ما يطعم كل مسكين، فذهب أحمد إلى أن لكل مسكين مد بر، وذلك خمسة عشر صاعا أو نصف صاع من تمر، أو شعير، فيكون الجميع ثلاثين صاعا.

وقال أبو حنيفة." (١)

"من البر لكل مسكين نصف صاع، ومن غيره صاع؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث سلمة بن صخر: «فأطعم وسقا من تمر» . رواه أبو داود. وقال أبو هريرة: يطعم مدا من أي الأنواع شاء. وبهذا قال عطاء، والأوزاعي، والشافعي؛ لما روى أبو هريرة، في حديث المجامع، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي بمكتل من تمر، قدره خمسة عشر صاعا، فقال: «خذ هذا، فأطعمه عنك» . رواه أبو داود. **ولنا** ما روى أحمد، حدثنا إسماعيل، حدثنا أيوب، عن أبي يزيد المدني قال: «جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - للمظاهر: أطعم هذا، فإن مدي شعير مكان مد بر» . ولأن فدية الأذى نصف صاع من التمر والشعير، بلا خلاف، فكذا هذا.

والمد من البر يقوم مقام نصف صاع من غيره، بدليل حديثنا، ولأن الإجزاء بمد منه قول ابن عمر، وابن عباس، وأبي هريرة، وزيد ولا مخالف لهم في الصحابة. وأما حديث سلمة بن صخر، فقد اختلف فيه، وحديث أصحاب الشافعي يجوز أن يكون الذي أتي به النبي - صلى الله عليه وسلم - قاصرا عن الواجب، فاجتزئ به لعجز المكفر عما سواه.

[فصل أخرج من الدقيق أو السويق كفارة الإفطار في رمضان]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤١/٣

(٢٠٦٦) فصل: فإن أخرج من الدقيق أو السويق أجزأ؛ لما ذكرناه فيما تقدم. وإن غدى المساكين أو عشاهم، لم يجزئه، في أظهر الروايتين عنه. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه قدر ما يجزئ في الدفع بمد أو نصف صاع، وإذا أطعمهم لا يعلم أن كل واحد منهم استوفى الواجب له، ووجه ذلك أن النبي – صلى الله عليه وسلم – بين قدر ما يطعمه كل مسكين بما ذكرنا من الأحاديث، وهي مقيدة لمطلق الإطعام المذكور، والمطلق يحمل على المقيد، ولا يعلم أن كل مسكين استوفى ما يجب له، ولأن الواجب تمليك المسكين طعامه، والإطعام إباحة، وليس بتمليك.

فعلى هذه الرواية؛ إن أفرد لكل مسكين قدر الواجب له، فأطعمه إي١ه، نظرت؛ فإن قال: هذا لك تتصرف فيه كيف شئت. أجزأه؛ لأنه قد ملكه إياه. وإن لم يقل له شيئا، احتمل أن يجزئه؛ لأنه قد أطعمه ما يجب له، فأشبه ما لو ملكه، واحتمل أن لا يجزئه؛ لأنه لم يملكه إياه.." (١)

"أخرى. وهذا قول الأوزاعي. وقال الزهري: لا بد من التكفير، وهذا خاص لذلك الأعرابي، لا يتعداه، بدليل أنه أخبر النبي – صلى الله عليه وسلم – بإعساره قبل أن يدفع إليه العرق، ولم يسقطها عنه، ولأنها كفارة واجبة، فلم تسقط بالعجز عنها، كسائر الكفارات. وهذا رواية ثانية عن أحمد، وهو قياس قول أبي حنيفة، والثوري، وأبي ثور. وعن الشافعي كالمذهبين. ولنا الحديث المذكور، ودعوى التخصيص لا تسمع بغير دليل.

وقولهم: إنه أخبر النبي – صلى الله عليه وسلم – بعجزه فلم يسقطها. قلنا: قد أسقطها عنه بعد ذلك، وهذا آخر الأمرين من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ولا يصح القياس على سائر الكفارات؛ لأنه اطراح للنص بالقياس، والنص أولى، والاعتبار بالعجز في حالة الوجوب، وهي حالة الوطء.

[مسألة جامع في رمضان فلم يكفر حتى جامع ثانية]

(٢٠٦٩) مسألة: قال: (وإن جامع، فلم يكفر حتى جامع ثانية، فكفارة واحدة) وجملته أنه إذا جامع ثانيا قبل التكفير عن الأول، لم يخل من أن يكون في يوم واحد، أو في يومين، فإن كان في يوم واحد، فكفارة واحدة تجزئه، بغير خلاف بين أهل العلم، وإن كان في يومين من رمضان، ففيه وجهان؛ أحدهما، تجزئه كفارة واحدة. وهو ظاهر إطلاق الخرقي، واختيار أبي بكر، ومذهب الزهري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي؛ لأنها جزاء عن جناية تكرر سببها قبل استيفائها، فيجب أن تتداخل كالحد.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٢/٣

والثاني: لا تجزئ واحدة، ويلزمه كفارتان. اختاره القاضي، وبعض أصحابنا. وهو قول مالك، والليث، والشافعي، وابن المنذر. وروي ذلك عن عطاء، ومكحول؛ لأن كل يوم عبادة منفردة، فإذا وجبت الكفارة بإفساده لم تتداخل، كرمضانين، وكالحجتين.

[مسألة جامع في رمضان ثم كفر ثم جامع ثانية]

(٢٠٧٠) مسألة: قال: (وإن كفر، ثم جامع ثانية، فكفارة ثانية) وجملته أنه إذا كفر، ثم جامع ثانية، لم يخل من أن يكون في يوم واحد، أو في يومين، فإن كان في يومين، فعليه كفارة ثانية، بغير خلاف نعلمه، وإن كان في يوم واحد. فعليه كفارة ثانية. نص عليه أحمد. وكذلك يخرج في كل من لزمه الإمساك وحرم عليه الجماع في نهار رمضان. وإن لم يكن صائما، مثل من لم يعلم برؤية الهلال إلا بعد طلوع الفجر، أو نسي النية، أو أكل عامدا، ثم جامع، فإنه يلزمه كفارة.

وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: لا شيء عليه بذلك الجماع؛ لأنه لم يصادف الصوم، ولم يمنع صحته، فلم يوجب شيئا، كالجماع في الليل. **ولنا** أن الصوم في رمضان عبادة تجب الكفارة بالجماع فيها، فتكررت بتكرر الوطء إذا كان." (١)

"لأن الأصل بقاء الصوم في ذمته، فلا يسقط بالشك، ولأنه أكل شاكا في النهار والليل، فلزمه القضاء، كما لو أكل شاكا في غروب الشمس. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر﴾ [البقرة: ١٨٧] .

مد الأكل إلى غاية التبين، وقد يكون شاكا قبل التبين، فلو لزمه القضاء لحرم عليه الأكل، وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فكلوا، واشربوا، حتى يؤذن ابن أم مكتوم» وكان رجلا أعمى، لا يؤذن حتى يقال له: أصبحت أصبحت. ولأن الأصل بقاء الليل، فيكون زمان الشك منه ما لم يعلم يقين زواله، بخلاف غروب الشمس، فإن الأصل بقاء النهار، فبنى عليه.

[فصل أكل الصائم شاكا في غروب الشمس]

(٢٠٧٧) فصل: وإن أكل شاكا في غروب الشمس، ولم يتبين، فعليه القضاء؛ لأن الأصل بقاء النهار. وإن كان حين الأكل ظانا أن الشمس قد غربت، أو أن الفجر لم يطلع، ثم شك بعد الأكل، ولم يتبين، فلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٤٤

قضاء عليه؛ لأنه لم يوجد يقين أزال ذلك الظن الذي بنى عليه، فأشبه ما لو صلى بالاجتهاد، ثم شك في الإصابة بعد صلاته.

[مسألة الجنب له أن يؤخر الغسل حتى يصبح ثم يغتسل ويتم صومه]

مسألة: قال: (ومباح لمن جامع بالليل أن لا يغتسل حتى يطلع الفجر، وهو على صومه) وجملته، أن الجنب له أن يؤخر الغسل حتى يصبح، ثم يغتسل، ويتم صومه، في قول عامة أهل العلم، منهم علي، وابن مسعود، وزيد، وأبو الدرداء، وأبو ذر، وابن عمر، وابن عباس، وعائشة، وأم سلمة - رضي الله عنهم -. وبه قال مالك والشافعي، في أهل الحجاز، وأبو حنيفة، والثوري، في أهل العراق والأوزاعي في أهل الشام، والليث، في أهل مصر، وإسحاق، وأبو عبيدة، في أهل الحديث، وداود، في أهل الظاهر. وكان أبو هريرة يقول: لا صوم له. ويروي ذلك عن النبي - صلى الله عليه وسلم - ثم رجع عنه، قال سعيد بن المسيب: رجع أبو هريرة عن فتياه.

وحكي عن الحسن، وسالم بن عبد الله، قالا: يتم صومه ويقضي. وعن النخعي في رواية: يقضي في الفرض دون التطوع. وعن عروة، وطاوس: إن علم بجنابته في رمضان، فلم يغتسل حتى أصبح، فهو مفطر، وإن لم يعلم، فهو صائم. وحجتهم حديث أبي هريرة، الذي رجع عنه. **ولنا** ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، قال: «ذهبت أنا وأبي حتى دخلنا على عائشة، فقالت: أشهد على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إن كان ليصبح جنبا، من جماع، من غير احتلام، ثم." (١)

"الشافعي.

وقال الليث: الكفارة على المرضع دون الحامل. وهو إحدى الروايتين عن مالك، لأن المرضع يمكنها أن تسترضع لولدها، بخلاف الحامل، ولأن الحمل متصل بالحامل، فالخوف عليه كالخوف على بعض أعضائها. وقال عطاء، والزهري، والحسن، وسعيد بن جبير، والنخعي، وأبو حنيفة: لا كفارة عليهما؛ لما روى أنس بن مالك رجل من بني كعب، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إن الله وضع عن المسافر شطر الصلاة، وعن الحامل والمرضع الصوم - أو - الصيام» والله لقد قالهما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أحدهما أو كليهما. رواه النسائي، والترمذي. وقال: هذا حديث حسن.

ولم يأمره بكفارة، ولأنه فطر أبيح لعذر، فلم يجب به كفارة، كالفطر للمرض. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿وعلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٤٨

الذين يطيقونه فدية طعام مسكين﴾ [البقرة: ١٨٤] . وهما داخلتان في عموم الآية. قال ابن عباس: كانت رخصة للشيخ الكبير، والمرأة الكبيرة، وهما يطيقان الصيام، أن يفطرا، ويطعما مكان كل يوم مسكينا، والحبلى والمرضع إذا خافتا على أولادهما، أفطرتا، وأطعمتا. رواه أبو داود. وروي ذلك عن ابن عمر، ولا مخالف لهما في الصحابة.

ولأنه فطر بسبب نفس عاجزة عن طريق الخلقة، فوجبت به الكفارة، كالشيخ الهرم، وخبرهم لم يتعرض للكفارة، فكانت موقوفة على الدليل، كالقضاء، فإن الحديث لم يتعرض له، والمريض أخف حالا من هاتين؛ لأنه يفطر بسبب نفسه. إذا ثبت هذا، فإن الواجب في إطعام المسكين مد بر، أو نصف صاع من تمر، أو شعير. والخلاف فيه، كالخلاف في إطعام المساكين في كفارة الجماع، إذا ثبت هذا، فإن القضاء لازم لهما. وقال ابن عمر، وابن عباس: لا قضاء عليهما؛ لأن الآية تناولتهما، وليس فيها إلا الإطعام، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن الله وضع عن الحامل والمرضع الصوم» . **ولنا** أنهما يطيقان القضاء، فلزمهما، كالحائض والنفساء، والآية أوجبت الإطعام، ولم تتعرض للقضاء، فأخذناه من دليل آخر. والمراد بوضع الصوم وضعه في مدة عذرهما، كما جاء في حديث عمرو بن أمية، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله وضع عن المسافر الصوم» . ولا يشبهان الشيخ الهرم،." [1]

"لأنه عاجز عن القضاء، وهما يقدران عليه.

قال أحمد: أذهب إلى حديث أبي هريرة. يعني ولا أقول بقول ابن عباس وابن عمر في منع القضاء.

[مسألة عجز عن الصوم لكبر]

(٢٠٨١) مسألة: قال: (وإذا عجز عن الصوم لكبر أفطر، وأطعم لكل يوم مسكينا) وجملة ذلك أن الشيخ الكبير، والعجوز، إذا كان يجهدهما الصوم، ويشق عليهما مشقة شديدة، فلهما أن يفطرا ويطعما لكل يوم مسكينا. وهذا قول علي، وابن عباس، وأبي هريرة، وأنس، وسعيد بن جبير، وطاوس، وأبي حنيفة، والثوري، والأوزاعي.

وقال مالك: لا يجب عليه شيء؛ لأنه ترك الصوم لعجزه، فلم تجب فدية، كما لو تركه لمرض اتصل به الموت. وللشافعي قولان كالمذهبين. **ولنا** الآية، وقول ابن عباس في تفسيرها: نزلت رخصة للشيخ الكبير. ولأن الأداء صوم واجب، فجاز أن يسقط إلى الكفارة كالقضاء.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٥٠

وأما المريض إذا مات، فلا يجب الإطعام؛ لأن ذلك يؤدي إلى أن يجب على الميت ابتداء، بخلاف ما إذا أمكنه الصوم، فلم يفعل حتى مات، لأن وجوب الإطعام يستند إلى حال الحياة، والشيخ الهرم له ذمة صحيحة، فإن كان عاجزا عن الإطعام أيضا فلا شيء عليه، و ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة: ٢٨٦] .

[فصل المريض الذي لا يرجى برؤه يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا]

(٢٠٨٢) فصل: والمريض الذي لا يرجى برؤه، يفطر، ويطعم لكل يوم مسكينا؛ لأنه في معنى الشيخ. قال أحمد، - رحمه الله - في من به شهوة الجماع غالبة، لا يملك نفسه، ويخاف أن تنشق أنثياه: أطعم. أباح له الفطر؛ لأنه يخاف على نفسه، فهو كالمريض، ومن يخاف على نفسه الهلاك لعطش أو نحوه، وأوجب الإطعام بدلا عن الصيام، وهذا محمول على من لا يرجو إمكان القضاء، فإن رجا ذلك فلا فدية عليه، والواجب انتظار القضاء وفعله إذا قدر عليه، لقوله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] .

وإنما يصار إلى الفدية عند اليأس من القضاء، فإن أطعم مع يأسه، ثم قدر على الصيام، احتمل أن لا يلزمه؛ لأن ذمته قد برئت بأداء الفدية التي كانت هي الواجب عليه، فلم يعد إلى الشغل بما برئت منه، ولهذا قال الخرقي: فمن كان مريضا لا يرجى برؤه، أو شيخا لا يستمسك على الراحلة، أقام من يحج عنه ويعتمر، وقد أجزأ عنه، وإن عوفي.

واحتمل أن يلزمه القضاء؛ لأن الإطعام بدل يأس، وقد تبينا ذهاب اليأس، فأشبه من اعتدت بالشهور عند اليأس من الحيض، ثم حاضت.

[مسألة حاضت المرأة أو نفست وهي صائمة]

(٢٠٨٣) مسألة: قال: (وإذا حاضت المرأة، أو نفست، أفطرت وقضت؛ فإن صامت، لم يجزئها)." (١)

"أجمع أهل العلم على أن الحائض والنفساء لا يحل لهما الصوم، وأنهما يفطران رمضان، ويقضيان، وأنهما إذا صامتا لم يجزئهما الصوم، وقد قالت عائشة: «كنا نحيض على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فنؤمر بقضاء الصوم، ولا نؤمر بقضاء الصلاة» . متفق عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥١/٣

والأمر إنما هو للنبي – صلى الله عليه وسلم –. وقال أبو سعيد: قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أليس إحداكن إذا حاضت لم تصل ولم تصم، فذلك من نقصان دينها» . رواه البخاري. والحائض والنفساء سواء؛ لأن دم النفاس هو دم الحيض، وحكمه حكمه. ومتى وجد الحيض في جزء من النهار فسد صوم ذلك اليوم، سواء وجد في أوله أو في آخره، ومتى نوت الحائض الصوم، وأمسكت، مع علمها بتحريم ذلك، أثمت، ولم يجزئها.

[مسألة مات وعليه صيام من رمضان]

(٢٠٨٤) مسألة: قال: (فإن أمكنها القضاء فلم تقض حتى ماتت، أطعم عنها لكل يوم مسكين) وجملة ذلك أن من مات وعليه صيام من رمضان، لم يخل من حالين؛ أحدهما، أن يموت قبل إمكان الصيام، إما لضيق الوقت، أو لعذر من مرض أو سفر، أو عجز عن الصوم، فهذا لا شيء عليه في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن طاوس وقتادة أنهما قالا: يجب الإطعام عنه؛ لأنه صوم واجب سقط بالعجز عنه، فوجب الإطعام عن، كالشيخ الهرم إذا ترك الصيام، لعجزه عنه.

ولنا أنه حق لله تعالى وجب بالشرع، مات من يجب عليه قبل إمكان فعله، فسقط إلى غير بدل، كالحج. ويفارق الشيخ الهرم؛ فإنه يجوز ابتداء الوجوب عليه، بخلاف الميت. الحال الثاني، أن يموت بعد إمكان القضاء، فالواجب أن يطعم عنه لكل يوم مسكين. وهذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن عائشة، وابن عباس. وبه قال مالك، والليث، والأوزاعي، والثوري، والشافعي، والحسن بن حي، وابن علية، وأبو عبيد، في الصحيح عنهم.

وقال أبو ثور: يصام عنه. وهو قول الشافعي؛ لما روت عائشة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من مات وعليه صيام، صام عنه وليه» . متفق عليه. وروي عن ابن عباس نحوه. **ولنا** ما روى ابن ماجه، عن ابن عمر، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من مات وعليه صيام شهر، فليطعم عنه مكان كل يوم مسكينا» . قال الترمذي: الصحيح عن ابن عمر موقوف.

وعن عائشة أيضا، قالت: يطعم عنه في قضاء رمضان، ولا يصام عنه. وعن ابن عباس، أنه سئل عن رجل مات وعليه نذر؟ يصوم شهرا، وعليه صوم رمضان. قال: أما رمضان فليطعم عنه، وأما النذر، فيصام عنه. رواه الأثرم في (السنن) . ولأن الصوم لا تدخله النيابة حال الحياة، فكذلك بعد الوفاة، كالصلاة." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٢/٣

"فأما حديثهم فهو في النذر؛ لأنه قد جاء مصرحا به في بعض ألفاظه، كذلك رواه البخاري عن ابن عباس، قال: «قالت امرأة: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم نذر، فأقضيه عنها؟ قال: أرأيت لو كان على أمك دين فقضيتيه، أكان يؤدي ذلك عنها؟ قالت: نعم. قال: فصومي عن أمك» .

وقالت عائشة، وابن عباس كقولنا، وهما راويا حديثهم، فدل على ما ذكرناه.

[فصل صوم النذر]

(٢٠٨٥) فصل: فأما صوم النذر فيفعله الولي عنه، وهذا قول ابن عباس، والليث، وأبي عبيد، وأبي ثور. وقال سائر من ذكرنا من الفقهاء: يطعم عنه؛ لما ذكرنا في صوم رمضان. ولنا الأحاديث الصحيحة التي رويناها قبل هذا، وسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أحق بالاتباع، وفيها غنية عن كل قول، والفرق بين النذر وغيره أن النيابة تدخل العبادة بحسب خفتها، والنذر أخف حكما؛ لكونه لم يجب بأصل الشرع، وإنما أوجبه الناذر على نفسه.

إذا ثبت هذا، فإن الصوم ليس بواجب على الولي؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - شبهه بالدين، ولا يجب على الولي قضاء دين الميت، وإنما يتعلق بتركته إن كانت له تركة، فإن لم يكن له تركة، فلا شيء على وارثه، لكن يستحب أن يقضى عنه، لتفريغ ذمته، وفك رهانه، كذلك هاهنا، ولا يختص ذلك بالولي، بل كل من صام عنه قضى ذلك عنه، وأجزأ؛ لأنه تبرع، فأشبه قضاء الدين عنه.

[مسألة لم تمت المفرطة في القضاء حتى أظلها شهر رمضان آخر]

(٢٠٨٦) مسألة: قال: (فإن لم تمت المفرطة حتى أظلها شهر رمضان آخر، صامته، ثم قضت ما كان عليها، ثم أطعمت لكل يوم مسكينا، وكذلك حكم المريض والمسافر في الموت والحياة، إذا فرطا في القضاء) وجملة ذلك، أن من عليه صوما من رمضان، فله تأخيره ما لم يدخل رمضان آخر؛ لما روت عائشة قالت: كان يكون علي الصيام من شهر رمضان، فما أقضيه حتى يجيء شعبان. متفق عليه.

ولا يجوز له تأخير القضاء إلى رمضان آخر من غير عذر؛ لأن عائشة - رضي الله عنها - لم تؤخره إلى ذلك، ولو أمكنها لأخرته، ولأن الصوم عبادة متكررة، فلم يجز تأخير الأولى عن الثانية، كالصلوات المفروضة. فإن أخره عن رمضان آخر نظرنا؛ فإن كان لعذر فليس عليه إلا القضاء، وإن كان لغير عذر، فعليه مع القضاء إطعام مسكين لكل يوم. وبهذا قال ابن عباس، وابن عمر، وأبو هريرة، ومجاهد، وسعيد

بن جبير، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق.

وقال الحسن،." [1]

"والنخعي، وأبو حنيفة: لا فدية عليه؛ لأنه صوم واجب، فلم يجب عليه في تأخيره كفارة، كما لو أخر الأداء والنذر. ولنا ما روي عن ابن عمر، وابن عباس، وأبي هريرة، أنهم قالوا: أطعم عن كل يوم مسكينا. ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلافهم. وروي مسندا من طريق ضعيف، ولأن تأخير صوم رمضان عن وقته إذا لم يوجب القضاء، أوجب الفدية، كالشيخ الهرم.

[فصل أخر القضاء لغير عذر حتى أدركه رمضانان أو أكثر]

(٢٠٨٧) فصل: فإن أخره لغير عذر حتى أدركه رمضانان أو أكثر، لم يكن عليه أكثر من فدية مع القضاء؛ لأن كثرة التأخير لا يزداد بها الواجب، كما لو أخر الحج الواجب سنين، لم يكن عليه أكثر من فعله.

[فصل مات المفرط بعد أن أدركه رمضان آخر]

(٢٠٨٨) فصل: وإن مات المفرط بعد أن أدركه رمضان آخر، أطعم عنه لكل يوم مسكين واحد. نص عليه أحمد، فيما روى عنه أبو داود، أن رجلا سأله عن امرأة أفطرت رمضان، ثم أدركها رمضان آخر، ثم ماتت؟ قال: يطعم عنها. قال له السائل: كم أطعم؟ قال: كم أفطرت؟ قال: ثلاثين يوما. قال اجمع ثلاثين مسكينا، وأطعمهم مرة واحدة، وأشبعهم. قال: ما أطعمهم؟ قال خبزا ولحما إن قدرت من أوسط طعامكم. وذلك لأنه بإخراج كفارة واحدة، أزال تفريطه بالتأخير، فصار كما لو مات من غير تفريط.

وقال أبو الخطاب: يطعم عنه لكل يوم فقيران؛ لأن الموت بعد التفريط بدون التأخير عن رمضان آخر يوجب كفارة، والتأخير بدون الموت يوجب كفارة، فإذا اجتمعا وجبت كفارتان، كما لو فرط في يومين.

[فصل التطوع بالصوم ممن عليه صوم فرض]

(٢٠٨٩) فصل: واختلفت الرواية عن أحمد في جواز التطوع بالصوم، ممن عليه صوم فرض، فنقل عنه حنبل أنه قال: لا يجوز له أن يتطوع بالصوم، وعليه صوم من الفرض حتى يقضيه، يبدأ بالفرض، وإن كان عليه نذر صامه يعني بعد الفرض. وروى حنبل، عن أحمد بإسناده عن أبي هريرة، أن رسول الله – صلى

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٣/٣

الله عليه وسلم – قال: «من صام تطوعا، وعليه من رمضان شيء لم يقضه، فإنه لا يتقبل منه حتى يصومه» . ولأنه عبادة يدخل في جبرانها المال، فلم يصح التطوع بها قبل أداء فرضها، كالحج. وروي عن أحمد، أنه يجوز." (١)

"الإصبع والضرس؛ لعموم الآية فيه، ولأن المسافر يباح له الفطر وإن لم يحتج إليه، فكذلك المريض. **ولنا** أنه شاهد للشهر، لا يؤذيه الصوم، فلزمه، كالصحيح، والآية مخصوصة في المسافر والمريض جميعا، بدليل أن المسافر لا يباح له الفطر في السفر القصير، والفرق بين المسافر والمريض، أن السفر اعتبرت فيه المظنة، وهو السفر الطويل، حيث لم يمكن اعتبار الحكمة بنفسها، فإن قليل المشقة لا يبيح، وكثيرها لا ضابط له في نفسه، فاعتبرت بمظنتها، وهو السفر الطويل، فدار الحكم مع المظنة وجودا وعدما، والمرض لا ضابط له؛ فإن الأمراض تختلف، منها ما يضر صاحبه الصوم ومنها ما لا أثر للصوم فيه، كوجع الضرس، وجرح في الإصبع، والدمل، والقرحة اليسيرة، والجرب، وأشباه ذلك، فلم يصلح المرض ضابطا، وأمكن اعتبار الحكمة، وهو ما يخاف منه الضرر، فوجب اعتباره.

فإذا ثبت هذا، فإن تحمل المريض وصام مع هذا، فقد فعل مكروها؛ لما يتضمنه من الإضرار بنفسه، وتركه تخفيف الله تعالى، وقبول رخصته، ويصح صومه ويجزئه؛ لأنه عزيمة أبيح تركها رخصة، فإذا تحمله أجزأه، كالمريض الذي يباح له ترك الجمعة إذا حضرها، والذي يباح له ترك القيام في الصلاة إذا قام فيها. (٢٠٩٢)

فصل: والصحيح الذي يخشى المرض بالصيام، كالمريض الذي يخاف زيادته في إباحة الفطر؛ لأن المريض إنما أبيح له الفطر خوفا مما يتجدد بصيامه، من زيادة المرض وتطاوله، فالخوف من تجدد المرض في معناه.

قال أحمد في من به شهوة غالبة للجماع، يخاف أن تنشق أنثياه، فله الفطر. وقال في الجارية: تصوم إذا حاضت، فإن جهدها الصوم فلتفطر، ولتقض. يعني إذا حاضت وهي صغيرة لم تبلغ خمس عشرة سنة. قال القاضي: هذا إذا كانت تخاف المرض بالصيام، أبيح لها الفطر، وإلا فلا.

[فصل أبيح له الفطر لشدة شبقه]

(٢٠٩٣) فصل: ومن أبيح له الفطر لشدة شبقه، إن أمكنه استدفاع الشهوة بغير جماع، كالاستمناء بيده، أو بيد امرأته أو جاريته، لم يجز له الجماع؛ لأنه فطر للضرورة، فلم تبح له الزيادة على ما تندفع به الضرورة،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٤/٣

كأكل الميتة عند الضرورة. وإن جامع فعليه الكفارة. وكذلك إن أمكنه دفعها بما لا يفسد صوم غيره، كوطء زوجته أو أمته الصغيرة، أو الكتابية، أو مباشرة الكبيرة المسلمة دون الفرج." (١)

"المسيب، والشعبي، والأوزاعي، وإسحاق. وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: الصوم أفضل لمن قوي عليه.

ويروى ذلك عن أنس، وعثمان بن أبي العاص واحتجوا بما روي عن مسلمة بن المحبق، أن النبي - صلى الله عليه وسلم -، قال: «من كانت له حمولة يأوي إلى شبع، فليصم رمضان حيث أدركه» رواه أبو داود، ولأن من خير بين الصوم والفطر، كان الصوم أفضل كالتطوع.

وقال عمر بن عبد العزيز، ومجاهد، وقتادة: أفضل الأمرين أيسرهما؛ لقول الله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر﴾ [البقرة: ١٨٥] ولما روى أبو داود، عن حمزة بن عمرو، قال: «قلت يا رسول الله، إني صاحب ظهر، أعالجه وأسافر عليه، وأكريه، وإنه ربما صادفني هذا الشهر - يعني رمضان - وأنا أجد القوة، وأنا شاب، وأجدني أن أصم، يا رسول الله، أهون علي من أن أؤخر، فيكون دينا علي، أفأصوم يا رسول الله أعظم لأجري، أم أفطر؟ قال: أي ذلك شئت يا حمزة» **ولنا**، ما تقدم من الأخبار في الفصل الذي قبله وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «خيركم الذي يفطر في السفر ويقصر» ولأن في الفطر خروجا من الخلاف، فكان أفضل، كالقصر. وقياسهم ينتقض بالمريض وبصوم الأيام المكروه صومها.

[مسألة قضاء شهر رمضان متفرقا والتتابع أحسن]

(٢٠٩٦) مسألة: قال (وقضاء شهر رمضان متفرقا يجزئ، والمتتابع أحسن) هذا قول ابن عباس، وأنس بن مالك، وأبي هريرة، وابن محيريز، وأبي قلابة، ومجاهد، وأهل المدينة، والحسن، وسعيد بن المسيب، وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وإليه ذهب مالك، وأبو حنيفة، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق وحكي وجوب التتابع عن علي وابن عمر والنخعي، والشعبي وقال داود: يجب، ولا يشترط؛ لما روى ابن المنذر، بإسناده عن أبي هريرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من كان عليه صوم رمضان، فليسرده، ولا يقطعه» **ولنا** إطلاق قول الله تعالى: ﴿فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] غير مقيد بالتتابع. فإن قيل: قد روي عن عائشة، أنها قالت: نزلت " فعدة من أيام أخر متتابعات " فسقطت " متتابعات " قلنا: هذا لم يثبت عندنا صحته، ولو صح فقد سقطت اللفظة المحتج بها.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٦/٣

وأيضا قول الصحابة، قال ابن عمر: إن سافر؛ فإن شاء فرق، وإن شاء تابع وروي مرفوعا إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – وقال أبو عبيدة بن الجراح، في قضاء رمضان: إن الله لم يرخص لكم في فطره، وهو يريد أن يشق عليكم في قضائه وروى الأثرم، بإسناده عن محمد بن المنكدر، أنه قال: بلغني «أن رسول الله." (١)

"– صلى الله عليه وسلم – سئل عن تقطيع قضاء رمضان؟ فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: لو كان على أحدكم دين، فقضاه من الدرهم والدرهمين، حتى يقضي ما عليه من الدين، هل كان ذلك قاضيا دينه؟ قالوا: نعم، يا رسول الله. قال: فالله أحق بالعفو والتجاوز منكم» ولأنه صوم لا يتعلق بزمان بعينه.

فلم يجب فيه التتابع، كالنذر المطلق، وخبرهم لم يثبت صحته، فإن أهل السنن لم يذكروه، ولو صح حملناه على الاستحباب، فإن المتتابع أحسن؛ لما فيه من موافقة الخبر، والخروج من الخلاف وشبهه بالأداء، والله أعلم.

[مسألة من دخل في صيام تطوع فخرج منه فلا قضاء عليه]

(٢٠٩٧) مسألة؛ قال: (ومن دخل في صيام تطوع، فخرج منه، فلا قضاء عليه، وإن قضاه فحسن) وجملة ذلك أن من دخل في صيام تطوع، استحب له إتمامه، ولم يجب، فإن خرج منه، فلا قضاء عليه، روي عن ابن عمر، وابن عباس أنهما أصبحا صائمين، ثم أفطرا، وقال ابن عمر: لا بأس به، ما لم يكن نذرا أو قضاء رمضان وقال ابن عباس: إذا صام الرجل تطوعا، ثم شاء أن يقطعه قطعه، وإذا دخل في صلاة تطوعا، ثم شاء أن يقطعها قطعها وقال ابن مسعود: متى أصبحت تريد الصوم، فأنت على آخر النظرين، إن شئت صمت، وإن شئت أفطرت هذا مذهب أحمد، والثوري، والشافعي، وإسحاق

وقد روى حنبل، عن أحمد، إذا أجمع على الصيام، فأوجبه على نفسه، فأفطر من غير عذر، أعاد يوما مكان ذلك اليوم. وهذا محمول على أنه استحب ذلك، أو نذره ليكون موافقا لسائر الروايات عنه.

وقال النخعي، وأبو حنيفة، ومالك: يلزم بالشروع فيه ولا يخرج منه إلا بعذر، فإن خرج قضى. وعن مالك: لا قضاء عليه.

واحتج من أوجب القضاء بما روي عن عائشة، أنها قالت: «أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين،

(١) المغني لابن قدامة ١٥٨/٣

فأهدي لنا حيس، فأفطرنا، ثم سألنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: اقضيا يوما مكانه» ولأنها عبادة تلزم بالنذر فلزمت بالشروع فيها، كالحج والعمرة. **ولنا**، ما روى مسلم، وأبو داود، والنسائي، عن عائشة، «قالت دخل علي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يوما، فقال: هل عندكم شيء؟ فقلت: لا. قال: فإني صائم. ثم مر بعد ذلك اليوم، وقد أهدي إلي حيس، فخبأت له منه، وكان يحب الحيس. قلت: يا رسول الله، إنه أهدي لنا." (١)

"أول الصوم نفلا وباقيه فرضا، كما لو شرع في صوم يوم تطوعا، ثم نذر إتمامه. واختار أبو الخطاب أنه يلزمه القضاء؛ لأنه عبادة بدنية بلغ في أثنائها بعد مضي بعض أركانها، فلزمته إعادتها، كالصلاة، والحج إذا بلغ بعد الوقوف، وهذا لأنه ببلوغه يلزمه صوم جميعه، والماضي قبل بلوغه نفل، فلم يجز عن الفرض، ولهذا لو نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم والناذر صائم؛ لزمه القضاء، فأما ما مضى من الشهر قبل بلوغه، فلا قضاء عليه، وسواء كان قد صامه أو أفطره، هذا قول عامة أهل العلم. وقال الأوزاعي: يقضيه إن كان أفطره وهو مطيق لصيامه.

ولنا أنه زمن مضى في حال صباه، فلم يلزمه قضاء الصوم فيه، كما لو بلغ بعد انسلاخ رمضان. وإن بلغ الصبي وهو مفطر، فهل يلزمه إمساك ذلك اليوم وقضاؤه؟ على روايتين.

[مسألة أسلم الكافر في شهر رمضان]

(٢١٠٣) مسألة: قال (وإذا أسلم الكافر في شهر رمضان، صام ما يستقبل من بقية شهره) أما صوم ما يستقبله من بقية شهره، فلا خلاف فيه، وأما قضاء ما مضى من الشهر قبل إسلامه، فلا يجب. وبهذا قال الشعبي، وقتادة، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال عطاء: عليه قضاؤه. وعن الحسن كالمذهبين.

ولنا، أن ما مضى عبادة خرجت في حال كفره، فلم يلزمه قضاؤه، كالرمضان الماضي. (٢١٠٤) فصل: فأما اليوم الذي أسلم فيه، فإنه يلزمه إمساكه ويقضيه. هذا المنصوص عن أحمد وبه قال الماجشون، وإسحاق.

وقال مالك، وأبو ثور وابن المنذر: لا قضاء عليه؛ لأنه لم يدرك في زمن العبادة ما يمكنه التلبس بها فيه،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٩/٣

فأشبه ما لو أسلم بعد خروج اليوم، وقد روي ذلك عن أحمد. **ولنا** أنه أدرك جزءا من وقت العبادة فلزمته، كما لو أدرك جزءا من وقت الصلاة.." (١)

"(٢١٠٥) فصل: فأما المجنون إذا أفاق في أثناء الشهر، فعليه صوم ما بقي من الأيام، بغير خلاف. وفي قضاء اليوم الذي أفاق فيه وإمساكه روايتان. ولا يلزمه قضاء ما مضى.

وبهذا قال أبو ثور، والشافعي في الجديد. وقال مالك: يقضي، وإن مضى عليه سنون. وعن أحمد مثله، وهو قول الشافعي في القديم؛ لأنه معنى يزيل العقل، فلم يمنع وجوب الصوم، كالإغماء. وقال أبو حنيفة: إن جن جميع الشهر، فلا قضاء عليه، وإن أفاق في أثنائه قضى، ما مضى؛ لأن الجنون لا ينافي الصوم بدليل ما لو جن في أثناء الصوم لم يفسد، فإذا وجد في بعض الشهر، وجب القضاء، كالإغماء. **ولنا** أنه معنى يزيل التكليف، فلم يجب القضاء في زمانه، كالصغر والكفر. ويخص أبا حنيفة بأنه معنى، لو وجد في جميع الشهر أسقط القضاء، فإذا وجد في بعضه أسقطه، كالصغر والكفر، ويفارق الإغماء في ذلك.

[مسألة رأى هلال شهر رمضان وحده]

(٢١٠٦) مسألة: قال: (وإذا رأى هلال شهر رمضان وحده، صام) المشهور في المذهب أنه متى رأى الهلال واحد لزمه الصيام، عدلا كان أو غير عدل، شهد عند الحاكم أو لم يشهد، قبلت شهادته أو ردت. وهذا قول مالك، والليث، والشافعي، وأصحاب الرأي، وابن المنذر.

وقال عطاء، وإسحاق: لا يصوم. وقد روى حنبل عن أحمد: لا يصوم إلا في جماعة الناس. وروي نحوه عن الحسن وابن سيرين؛ لأنه يوم محكوم به من شعبان، فأشبه التاسع والعشرين. **ولنا** أنه تيقن أنه من رمضان فلزمه صومه، كما لو حكم به الحاكم. وكونه محكوما به من شعبان ظاهر في حق غيره، وأما في الباطن فهو يعلم أنه من رمضان، فلزمه صيامه كالعدل. (٢١٠٧) فصل: فإن أفطر ذلك اليوم بجماع، فعليه الكفارة.

وقال أبو حنيفة لا تجب؛ لأنها عقوبة، فلا تجب بفعل مختلف فيه، كالحد. **ولنا** أنه أفطر يوما من رمضان بجماع، فوجبت به عليه الكفارة، كما لو قبلت شهادته، ولا نسلم أن الكفارة عقوبة، ثم قياسهم ينتقض بوجوب الكفارة في السفر القصير، مع وقوع الخلاف فيه.." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٢/٣

(٢) المغني لابن قدامة ١٦٣/٣

"**ولنا** خبر عبد الرحمن بن زيد بن الخطاب، وعن ابن عمر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه «أجاز شهادة رجل واحد على رؤية الهلال، وكان لا يجيز على شهادة الإفطار إلا شهادة رجلين» . ولأنها شهادة على هلال لا يدخل بها في العبادة، فلم تقبل فيه إلا شهادة اثنين كسائر الشهود، وهذا يفارق الخبر؛ لأن الخبر يقبل فيه قول المخبر مع وجود المخبر عنه، وفلان عن فلان، وهذا لا يقبل فيه ذلك، فافترقا. (٢١١٢)

فصل: ولا يقبل فيه شهادة رجل وامرأتين، ولا شهادة النساء المنفردات وإن كثرن، وكذلك سائر الشهور؛ لأنه مما يطلع عليه الرجال، وليس بمال، ولا يقصد به المال، فأشبه القصاص، وكان القياس يقتضي مثل ذلك في رمضان، لكن تركناه احتياطا للعبادة. (٢١١٣)

فصل: وإذا صاموا بشهادة اثنين ثلاثين يوما، ولم يروا هلال شوال،؛ أفطروا وجها واحدا. وإن صاموا بشهادة واحد، فلم يروا الهلال؛ ففيه وجهان: أحدهما: لا يفطرون؛ لقوله - عليه السلام -: «وإن شهد اثنان فصوموا وأفطروا» . ولأنه فطر، فلم يجز أن يستند إلى شهادة واحد، كما لو شهد بهلال شوال. والثاني: يفطرون. وهو منصوص الشافعي، ويحكى عن أبي حنيفة؛ لأن الصوم إذا وجب الفطر لاستكمال العدة، لا بالشهادة، وقد يثبت تبعا ما لا يثبت أصلا، بدليل أن النسب لا يثبت بشهادة النساء، وتثبت بها الولادة، فإذا ثبتت الولادة ثبت النسب على وجه التبع للولادة، كذا هاهنا.

وإن صاموا لأجل الغيم؛ لم يفطروا وجها واحدا؛ لأن الصوم إنما كان على وجه الاحتياط، فلا يجوز الخروج منه بمثل ذلك، والله أعلم.

[مسألة لا يفطر إذا رأى هلال شوال وحده]

(٢١١٤) مسألة: قال: (ولا يفطر إذا رآه وحده) وروي هذا عن مالك، والليث. وقال الشافعي: يحل له أن يأكل حيث لا يراه أحد؛ لأنه يتيقنه من شوال، فجاز له الأكل، كما لو قامت به بينة. **ولنا**، ما روى أبو رجاء عن أبي قلابة، أن رجلين قدما المدينة وقد رأيا الهلال، وقد أصبح الناس صياما. فأتيا عمر. فذكرا ذلك له، فقال لأحدهما: أصائم أنت؟ قال: بل مفطر. قال: ما حملك على هذا؟ قال: لم أكن لأصوم وقد رأيت الهلال. وقال للآخر، قال: أنا صائم.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٦٦

"الشك فبان من رمضان. وليس بصحيح؛ لأنه أدى فرضه بالاجتهاد في محله، فإذا أصاب أو لم يعلم الحال؛ أجزأه كالقبلة إذا اشتبهت، أو الصلاة في يوم الغيم إذا اشتبه وقتها، وفارق يوم الشك، فإنه ليس بمحل الاجتهاد، فإن الشرع أمر بالصوم عند أمارة عينها، فما لم توجد لم يجز الصوم. الحال الثالث: وافق قبل الشهر، فلا يجزئه، في قول عامة الفقهاء.

وقال بعض الشافعية: يجزئه في أحد الوجهين، كما لو اشتبه يوم عرفة فوقفوا قبله. ولنا أنه أتى بالعبادة قبل وقتها، فلم يجزئه، كالصلاة في يوم الغيم. وأما الحج فلا نسلمه إلا فيما إذا أخطأ الناس كلهم، لعظم المشقة عليهم، وإن وقع ذلك لنفر منهم لم يجزئهم. ولأن ذلك لا يؤمن مثله في القضاء، بخلاف الصوم. الحال الرابع: أن يوافق بعضه رمضان دون بعض، فما وافق رمضان أو بعده؛ أجزأه وما وافق قبله؛ لم يجزئه. (٢١١٧)

فصل: وإذا وافق صومه بعد الشهر، اعتبر أن يكون ما صامه بعدة أيام شهره الذي فاته، سواء وافق ما بين هلالين أو لم يوافق، وسواء كان الشهران تامين أو ناقصين. ولا يجزئه أقل من ذلك.

وقال القاضي: ظاهر كلام الخرقي: أنه إذا وافق شهرا بين هلالين أجزأه، سواء كان الشهران تامين أو ناقصين، أو أحدهما تاما والآخر ناقصا. وليس بصحيح؛ فإن الله تعالى قال: ﴿فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] . ولأنه فاته شهر رمضان، فوجب أن يكون صيامه بعدة ما فاته، كالمريض والمسافر. وليس في كلام الخرقي تعرض لهذا التفصيل، فلا يجوز حمل كلامه على ما يخالف الكتاب والصواب.

فإن قيل: أليس إذا نذر صوم شهر يجزئه ما بين هلالين؟ قلنا: الإطلاق يحمل على ما تناوله الاسم، والاسم يتناول ما بين الهلالين، وهاهنا يجب قضاء ما ترك، فيجب أن يراعى فيه عدة المتروك، كما أن من نذر صلاة أجزأه ركعتان، ولو ترك صلاة وجب قضاؤها بعدة ركعاتها، كذلك هاهنا الواجب بعدة ما فاته من الأيام، سواء كان ما صامه بين هلالين أو من شهرين، فإن دخل في صيامه يوم عيد لم يعتد به، وإن وافق أيام التشريق، فهل يعتد بها؟ على روايتين: بناء على صحة صومها على الفرض. (٢١١٨)

فصل: وإن لم يغلب على ظن الأسير دخول رمضان فصام، لم يجزئه، وإن وافق الشهر؛ لأنه صامه على الشك؛." (١)

"وبعال» . إلا أنه من رواية الواقدي، وهو ضعيف. وعن عمرو بن العاص، أنه قال: هذه الأيام التي كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يأمر بإفطارها، وينهى عن صيامها. قال مالك: وهي أيام التشريق.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٨/٣

رواه أبو داود ولا يحل صيامها تطوعا، في قول أكثر أهل العلم، وعن ابن الزبير أنه كان يصومها. وروي نحو ذلك عن ابن عمر الأسود بن يزيد وعن أبي طلحة أنه كان لا يفطر إلا يومي العيدين. والظاهر أن هؤلاء لم يبلغهم نهي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن صيامها، ولو بلغهم لم يعدوه إلى غيره.

وقد روى أبو مرة مولى أم هانئ، أنه دخل مع عبد الله بن عمرو على أبيه عمرو بن العاص، فقرب إليهما طعاما، فقال: كل، فقال: إني صائم. فقال عمرو: كل، فهذه الأيام التي كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يأمر بإفطارها، وينهى عن صيامها. والظاهر أن عبد الله بن عمرو أفطر لما بلغه نهي رسول الله – صلى الله عليه وسلم –.

وأما صومها للفرض، ففيه روايتان: إحداهما: لا يجوز؛ لأنه منهي عن صومها، فأشبهت يومي العيد. والثانية: يصح صومها للفرض؛ لما روي عن ابن عمرو، وعائشة، أنهما قالا: لم يرخص في أيام التشريق أن يصمن إلا لمن لم يجد الهدي أي: المتمتع إذا عدم الهدي، وهو حديث صحيح، رواه البخاري ويقاس عليه كل مفروض.

[فصل إفراد يوم الجمعة بالصوم]

(٢١٢٢) فصل: ويكره إفراد يوم الجمعة بالصوم، إلا أن يوافق ذلك صوما كان يصومه، مثل من يصوم يوما ويفطر يوما فيوافق صومه يوم الجمعة، ومن عادته صوم أول يوم من الشهر، أو آخره، أو يوم نصفه، ونحو ذلك. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم. قال: قيل لأبي عبد الله: صيام يوم الجمعة؟ فذكر حديث النهي أن يفرد، ثم قال: إلا أن يكون في صيام كان يصومه، وأما أن يفرد فلا. قال: قلت: رجل كان يصوم يوما ويفطر يوما، فوقع فطره يوم الخميس، وصومه يوم الجمعة، وفطره يوم السبت، فصام الجمعة مفردا؟ فقال: هذا الآن لم يتعمد صومه خاصة، إنما كره أن يتعمد الجمعة.

وقال أبو حنيفة، ومالك: لا يكره إفراد الجمعة؛ لأنه يوم، فأشبه سائر الأيام. ولنا ما روى أبو هريرة، قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «لا يصومن أحدكم يوم الجمعة،." (١)

"ولا يفر إذا لاقى» . وفي رواية: «وهو أفضل الصيام. فقلت: إني أطيق أفضل من ذلك. قال: لا أفضل من ذلك» . رواه البخاري.

(١) المغني لابن قدامة ٣/١٧٠

[مسألة الهلال إذا رئي نهارا قبل الزوال أو بعده وكان ذلك في آخر رمضان]

(٢١٢٦) مسألة: قال: (وإذا رئي الهلال نهارا، قبل الزوال أو بعده، فهو لليلة المقبلة) وجملة ذلك أن المشهور عن أحمد، أن الهلال إذا رئي نهارا قبل الزوال أو بعده، وكان ذلك في آخر رمضان، لم يفطروا برؤيته. وهذا قول عمر، وابن عمر، وابن مسعود، وأنس، والأوزاعي، ومالك، والليث، والشافعي، وإسحاق، وأبي حنيفة.

وقال الثوري، وأبو يوسف: إن رئي قبل الزوال فهو لليلة الماضية، وإن كان بعده فهو لليلة المقبلة. وروي ذلك عن عمر - رضي الله عنه -. رواه سعيد؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «صوموا لرؤيته، وأفطروا لرؤيته» . وقد رأوه، فيجب الصوم والفطر، ولأن ما قبل الزوال أقرب إلى الماضية.

وحكي هذا رواية عن أحمد. **ولنا** ما روى أبو وائل، قال: جاءنا كتاب عمر، ونحن بخانقين، أن الأهلة بعضها أكبر من بعض، فإذا رأيتم الهلال نهارا فلا تفطروا حتى تمسوا، إلا أن يشهد رجلان أنهما رأياه بالأمس عشية. ولأنه قول ابن مسعود، وابن عباس، ومن سمينا من الصحابة، وخبرهم محمول على ما إذا رئي عشية، بدليل ما لو رئي بعد الزوال. ثم إن الخبر إنما يقتضي الصوم والفطر من الغد، بدليل ما لو رآه عشية.

فأما إن كانت الرؤية في أول رمضان، فالصحيح أيضا، أنه لليلة المقبلة. وهو قول مالك، وأبي حنيفة، والشافعي. وعن أحمد رواية أخرى، أنه للماضية، فيلزم قضاء ذلك اليوم، وإمساك بقيته احتياطا للعبادة، والأول أصح؛ لأن ما كان لليلة المقبلة في آخره، فهو لها في أوله، كما لو رئي بعد العصر.

[مسألة تأخير السحور وتعجيل الفطر]

[الفصل الأول في تعجيل السحور]

(٢١٢٧) مسألة: قال: (والاختيار تأخير السحور، وتعجيل الفطر) الكلام في هذه المسألة في فصلين:

(٢١٢٨) أحدهما، في السحور، والكلام فيه في ثلاثة أشياء؛ أحدها، في استحبابه. ولا نعلم فيه بين العلماء خلافا. وقد روى أنس أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «تسحروا؛ فإن في السحور بركة» . متفق عليه.

وعن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر» . أخرجه مسلم، وأبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. وروى الإمام

أحمد، بإسناده عن أبي سعيد، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «السحور بركة، فلا تدعوه، ولو أن يجرع أحدكم جرعة." [١]

"رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يصلي حتى يفطر، ولو على شربة من ماء» . رواه ابن عبد البر. الثاني: فيما يفطر عليه يستحب أن يفطر على رطبات، فإن لم يكن فعلى تمرات، فإن لم يكن فعلى الماء؛ لما روى أنس، قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يفطر على رطبات قبل أن يصلي، فإن لم يكن فعلى تمرات، فإن لم يكن تمرات حسا حسوات من ماء.» رواه أبو داود، والأثرم، والترمذي، وقال: حديث حسن غريب.

وعن سليمان بن عامر، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إذا أفطر أحدكم فليفطر على تمر، فإن لم يجد فليفطر على الماء، فإنه طهور» . أخرجه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

[فصل في الوصال]

الثالث: في الوصال، وهو أن لا يفطر بين اليومين بأكل ولا شرب. وهو مكروه في قول أكثر أهل العلم. وروي عن ابن الزبير أنه كان يواصل اقتداء برسول الله – صلى الله عليه وسلم –. **ولنا** ما روى ابن عمر، قال: «واصل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في رمضان، فواصل الناس، فنهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن الوصال، فقالوا: إنك تواصل. قال: إني لست مثلكم، إني أطعم وأسقى» . متفق عليه. وهذا يقتضي اختصاصه بذلك، ومنع إلحاق غيره به. وقوله: (إني أطعم وأسقى) . يحتمل أنه يريد أنه يعان على الصيام، ويغنيه الله تعالى عن الشراب والطعام، بمنزلة من طعم وشرب. ويحتمل أنه أراد: إني أطعم حقيقة، وأسقى حقيقة، حملا للفظ على حقيقته. والأول أظهر، لوجهين: أحدهما، أنه لو طعم وشرب حقيقة لم يكن مواصلا، وقد أقرهم على قولهم: إنك تواصل.

والثاني: أنه قد روي أنه قال: (إني أظل يطعمني ربي ويسقيني) . وهذا يقتضي أنه في النهار، ولا يجوز الأكل في النهار له ولا لغيره. إذا ثبت هذا، فإن الوصال غير محرم. وظاهر قول الشافعي أنه محرم، تقريرا لظاهر النهي في التحريم.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٣/٣

ولنا أنه ترك الأكل والشرب المبا ح، فلم يكن محرما، كما لو تركه في حال الفطر. فإن قيل: فصوم يوم العيد محرم، مع كونه تركا للأكل والشرب المباح.." (١)

"من ذلك شيء فاضل عن حاجته، لزمه بيعه في الحج. فإن كان له مسكن واسع يفضل عن حاجته، وأمكنه بيعه وشراء ما يكفيه، ويفضل قدر ما يحج به، لزمه.

وإن كانت له كتب يحتاج إليها، لم يلزمه بيعها في الحج. وإن كانت مما لا يحتاج إليها، أو كان له بكتاب نسختان، يستغني بأحدهما، باع ما لا يحتاج إليه، فإن كان له دين على مليء باذل له يكفيه للحج، لزمه؛ لأنه قادر، وإن كان على معسر، أو تعذر استيفاؤه عليه، لم يلزمه.

[فصل وجوب العمرة على من يجب عليه الحج]

(٢٢٠٩) فصل: وتجب العمرة على من يجب عليه الحج، في إحدى الروايتين، روي ذلك عن عمر، وابن عباس، وزيد بن ثابت، وابن عمر، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، والحسن، وابن سيرين، والشعبي. وبه قال الثوري، وإسحاق، والشافعي في أحد قوليه. والرواية الثانية، ليست واجبة، وروي ذلك عن ابن مسعود وبه قال مالك، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ لما روى جابر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «سئل عن العمرة، أواجبة هي؟ قال: لا، وأن تعتمروا فهو أفضل» أخرجه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

وعن طلحة، أنه سمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «الحج جهاد، والعمرة تطوع» . رواه ابن ماجه. ولأنه نسك غير موقت، فلم يكن واجبا، كالطواف المجرد. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ [البقرة: ١٩٦] . ومقتضى الأمر الوجوب، ثم عطفها على الحج، والأصل التساوي بين المعطوف والمعطوف عليه. قال ابن عباس: إنها لقرينة الحج في كتاب الله. وعن الصبي بن معبد قال: «أتيت عمر فقلت: يا أمير المؤمنين، إني أسلمت، وإني وجدت الحج والعمرة مكتوبين علي فأهللت بهما، فقال عمر: هديت لسنة نبيك - صلى الله عليه وسلم -.» رواه أبو داود، والنسائي. وعن أبي رزين، أنه أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال يا رسول الله: «إن أبي شيخ كبير، لا يستطيع الحج، ولا العمرة، ولا الظعن. قال: حج عن أبيك، واعتمر» . رواه أبو داود، والنسائي، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. وذكره أحمد، ثم قال: وحديث يرويه سعيد بن عبد الرحمن الجمحي، عن عبيد الله، عن نافع،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٥/٣

عن ابن عمر، قال: جاء رجل إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: «أوصني. قال: تقيم الصلاة، وتؤتي الزكاة، وتحج، وتعتمر» .
وروى." (١)

"الأثرم، بإسناده عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه، عن جده، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «كتب إلى أهل اليمن، وكان في الكتاب: إن العمرة هي الحج الأصغر» . ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولا مخالف لهم نعلمه، إلا ابن مسعود، على اختلاف عنه.
وأما حديث جابر فقال الترمذي، قال الشافعي: هو ضعيف، لا تقوم بمثله الحجة، وليس في العمرة شيء ثابت بأنها تطوع. وقال ابن عبد البر: روي ذلك بأسانيد لا تصح، ولا تقوم بمثلها الحجة. ثم نحمله على المعهود، وهي العمرة التي قضوها حين أحصروا في الحديبية، أو على العمرة التي اعتمروها مع حجتهم، مع النبي – صلى الله عليه وسلم – فإنها لم تكن واجبة على من اعتمر، أو نحمله على ما زاد على العمرة الواحدة، وتفارق العمرة الطواف؛ لأن من شرطها الإحرام، والطواف بخلافه.

[فصل ليس على أهل مكة عمرة]
(٢٢١٠) فصل: وليس على أهل مكة عمرة. نص عليه أحمد.
وقال: كان ابن عباس يرى العمرة واجبة، ويقول: يا أهل مكة: ليس عليكم عمرة، إنما عمرتكم طوافكم بالبيت. وبهذا قال عطاء، وطاوس. قال عطاء: ليس أحد من خلق الله إلا عليه حج وعمرة واجبتان، لا بد منهما لمن استطاع إليهما سبيلا، إلا أهل مكة، فإن عليهم حجة، وليس عليهم عمرة، من أجل طوافهم بالبيت. ووجه ذلك أن ركن العمرة ومعظمها الطواف بالبيت، وهم يفعلونه فأجزأ عنهم. وحمل القاضي كلام أحمد على أنه لا عمرة عليهم مع الحجة؛ لأنه يتقدم منهم فعلها في غير وقت الحج. والأمر على ما قلناه.

[فصل عمرة المتمتع وعمرة القارن]
(٢٢١١) فصل: وتجزئ عمرة المتمتع، وعمرة القارن، والعمرة من أدنى الحل عن العمرة الواجبة، ولا نعلم في إجزاء عمرة التمتع خلافا. كذلك قال ابن عمر، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم. وروي عن أحمد أن عمرة القارن لا تجزئ. وهو اختيار أبي بكر. وعن أحمد أن العمرة من أدنى الحل لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٨/٣

تجزئ عن العمرة الواجبة.

وقال: إنما هي من أربعة أميال. واحتج على أن عمرة القارن لا تجزئ أن عائشة حين حاضت أعمرها من التنعيم، فلو كانت عمرتها في قرانها أجزأتها لما أعمرها بعدها. **ولنا**، قول الصبي بن معبد: إني وجدت الحج والعمرة مكتوبين علي، فأهللت بهما. فقال عمر: «هديت لسنة نبيك» .

وهذا يدل على أنه أحرم بهما يعتقد أداء ما كتبه الله عليه منهما، والخروج عن." [1]

"عهدتهما، فصوبه عمر، وقال: هديت لسنة نبيك. وحديث عائشة حين قرنت الحج والعمرة، فقال لها النبي - صلى الله عليه وسلم - حين حلت منهما: «قد حللت من حجك وعمرتك» .

وإنما أعمرها النبي - صلى الله عليه وسلم - من التنعيم قصدا لتطييب قلبها، وإجابة مسألتها، لا لأنها كانت واجبة عليها. ثم إن لم تكن أجزأتها عمرة القران، فقد أجزأتها العمرة من أدنى الحل، وهو أحد ما قصدنا الدلالة عليه. ولأن الواجب عمرة واحدة، وقد أتى بها صحيحة، فتجزئه، كعمرة المتمتع. ولأن عمرة القارن أحد نسكي القران، فأجزأت، كالحج، والحج من مكة يجزئ في حق المتمتع، فالعمرة من أدنى الحل في حق المفرد أولى. وإذا كان الطواف المجرد يجزئ عن العمرة في حق المكي، فلأن تجزئ العمرة المشتملة على الطواف وغيره أولى.

[فصل لا بأس أن يعتمر في السنة مرارا]

(٢٢١٢) فصل: ولا بأس أن يعتمر في السنة مرارا. روي ذلك عن علي، وابن عمر، وابن عباس، وأنس، وعائشة، وعطاء، وطاوس، وعكرمة، والشافعي. وكره العمرة في السنة مرتين الحسن، وابن سيرين، ومالك.

وقال النخعي: ما كانوا يعتمرون في السنة إلا مرة. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يفعله. **ولنا**، أن عائشة اعتمرت في شهر مرتين بأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - عمرة مع قرانها، وعمرة بعد حجها، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «العمرة إلى العمرة كفارة لما بينهما» . متفق عليه. وقال علي - رضي الله عنه - في كل شهر مرة.

وكان أنس إذا حمم رأسه خرج فاعتمر. رواهما الشافعي، في (مسنده) . وقال عكرمة: يعتمر إذا أمكن الموسى من شعره. وقال عطاء: إن شاء اعتمر في كل شهر مرتين. فأما الإكثار من الاعتمار، والموالاة بينهما، فلا يستحب في ظاهر قول السلف الذي حكيناه. وكذلك قال أحمد: إذا اعتمر فلا بد من أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢١٩

يحلق أو يقصر، وفي عشرة أيام يمكن حلق الرأس. فظاهر هذا أنه لا يستحب أن يعتمر في أقل من عشرة أيام.

وقال في رواية الأثرم: إن شاء اعتمر في كل شهر. وقال بعض أصحابنا: يستحب الإكثار من الاعتمار. وأقوال السلف وأحوالهم تدل على ما قلناه، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه لم ينقل عنهم الموالاة بينهما، وإنما نقل عنهم إنكار ذلك، والحق في اتباعهم. قال طاوس: الذين يعتمرون من التنعيم، ما أدري يؤجرون عليها أو يعذبون؟ قيل له: فلم يعذبون؟ قال: لأنه يدع الطواف بالبيت، ويخرج إلى أربعة أميال." (١)

"فلم تجز عن البالغ العاقل إلا بإذنه، كالزكاة، فأما الميت فتجوز عنه بغير إذن، واجبا كان أو تطوعا؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بالحج عن الميت، وقد علم أنه لا إذن له، وما جاز فرضه جاز نفله، كالصدقة. فعلى هذا كل ما يفعله النائب عن المستنيب، مما لم يؤمر به، مثل أن يؤمر بحج فيعتمر، أو بعمرة فيحج، يقع عن الميت؛ لأنه يصح عنه من غير إذنه، ولا يقع عن الحي؛ لعدم إذنه فيه، ويقع عمن فعله؛ لأنه لما تعذر وقوعه عن المنوي عنه، وقع عن نفسه، كما لو استنابه رجلان، فأحرم عنهما جميعا، وعليه رد النفقة؛ لأنه لم يفعل ما أمر به، فأشبه ما لو لم يفعل شيئا.

[فصل مخالفة النائب في الحج لأمر المنيب]

فصول في مخالفة النائب: إذا أمره بحج فتمتع أو اعتمر لنفسه من الميقات، ثم حج؛ نظرت؛ فإن خرج إلى الميقات فأحرم منه بالحج، جاز، ولا شيء عليه. نص عليه أحمد. وهو مذهب الشافعي.

وإن أحرم بالحج من مكة، فعليه دم؛ لترك ميقاته، ويرد من النفقة بقدر ما ترك من إحرام الحج فيما بين الميقات ومكة. وقال القاضي: لا يقع فعله عن الآمر، ويرد جميع النفقة؛ لأنه أتى بغير ما أمر به. وهو مذهب أبي حنيفة.

ولنا، أنه إذا أحرم من الميقات فقد أتى بالحج صحيحا من ميقاته، وإن أحرم به من مكة، فما أخل إلا بما يجبره الدم، فلم تسقط نفقته، كما لو تجاوز الميقات غير محرم، فأحرم دونه.

وإن أمره بالإفراد فقرن، لم يضمن شيئا. وهو قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: يضمن؛ لأنه مخالف. **ولنا**، أنه أتى بما أمر به وزيادة، فصح ولم يضمن، كما لو أمره بشراء شاة بدينار، فاشترى به شاتين تساوي

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٢٠

إحداهما دينارا. ثم إن كان أمره بالعمرة بعد الحج ففعلها، فلا شيء عليه، وإن لم يفعل، رد من النفقة بقدرها.

[فصل أمر النائب في الحج بالتمتع فقرن]

(٢٢٢٧) فصل: وإن أمره بالتمتع فقرن، وقع عن الآمر، لأنه أمر بهما، وإنما خالف في أنه أمره بالإحرام بالحج من مكة، فأحرم به من الميقات. وظاهر كلام أحمد أنه لا يرد شيئا من النفقة. وهو مذهب الشافعي. وقال القاضي: يرد نصف النفقة؛ لأن غرضه في عمرة مفردة وتحصيل فضيلة التمتع، وقد خالفه في ذلك، وفوته عليه. وإن أفرد وقع عن المستنيب أيضا، ويرد نصف النفقة؛ لأنه أخل بالإحرام بالعمرة من الميقات، وقد أمره به، وإحرامه بالحج من الميقات زيادة لا يستحق به شيئا.

[فصل أمر النائب في الحج بالقران فأفرد أو تمتع]

(٢٢٢٨) فصل: فإن أمره بالقران فأفرد أو تمتع، صح، ووقع النسكان عن الآمر، ويرد من النفقة بقدر ما ترك." (١)

"غير مباح، فلم يثبت به حكم المحرمية كالتحريم الثابت باللعان، وليس له الخلوة بهما، ولا النظر إليهما لذلك. والكافر ليس بمحرم للمسلمة، وإن كانت ابنته. قال أحمد في يهودي أو نصراني أسلمت ابنته: لا يزوجها، ولا يسافر معها، ليس هو لها بمحرم.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: هو محرم لها؛ لأنها محرمة عليه على التأبيد. **ولنا**، أن إثبات المحرمية يقتضي الخلوة بها، فيجب أن لا تثبت لكافر على مسلمة، كالحضانة للطفل، ولأنه لا يؤمن عليها أن يفتنها عن دينها كالطفل، وما ذكروه يبطل بأم المزني بها، وابنتها، والمحرمة باللعان، وبالمجوسي مع ابنته، ولا ينبغي أن يكون في المجوسي خلاف؛ فإنه لا يؤمن عليها، ويعتقد حلها. نص عليه أحمد في مواضع. ويشترط في المحرم أن يكون بالغا عاقلا.

قيل لأحمد: فيكون الصبي محرما؟ قال: لا، حتى يحتلم؛ لأنه لا يقوم بنفسه، فكيف يخرج مع امرأة. وذلك لأن المقصود بالمحرم حفظ المرأة، ولا يحصل إلا من البالغ العاقل، فاعتبر ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٧/٣

[فصل نفقة المحرم في الحج على المرأة]

(٢٢٣٤) فصل: ونفقة المحرم في الحج عليها. نص عليه أحمد؛ لأنه من سبيلها، فكان عليها نفقته، كالراحلة. فعلى هذا يعتبر في استطاعتها أن تملك زادا وراحلة لها ولمحرمها؛ فإن امتنع محرمها من الحج معها، مع بذلها له نفقته، فهي كمن لا محرم لها؛ لأنها لا يمكنها الحج بغير محرم.

وهل يلزمه إجابتها إلى ذلك؟ على روايتين. نص عليهما. والصحيح أنه لا يلزمه الحج معها؛ لأن في الحج مشقة شديدة، وكلفة عظيمة، فلا تلزم أحدا لأجل غيره، كما لم يلزمه أن يحج عنها إذا كانت مريضة.

[فصل مات محرم المرأة في الطريق]

(٢٢٣٥) فصل: وإذا مات محرم المرأة في الطريق، فقال أحمد: إذا تباعدت مضت، فقضت الحج. قيل له: قدمت من خراسان، فمات وليها ببغداد؟ فقال: تمضي إلى الحج، وإذا كان الفرض خاصة فهو آكد. ثم قال: لا بد لها من أن ترجع.

وهذا لأنها لا بد لها من السفر بغير محرم، فمضيها إلى قضاء حجها أولى. لكن إن كان حجها تطوعا، وأمكنها الإقامة في بلد، فهو أولى من سفرها بغير محرم.

[فصل ليس للرجل منع امرأته من حجة الإسلام]

(٢٢٣٦) فصل: وليس للرجل منع امرأته من حجة الإسلام. وبهذا قال النخعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وهو الصحيح من قولي الشافعي. وله قول آخر، له منعها منه. بناء على أن الحج على التراخي.

ولنا، أنه فرض، فلم يكن له منعها منه، كصوم رمضان، والصلوات الخمس. ويستحب أن تستأذنه في ذلك. نص عليه أحمد. فإن، أذن، وإلا خرجت بغير إذنه. فأما حج التطوع، فله منعها منه. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن له منعها من الخروج إلى الحج التطوع. وذلك." (١)

"ولا يصح ذلك عنه ولا عن غيره. وروي ذلك عن ابن عباس؛ لأنه لما كان من شرط طواف الزيارة تعيين النية، فمتى نواه لغيره ولم ينو لنفسه، لم يقع لنفسه، كذا الطواف حاملا لغيره لم يقع عن نفسه.

وقال الحسن، وإبراهيم، وأيوب السختياني، وجعفر بن محمد، ومالك وأبو حنيفة: يجوز أن يحج عن غيره

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٣١

من لم يحج عن نفسه. وحكي عن أحمد مثل ذلك. وقال الثوري: إن كان يقدر على الحج عن نفسه حج عن نفسه، وإن لم يقدر على الحج عن نفسه حج عن غيره. واحتجوا بأن الحج مما تدخله النيابة، فجاز أن يؤديه عن غيره من لم يسقط فرضه عن نفسه، كالزكاة.

ولنا، ما روى ابن عباس، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سمع رجلا يقول: «لبيك عن شبرمة. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: من شبرمة؟ قال: قريب لي. قال: هل حججت قط؟ قال: لا. قال: فاجعل هذه عن نفسك، ثم احجج عن شبرمة» . رواه الإمام أحمد، وأبو داود، وابن ماجه، وهذا لفظه. ولأنه حج عن غيره قبل الحج عن نفسه، فلم يقع عن الغير، كما لو كان صبيا.

ويفارق الزكاة فإنه يجوز أن ينوب عن الغير، وقد بقي عليه بعضها، وهاهنا لا يجوز أن يحج عن الغير من شرع في الحج قبل إتمامه، ولا يطوف عن غيره من لم يطف عن نفسه. إذا ثبت هذا، فإن عليه رد ما أخذ من النفقة؛ لأنه لم يقع الحج عنه، فأشبه ما لو لم يحج.

[فصل أحرم بتطوع أو نذر من لم يحج حجة الإسلام]

(٢٢٤٥) فصل: وإن أحرم بتطوع أو نذر من لم يحج حجة الإسلام، وقع عن حجة الإسلام. وبهذا قال ابن عمر، وأنس، والشافعي.

وقال مالك، والثوري، وأبو حنيفة، وإسحاق، وابن المنذر: يقع ما نواه. وهو رواية أخرى عن أحمد، وقول أبي بكر، لما تقدم. **ولنا**، أنه أحرم بالحج وعليه فرضه، فوقع عن فرضه كالمطلق.

ولو أحرم بتطوع، وعليه منذورة، وقعت عن المنذورة؛ لأنها واجبة، فهي كحجة الإسلام، والعمرة كالحج فيما ذكرنا؛ لأنها أحد النسكين، فأشبهت الآخر، والنائب كالمنوب عنه في هذا، فمتى أحرم النائب بتطوع، أو نذر عمن لم يحج حجة الإسلام، وقعت عن حجة الإسلام؛ لأن النائب يجري مجرى المنوب عنه.

وإن استناب رجلين في حجة الإسلام، ومنذور أو تطوع، فأيهما سبق بالإحرام، وقعت حجته عن حجة الإسلام، وتقع الأخرى تطوعا، أو عن النذر؛ لأنه لا يقع الإحرام عن غير حجة الإسلام، ممن هي عليه، فكذلك من نائبه.

(٢٢٤٦) فصل: إذا كان الرجل قد أسقط فرض أحد النسكين عنه، دون الآخر، جاز أن ينوب عن غيره، فيما أدى." (١)

"عليهما، سواء كانا موسرين أو معسرين؛ لأن ذلك وجب عليهما بإمكانه في موضعه، فلم يسقط بفوات القدرة بعده.

[فصل الحكم في الكافر يسلم والمجنون يفيق في الحج]

(٢٢٥١) فصل: والحكم في الكافر يسلم، والمجنون يفيق، حكم الصبي يبلغ في جميع ما فصلناه، إلا أن هذين لا يصح منهما إحرام، ولو أحرما لم ينعقد إحرامهما؛ لأنهما من غير أهل العبادات، ويكون حكمهما حكم من لم يحرم.

[فصل إحرام العبد بالحج بغير إذن سيده]

(٢٢٥٢) فصل: وقد بقي من أحكام حج العبد أربعة فصول: أحدها، في حكم إحرامه. الثاني، في حكم نذره للحج. الثالث، في حكم ما يلزمه من الجنايات على إحرامه. الرابع، حكم إفساده وفواته. (٢٢٥٣) الفصل الأول في إحرامه: وليس للعبد أن يحرم بغير إذن سيده؛ لأنه يفوت به حقوق سيده الواجبة عليه، بالتزام ما ليس بواجب، فإن فعل، انعقد إحرامه صحيحا، لأنها عبادة بدنية فصح من العبد الدخول فيها بغير إذن سيده، كالصلاة والصوم، ولسيده تحليله في إحدى الروايتين؛ لأن في بقائه عليه تفويتا لحقه من منافعه بغير إذنه، فلم يلزم ذلك سيده، كالصوم المضر ببدنه.

وهذا اختيار ابن حامد. وإذا حلله منه كان حكمه حكم المحصر. والثانية، ليس له تحليله. وهو اختيار أبي بكر؛ لأنه لا يمكنه التحلل من تطوعه، فلم يملك تحليل عبده. والأول أصح؛ لأنه التزم التطوع باختيار نفسه، فنظيره أن يحرم عبده بإذنه، وفي مسألتنا يفوت حقه الواجب بغير اختياره. فأما إن أحرم بإذن سيده، فليس له تحليله. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: له ذلك؛ لأنه ملكه منافع نفسه، فكان له الرجوع فيها، كالمعير يرجع في العارية. **ولنا**، أنه عقد لازم، عقده بإذن سيده، فلم يكن لسيده منعه منه، كالنكاح، ولا يشبه العارية، لأنها ليست لازمة.

ولو أعاره شيئا ليرهنه، فرهنه، لم يكن له الرجوع فيه. ولو باعه سيده بعدما أحرم فحكم مشتريه في تحليله

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٣٦

حكم بائعه سواء؛ لأنه اشتراه مسلوب المنفعة، فأشبه الأمة المزوجة والمستأجرة. فإن علم المشتري بذلك، فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، فأشبه ما لو اشترى معيبا يعلم عيبه.

وإن لم يعلم، فله الفسخ؛ لأنه يتضرر بمضي العبد في حجه، لفوات منافعه، إلا أن يكون إحرامه بغير إذن سيده، ونقول: له تحليله. فلا يملك الفسخ؛ لأنه يمكنه دفع الضرر عنه.

ولو أذن له سيده." (١)

"الواجبات.

واحتمل أن له منعه منه؛ لأنه يملك منعه من الحج الذي شرع فيه بغير إذنه، فكذلك هذا. فإن أعتق قبل القضاء، فليس له فعله قبل حجة الإسلام؛ لأنها آكد. فإن أحرم بالقضاء، انصرف إلى حجة الإسلام، وبقي القضاء في ذمته.

وإن عتق في أثناء الحجة الفاسدة، وأدرك من الوقوف ما يجزئه، أجزأه القضاء عن حجة الإسلام؛ لأن المقضي لو كان صحيحا أجزأه، فكذلك قضاؤه. وإن أعتق بعد ذلك، لم يجزئه القضاء عن حجة الإسلام؛ لأن المقضي لا يجزئه، فكذلك قضاؤه. والمدبر، والمعلق عتقه بصفة، وأم الولد، والمعتق بعضه، حكمه حكم القن فيما ذكرناه.

[مسألة الكلام في حج الصبي في فصول أربعة]

[الفصل الأول في إحرام الصبي]

(٢٢٥٧) مسألة: قال: (وإذا حج بالصغير، جنب ما يتجنبه الكبير، وما عجز عنه من عمل الحج عمل عنه) وجملة ذلك أن الصبي يصح حجه، فإن كان مميزا أحرم بإذن وليه، وإن كان غير مميز أحرم عنه وليه؛ فيصير محرما بذلك. وبه قال مالك، والشافعي. وروي عن عطاء، والنخعي.

وقال أبو حنيفة: لا ينعقد إحرام الصبي، ولا يصير محرما بإحرام وليه؛ لأن الإحرام سبب يلزم به حكم، فلم يصح من الصبي، كالنذر. **ولنا**، ما روى ابن عباس، قال: «رفعت امرأة صبيا، فقالت: يا رسول الله، ألهذا حج؟ قال: نعم، ولك أجر» . رواه مسلم وغيره من الأئمة. وروى البخاري، عن السائب بن يزيد، قال: «حج بي مع النبي - صلى الله عليه وسلم - وأنا ابن سبع سنين.» ولأن أبا حنيفة قال: يجتنب ما يجتنبه المحرم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٣٩

ومن اجتنب ما يجتنبه المحرم كان إحرامه صحيحا. والنذر لا يجب به شيء، بخلاف مسألتنا. والكلام في حج الصبي في فصول أربعة: في الإحرام عنه، أو منه، وفيما يفعله بنفسه، أو بغيره، وفي حكم جناياته على إحرامه، وفيما يلزمه من القضاء والكفارة (٢٢٥٨) الفصل الأول في الإحرام: إن كان مميزا أحرم بإذن وليه. وإن أحرم بدون إذنه، لم يصح؛ لأن هذا عقد يؤدي إلى لزوم مال، فلم ينعقد من الصبي بنفسه، كالبيع. وإن كان غير مميز، فأحرم عنه من له ولاية على ماله، كالأب والوصي وأمين الحاكم، صح. ومعنى إحرامه عنه أنه يعقد له الإحرام، فيصح للصبي دون الولي كما يعقد النكاح له. فعلى هذا يصح أن يعقد الإحرام عنه، سواء كان محرما أو حلالا ممن عليه حجة الإسلام، أو كان قد حج عن نفسه. فإن أحرمت أمه عنه، صح؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (ولك أجر) . ولا يضاف الأجر إليها إلا لكونه تبعا لها في الإحرام. قال الإمام أحمد، في رواية حنبل: يحرم عنه أبوه أو وليه. واختاره ابن عقيل، وقال: المال الذي يلزم بالإحرام لا يلزم الصبي، وإنما يلزم من أدخله في الإحرام. في أحد الوجهين.

وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد أنه لا يحرم عنه إلا وليه؛ لأنه لا ولاية للأم على ماله، والإحرام يتعلق به إلزام." (١)

"وأصحابه ما أحرموا بها من بيوتهم، وقد أمرهم الله بإتمام العمرة، فلو حمل قولهم على ذلك لكان النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه تاركين لأمر الله.

ثم إن عمر وعليا ما كانا يحرمان إلا من الميقات، أفتراهما يريان أن ذلك ليس بإتمام لها ويفعلانه، هذا لا ينبغي أن يتوهمه أحد. ولذلك أنكر عمر على عمران إحرامه من مصره، واشتد عليه، وكره أن يتسامع الناس، مخافة أن يؤخذ به. أفتراه كره إتمام العمرة واشتد عليه أن يأخذ الناس بالأفضل، هذا لا يجوز، فيتعين حمل قولهما في ذلك على ما حمله عليه الأئمة، والله أعلم.

[مسألة جاوز الميقات مريدا للنسك غير محرم]

(٢٢٧٧) مسألة: قال: (ومن أراد الإحرام، فجاوز الميقات غير محرم، رجع فأحرم من الميقات، فإن أحرم من مكانه فعليه دم، وإن رجع محرما إلى الميقات) وجملة ذلك أن من جاوز الميقات مريدا للنسك غير محرم، فعليه أن يرجع إليه ليحرم منه، إن أمكنه، سواء تجاوزه عالما به أو جاهلا، علم تحريم ذلك أو جهله. فإن رجع إليه، فأحرم منه، فلا شيء عليه. لا نعلم في ذلك خلافا. وبه يقول جابر بن زيد، والحسن، وسعيد

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤١/٣

بن جبير، والثوري، والشافعي، وغيرهم؛ لأنه أحرم من الميقات الذي أمر بالإحرام منه، فلم يلزمه شيء، كما لو لم يتجاوزه.

وإن أحرم من دون الميقات، فعليه دم، سواء رجع إلى الميقات أو لم يرجع. وبهذا قال مالك، وابن المبارك.

وظاهر مذهب الشافعي أنه إن رجع إلى الميقات، فلا شيء عليه، إلا أن يكون قد تلبس بشيء من أفعال الحج، كالوقوف، وطواف القدوم، فيستقر الدم عليه؛ لأنه حصل محرما في الميقات قبل التلبس بأفعال الحج، فلم يلزمه دم، كما لو أحرم منه. وعن أبي حنيفة: إن رجع إلى الميقات، فلبى، سقط عنه الدم، وإن لم يلب، لم يسقط. وعن عطاء، والحسن، والنخعي: لا شيء على من ترك الميقات.

وعن سعيد بن جبير: لا حج لمن ترك الميقات. **ولنا** ما روى ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من ترك نسكا، فعليه دم» . روي موقوفا ومرفوعا. ولأنه أحرم دون ميقاته، فاستقر عليه الدم، كما لو لم يرجع، أو كما لو طاف عند الشافعي، أو كما لو لم يلب عند أبي حنيفة، ولأنه ترك الإحرام من ميقاته، فلزمه الدم، كما ذكرنا، ولأن الدم وجب لتركه الإحرام من الميقات، ولا يزول هذا برجوعه ولا بتلبيته، وفارق ما إذا رجع قبل إحرامه فأحرم منه، فإنه لم يترك الإحرام منه، ولم يهتكه.

[فصل لو أفسد المحرم من دون الميقات حجه لم يسقط عنه الدم]

(٢٢٧٨) فصل: ولو أفسد المحرم من دون الميقات حجه، لم يسقط عنه الدم. وبه قال الشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال الثوري، وأصحاب الرأي: يسقط؛ لأن القضاء واجب.." (١)

"أن يكونا أبيضين؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «خير ثيابكم البياض، فألبسوها أحياءكم، وكفنوا فيها موتاكم» .

[مسألة يستحب لمن أراد الإحرام أن يتطيب في بدنه خاصة]

(٢٢٨٧) مسألة: قال: (ويتطيب) وجملة ذلك أنه يستحب لمن أراد الإحرام أن يتطيب في بدنه خاصة، ولا فرق بين ما يبقى عينه كالمسك والغالية، أو أثره كالعود والبخور وماء الورد. هذا قول ابن عباس، وابن الزبير، وسعد بن أبي وقاص، وعائشة، وأم حبيبة، ومعاوية.

وروي عن محمد بن الحنفية، وأبي سعيد الخدري، وعروة، والقاسم، والشعبي، وابن جريج. وكان عطاء يكره

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٢/٣

ذلك وهو قول مالك. وروي ذلك عن عمر، وعثمان، وابن عمر – رضي الله عنهم –. واحتج مالك بما روى يعلى بن أمية، أن رجلا أتى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: يا رسول الله، «كيف ترى في رجل أحرم بعمرة، وهو متضمخ بطيب؟ فسكت النبي – صلى الله عليه وسلم –. يعني ساعة. ثم قال: اغسل الطيب الذي بك ثلاث مرات وانزع عنك الجبة، واصنع في عمرتك ما تصنع في حجتك» . متفق عليه. ولأنه يمنع من ابتدائه، فمنع استدامته كاللبس. ولنا، قول عائشة: «كنت أطيب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لإحرامه قبل أن يحرم، ولحله قبل أن يطوف بالبيت. قالت: وكأني أنظر إلى وبيص الطيب في مفارق رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهو محرم» . متفق عليه. وفي لفظ لمسلم: «طيبته بأطيب الطيب. وقالت بطيب فيه مسك» . وفي لفظ للنسائي: «كأني أنظر إلى وبيص طيب المسك في مفرق رسول الله – صلى الله عليه وسلم –.» وحديثهم في بعض ألفاظه: عليه جبة بها أثر خلوق. رواه مسلم. وفي بعضها: وهو متضمخ بالخلوق. وفي بعضها: عليه درع من زعفران. وهذه الألفاظ تدل على أن طيب الرجل كان من الزعفران، وهو منهي عنه للرجال في غير الإحرام، ففيه أولى.

وقد روى البخاري، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «نهى أن يتزعفر الرجل» . ولأن حديثهم في سنة ثمان، وحديثنا في سنة عشر. قال ابن جريج: كان شأن صاحب الجبة قبل حجة." (١)

"هو الدم، فكان أولى.

وذهب مالك، وأبو ثور، إلى اختيار الإفراد. وهو ظاهر مذهب الشافعي. وروي ذلك عن عمر، وعثمان، وابن عمر، وجابر، وعائشة، لما روت عائشة، وجابر، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أفرد الحج» . متفق عليهما. وعن ابن عمر وابن عباس مثل ذلك. متفق عليهما. ولأنه يأتي بالحج تاما من غير احتياج إلى جبر، فكان أولى.

قال عثمان: ألا إن الحج التام من أهليكم، والعمرة التامة من أهليكم. وقال إبراهيم: إن أبا بكر، وعمر، وابن مسعود، وعائشة، كانوا يجردون الحج. ولنا، ما روى ابن عباس، وجابر، وأبو موسى، وعائشة، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر أصحابه لما طافوا بالبيت، أن يحلوا، ويجعلوها عمرة» . فنقلهم من الإفراد والقران إلى المتعة، ولا ينقلهم إلا إلى الأفضل. وهذه الأحاديث متفق عليها

ولم يختلف عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه لما قدم مكة، أمر أصحابه أن يحلوا، إلا من ساق هديا، وثبت على إحرامه، وقال: «لو استقبلت من أمري ما استدبرت، ما سقت الهدي، ولجعلتها عمرة»

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٨/٣

. قال جابر: حججنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم ساق البدن معه، وقد أهلوا بالحج مفردا، فقال لهم: «أحلوا من إحرامكم، بطواف بالبيت، وبين الصفا والمروة، ثم أقيموا حلالا، حتى إذا كان يوم التروية، فأهلوا بالحج، واجعلوا التي قدمتم بها متعة. فقالوا: كيف نجعلها متعة وقد سمينا الحج؟ فقال: افعلوا ما أمرتكم به، فلولا أني سقت الهدي، لفعلت مثل الذي أمرتكم به» . وفي لفظ: فقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: «قد علمتم أني أتقاكم لله، وأصدقكم، وأبركم، ولولا هديي لحللت كما تحلون، ولو استقبلت من أمري ما استدبرت، ما أهديت. فحللنا، وسمعنا، وأطعنا» ، متفق عليهما فنقلهم إلى التمتع، وتأسف إذ لم يمكنه ذلك، فدل على فضله. ولأن التمتع منصوص عليه في كتاب الله تعالى بقوله: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج﴾ [البقرة: ١٩٦] دون سائر الأنساك.

ولأن المتمتع يجتمع له الحج والعمرة في أشهر الحج مع كمالهما، وكمال أفعالهما على وجه اليسر والسهولة، مع زيادة نسك، فكان ذلك أولى، فأما القران فإنما يؤتى فيه بأفعال الحج، وتدخل أفعال العمرة فيه، والمفرد فإنما يأتي بالحج وحده، وإن اعتمر بعده من التنعيم، فقد اختلف في إجزائها عن عمرة الإسلام، وكذلك اختلف في إجزاء عمرة القران، ولا خلاف في إجزاء التمتع عن الحج والعمرة جميعا، فكان أولى.

فأما حجتهم، فإنما احتجوا بفعل النبي - صلى الله عليه وسلم - والجواب عنها من أوجه:." (١)

"بالعراق. وأنكره ابن عمر، وطاوس، وسعيد بن جبير، والزهري، ومالك، وأبو حنيفة.

وعن أبي حنيفة أن الاشتراط يفيد سقوط الدم، فأما التحلل فهو ثابت عنده بكل إحصار. واحتجوا بأن ابن عمر كان ينكر الاشتراط، ويقول: حسبكم سنة نبيكم - صلى الله عليه وسلم -. ولأنها عبادة تجب بأصل الشرع. فلم يفد الاشتراط فيها، كالصوم والصلاة. ولنا، ما روت عائشة - رضي الله عنها - قالت: «دخل النبي - صلى الله عليه وسلم - على ضباعة بنت الزبير، فقالت: يا رسول الله، إني أريد الحج، وأنا شاكية. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: حجي، واشترطي أن محلي حيث حبستني» . متفق عليه.

وعن ابن عباس، «أن ضباعة أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله، إني أريد الحج، فكيف أقول؟ فقال: قولي لبيك اللهم لبيك، ومحلي من الأرض حيث تحبسني. فإن لك على ربك ما استثنيت» رواه مسلم. ولا قول لأحد مع قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فكيف يعارض بقول ابن عمر، ولو لم يكن فيه حديث لكان قول الخليفتين الراشدين مع من قد ذكرنا قوله من فقهاء الصحابة، أولى من قول ابن عمر، وغير هذا اللفظ، مما يؤدي معناه، يقوم مقامه؛ لأن المقصود المعنى، والعبارة إنما

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٦١

تعتبر لتأدية المعنى.

قال إبراهيم: خرجنا مع علقمة، وهو يريد العمرة، فقال: اللهم إني أريد العمرة إن تيسرت، وإلا فلا حرج علي. وكان شريح يشترط: اللهم قد عرفت نيتي، وما أريد، فإن كان أمرا تتمه فهو أحب إلي، وإلا فلا حرج علي. ونحوه عن الأسود. وقالت عائشة لعروة: قل، اللهم إني أريد الحج، وإياه نويت، فإن تيسر، وإلا فعمرة. ونحوه عن عميرة بن زياد.

[فصل نوى المحصر الاشتراط ولم يتلفظ به]

(٢٢٩٤) فصل: فإن نوى الاشتراط، ولم يتلفظ به، احتمل أن يصح؛ لأنه تابع لعقد الإحرام، والإحرام ينعقد بالنية، فكذلك تابعه، واحتمل أن يعتبر فيه القول لأنه اشتراط، فاعتبر فيه القول، كالاشتراط في النذر والوقف والاعتكاف، ويدل عليه ظاهر قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث ابن عباس: (قولي محلي من الأرض حيث تحبسني) .

[مسألة إن أراد الإفراد قال اللهم إني أريد الحج ويشترط الإفراد]

(٢٢٩٥) مسألة: قال: (وإن أراد الإفراد، قال: اللهم إني أريد الحج. ويشترط) الإفراد: هو الإحرام بالحج مفردا من الميقات، وهو أحد الأنساك الثلاثة، والحكم في إحرامه كالحكم في إحرام العمرة، سواء، فيما يجب ويستحب وحكم الاشتراط.

[مسألة إن أراد القران قال اللهم إني أريد العمرة والحج]

(٢٢٩٦) مسألة: قال: (وإن أراد القران، قال: اللهم إني أريد العمرة والحج. ويشترط)." [١]

"معنى القران: الإحرام بالعمرة والحج معا، أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج. وهو أحد الأنساك المشروعة، الثابتة بالنص والإجماع.

وقد روي أن معاوية قال لأصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -: هل تعلمون أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى أن يقرن بين الحج والعمرة؟ قالوا: أما هذا فلا. قال: إنها معهن - يعني مع المنهيات - ولكنكم نسيتم. وهذا مما لم يوافق الصحابة معاوية عليه، مع ما يتضمنه من مخالفة الأحاديث الصحيحة والإجماع، قال الخطابي: ويشبه أن يكون ذهب إلى تأويل قوله - عليه السلام -، حين أمر أصحابه في

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٦/٣

حجته بالإحلال، وقال: «لو استقبلت من أمري ما استدبرت، لما سقت الهدي. وكان قارنا، فحمله معاوية على النهي» . والله أعلم.

[فصل يستحب للمحرم أن يعين ما أحرم به]

(٢٢٩٧) فصل: ويستحب أن يعين ما أحرم به، وبه قال مالك. وقال الشافعي، في أحد قوليه: الإطلاق أولى؛ لما روى طاوس، قال: خرج النبي - صلى الله عليه وسلم - من المدينة، لا يسمي حجا، ينتظر القضاء، فنزل عليه القضاء وهو بين الصفا والمروة، فأمر أصحابه من كان منهم أهل، ولم يكن معه هدي، أن يجعلوها عمرة. ولأن ذلك أحوط؛ لأنه لا يأمن الإحصار، أو تعذر فعل الحج عليه، فيجعلها عمرة، **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر أصحابه بالإحرام بنسك معين، فقال: «من شاء منكم أن يهل بحج وعمرة، فليهل، ومن أراد أن يهل بحج، فليهل، ومن أراد أن يهل بعمرة، فليهل» .

والنبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه إنما أحرموا بمعين، على ما ذكرنا في الأحاديث الصحيحة، وأصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - الذين كانوا معه في حجته، يطلعون على أحواله، ويقتدون بأفعاله، ويقفون على ظاهر أمره وباطنه، أعلم به من طاوس، وحديثه مرسل، والشافعي لا يحتج بالمراسيل المفردة، فكيف يصير إلى هذا، مع مخالفته للروايات المستفيضة المتفق عليها، والاحتياط ممكن، بأن يجعلها عمرة، فإن شاء كان متمتعا، وإن شاء أدخل الحج عليها، فكان قارنا.

[فصل أطلق الإحرام فنوى الإحرام بنسك ولم يعين حجا ولا عمرة]

(٢٢٩٨) فصل: فإن أطلق الإحرام، فنوى الإحرام بنسك، ولم يعين حجا ولا عمرة، صح، وصار محرما؛ لأن الإحرام يصح مع الإبهام، فصح مع الإطلاق. فإذا أحرم مطلقا، فله صرفه إلى أي الأنساك شاء؛ لأن له أن يبتدئ الإحرام بما شاء منها، فكان له صرف المطلق إلى ذلك، والأولى صرفه إلى العمرة؛ لأنه إن كان في غير أشهر الحج، فالإحرام بالحج مكروه أو ممتنع، وإن كان في أشهر الحج فالعمرة." (١)

"عليها.

وقد روي أن سعدا سمع بعض بني أخيه وهو يلبي: يا ذا المعارج. فقال: إنه لذو المعارج، وما هكذا كنا نلبي على عهد رسول الله. - صلى الله عليه وسلم -

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٧/٣

[فصل يستحب ذكر ما أحرم به في تلبيته]

(٢٣٠٦) فصل: ويستحب ذكر ما أحرم به في تلبيته. قال أحمد: إن شئت لبيت بالحج، وإن شئت لبيت بالحج والعمرة، وإن شئت بعمرة، وإن لبيت بحج وعمرة بدأت بالعمرة، فقلت: لبيك بعمرة وحجة.

وقال أبو الخطاب: لا يستحب ذلك. وهو اختيار ابن عمر، وقول الشافعي؛ لأن جابرا قال: ما سمى النبي - صلى الله عليه وسلم - في تلبيته حجا، ولا عمرة. وسمع ابن عمر رجلا يقول: لبيك بعمرة. فضرب صدره، وقال: تعلمه ما في نفسك. ولنا ما روى أنس، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لبيك عمرة وحجا» . وقال جابر: «قدمنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - ونحن نقول: لبيك بالحج» . وقال ابن عباس: «قدم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه، وهم يلبون بالحج» . وقال ابن عمر: «بدأ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأهل بالعمرة، ثم أهل بالحج» . متفق على هذه الأحاديث. وقال أنس: «سمعتهم يصرخون بهما صراخا» . رواه البخاري.

وقال أبو سعيد: «خرجنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - نصرخ بالحج فحللنا، فلما كان يوم التروية لبينا بالحج، وانطلقنا إلى منى.» وهذه الأحاديث أصح وأكثر من حديثهم. وقول ابن عمر يخالفه قول أبيه؛ فإن النسائي روى بإسناده، عن «الصبي بن معبد، أنه أول ما حج لبى بالحج والعمرة جميعا، ثم ذكر ذلك لعمر. فقال: هديت لسنة نبيك» . وإن لم يذكر ذلك في تلبيته، فلا بأس؛ فإن النية محلها القلب، والله أعلم بها.

[فصل لا بأس بالحج عن الرجل ولا يسميه]

(٢٣٠٧) فصل: وإن حج عن غيره، كفاه مجرد النية عنه. قال أحمد: لا بأس بالحج عن الرجل، ولا يسميه. وإن ذكره في التلبية، فحسن. قال أحمد: إذا حج عن رجل يقول أول ما يلبي: عن فلان. ثم لا يبالي أن لا يقول بعد. وذلك لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - للذي سمعه يلبي عن شبرمة: «لب عن نفسك،."
(١)

"«اغتسلي، واستثفري بثوب، وأحرمي» . رواه مسلم.

وعن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «النفساء والحائض، إذا أتيا على الوقت،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٧٢

يغتسلان، ويحرمان، ويقضيان المناسك كلها، غير الطواف بالبيت» . رواه أبو داود. وأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - عائشة أن تغتسل لإهلال الحج، وهي حائض.

وإن رجت الحائض الطهر قبل الخروج من الميقات، أو النفساء، استحب لها تأخير الاغتسال حتى تطهر؛ ليكون أكمل لها، فإن خشيت الرحيل قبله، اغتسلت، وأحرمت.

[مسألة من أحرم وعليه قميص خلعه ولم يشقه]

(٢٣١٥) مسألة: قال: (ومن أحرم وعليه قميص خلعه، ولم يشقه) هذا قول أكثر أهل العلم. وحكي عن الشعبي، والنخعي، وأبي قلابة، وأبي صالح ذكوان، أنه يشق ثيابه؛ لئلا يتغطى رأسه حين ينزع القميص منه.

ولنا، ما روى يعلى بن أمية، أن رجلا أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله، «كيف ترى في رجل أحرم بعمرة في جبة، بعدما تضمخ بطيب؟ فنظر إليه النبي - صلى الله عليه وسلم - ساعة، ثم سكت، فجاءه الوحي، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم -: أما الطيب الذي بك فاغسله، وأما الجبة فانزعها، ثم اصنع في عمرتك ما تصنع في حجك» . متفق عليه. وهذا لفظ مسلم. قال عطاء: كنا قبل أن نسمع هذا الحديث نقول في من أحرم وعليه قميص أو جبة، فليخرقها عنه. فلما بلغنا هذا الحديث، أخذنا به، وتركنا ما كنا نفتي به قبل ذلك.

ولأن في شق الثوب إضاعة ماليته، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن إضاعة المال. (٢٣١٦) فصل: وإذا نزع في الحال، فلا فدية عليه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يأمر الرجل بفدية.

وإن استدام اللبس بعد إمكان نزعه، فعليه الفدية؛ لأن استدامة اللبس محرم كابتدائه، بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر الرجل بنزع جبته، وإنما لم يأمره بفدية لما مضى فيما نرى؛ لأنه كان جاهلا بالتحريم، فجرى مجرى الناسي.

[مسألة أشهر الحج]

(٢٣١٧) مسألة: قال: (وأشهر الحج: شوال، وذو القعدة، وعشر من ذي الحجة) هذا قول ابن مسعود، وابن عباس، وابن عمر، وابن الزبير، وعطاء، ومجاهد، والحسن، والشعبي، والنخعي، وقتادة، والثوري، وأصحاب الرأي. وروي عن عمر، وابنه وابن عباس: أشهر الحج." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٥/٣

"يستوثق من نفقته. ولأنه مما تدعو الحاجة إلى شده، فجاز، كعقد الإزار. فإن لم يكن في الهميان نفقة، لم يجز عقده، لعدم الحاجة إليه، وكذلك المنطقة.

وقد روي عن ابن عمر أنه كره الهميان والمنطقة للمحرم، وكرهه نافع مولاه. وهو محمول على ما ليس فيه نفقة؛ لما تقدم من الرخصة فيما فيه النفقة، وسئل أحمد عن المحرم يلبس المنطقة من وجع الظهر، أو حاجة إليها. قال: يفتدي. فقيل له: أفلا تكون مثل الهميان؟ قال: لا.

وعن ابن عمر أنه كره المنطقة للمحرم، وأنه أباح شد الهميان، إذا كانت فيه النفقة، والفرق بينهما أن الهميان تكون فيه النفقة، والمنطقة لا نفقة فيها، فأبيح شد ما فيه النفقة، للحاجة إلى حفظها، ولم يبح شد ما سوى ذلك. فإن كانت فيهما نفقة، أو لم يكن فيهما نفقة، فهما سواء.

وقد قالت عائشة في المنطقة للمحرم: أوثق عليك نفقتك. فرخصت فيها إذا كانت فيها النفقة. ولم يبح أحمد شد المنطقة لوجع الظهر، إلا أن يفتدي؛ لأن المنطقة ليست معدة لذلك، ولأنه فعل لمحظور في الإحرام لدفع الضرر عن نفسه، أشبه من لبس المخيط لدفع البرد، أو حلق رأسه لإزالة أذى القمل، أو تطيب لأجل المرض.

[مسألة للمحرم أن يحتجم ولا يقطع شعرا]

(٢٣٣٤) مسألة: قال: (وله أن يحتجم، ولا يقطع شعرا) أما الحجامة إذا لم يقطع شعرا فمباحة من غير فدية، في قول الجمهور؛ لأنه تداو بإخراج دم، فأشبه الفصد، وبط الجرح.

وقال مالك: لا يحتجم إلا من ضرورة، وكان الحسن يرى في الحجامة دما. **ولنا**، أن ابن عباس روى «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - احتجم وهو محرم» . متفق عليه. ولم يذكر فدية، ولأنه لا يترفه بذلك، فأشبه شرب الأدوية. وكذلك الحكم في قطع العضو عند الحاجة، والختان كل ذلك مباح من غير فدية. فإن احتاج في الحجامة إلى قطع شعر، فله قطعه؛ لما روى عبد الله بن بحينة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - احتجم بلحي جمل، في طريق مكة وهو محرم، وسط رأسه» . متفق عليه. ومن ضرورة ذلك قطع الشعر. ولأنه يباح حلق الشعر لإزالة أذى القمل، فكذلك هاهنا. وعليه الفدية. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو حنيفة، وأبو ثور، وابن المنذر.

وقال صاحبا أبي حنيفة: يتصدق بشيء. **ولنا**، قوله تعالى: ﴿فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه

ففدية﴾ [البقرة: ١٩٦] . الآية، ولأنه حلق شعر لإزالة ضرر غيره، فلزمته الفدية، كما لو حلقه لإزالة قمله. فأما إن قطع عضوا عليه شعر، أو جلدة عليها شعر، فلا فدية عليه، لأنه زال تبعا لما لا فدية فيه.." (١)

"على نحو ما روي في حديث أم الحصين، «أن بلالا أو أسامة كان رافعا ثوبا يستر به النبي – صلى الله عليه وسلم – من الحر» . ولأن ذلك لا يقصد به الاستدامة، فلم يكن به بأس، كالاستظلال بحائط.

[مسألة تحريم قتل الصيد واصطياده على المحرم]

(٢٣٣٩) مسألة: قال: (ولا يقتل الصيد، ولا يصيده، ولا يشير إليه، ولا يدل عليه، حلالا ولا حراما) لا خلاف بين أهل العلم، في تحريم قتل الصيد واصطياده على المحرم. وقد نص الله تعالى عليه في كتابه، فقال سبحانه: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [المائدة: ٩٥] .

وقال تعالى: ﴿وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما﴾ [المائدة: ٩٦] . وتحرم عليه الإشارة إلى الصيد، والدلالة عليه؛ فإن في حديث أبي قتادة «لما صاد الحمار الوحشي، وأصحابه محرمون، قال النبي – صلى الله عليه وسلم – لأصحابه: هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها، أو أشار إليها؟» . وفي لفظ متفق عليه: «فأبصروا حمارا وحشيا، وأنا مشغول أخصف نعلي، فلم يؤذنوني، وأحبوا لو أني أبصرته» . وهذا يدل على أنهم اعتقدوا تحريم الدلالة عليه. وسؤال النبي – صلى الله عليه وسلم – لهم: (هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها، أو أشار إليها؟) يدل على تعلق التحريم بذلك لو وجد منهم. ولأنه تسبب إلى محرم عليه، فحرم، كنصبه الأحبولة.

[فصل لا يحل للمحرم الإعانة على الصيد]

(٢٣٤٠) فصل: ولا تحل له الإعانة على الصيد بشيء، فإن في حديث أبي قتادة المتفق عليه: «ثم ركبت، ونسيت السوط والرمح، فقلت لهم: ناولوني السوط والرمح، قالوا: والله لا نعينك عليه» . وفي رواية: «فاستعنتهم، فأبوا أن يعينوني» . وهذا يدل على أنهم اعتقدوا تحريم الإعانة، والنبي – صلى الله عليه وسلم – أقرهم على ذلك. ولأنه إعانة على محرم، فحرم، كالإعانة على قتل الآدمي.

[فصل دل المحرم حلالا على الصيد فأتلفه]

(٢٣٤١) فصل: ويضمن الصيد بالدلالة، فإذا دل المحرم حلالا على الصيد فأتلفه، فالجزاء كله على

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٨٥

المحرم. روي ذلك عن علي وابن عباس وعطاء ومجاهد وبكر المزني، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وقال مالك، والشافعي: لا شيء على الدال؛ لأنه يضمن بالجناية، فلا يضمن بالدلالة، كالآدمي. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – لأصحاب أبي قتادة: «هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها، أو أشار إليها؟» ولأنه سبب يتوصل به إلى إتلاف الصيد، فتعلق به الضمان، كما لو نصب أحبولة، ولأنه قول علي وابن عباس. ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة.." (١)

"[فصل دل المحرم محرما على الصيد فقتله]

(٢٣٤٢) فصل: فإن دل محرما على الصيد، فقتله فالجزاء بينهما. وبه قال عطاء، وحماد بن أبي سليمان. وقال الشعبي، وسعيد بن جبير، والحارث العكلي، وأصحاب الرأي: على كل واحد جزاء؛ لأن كل واحد من الفعلين يستقل بجزاء كامل إذا كان منفردا. فكذلك إذا انضم إليه غيره.

وقال مالك، والشافعي: لا ضمان على الدال. **ولنا**، أن الواجب جزاء المتلف، وهو واحد، فيكون الجزاء واحدا، وعلى قول مالك والشافعي ما سبق، ولا فرق في جميع ذلك بين كون المدلول ظاهرا أو خفيا لا يراه إلا بالدلالة عليه.

ولو دل محرم محرما على صيد، ثم دل الآخر آخر، ثم كذلك إلى عشرة، فقتله العاشر، كان الجزاء على جميعهم. وإن قتله الأول، لم يضمن غيره؛ لأنه لم يدله عليه أحد، فلا يشاركه في ضمانه أحد.

ولو كان المدلول رأى الصيد قبل الدلالة والإشارة، فلا شيء على الدال والمشير؛ لأن ذلك لم يكن سببا في تلفه، ولأن هذه ليست دلالة على الحقيقة، وكذلك إن وجد من المحرم حدث عند رؤية الصيد، من ضحك، أو استشراف إلى الصيد، ففطن له غيره فصاده، فلا شيء على المحرم؛ بدليل ما جاء في حديث أبي قتادة قال: «خرجنا مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حتى إذا كنا بالقاحة، ومنا المحرم، ومنا غير المحرم، إذ بصرت بأصحابي يتراءون شيئا، فنظرت، فإذا حمار وحش» . وفي لفظ: «فبينا أنا مع أصحابي يضحك بعضهم، إذ نظرت، فإذا أنا بحمار وحش» . وفي لفظ: «فلما كنا بالصفاح فإذا هم يتراءون. فقلت: أي شيء تنظرون؟ فلم يخبروني» . متفق عليه.

[فصل أعار المحرم قاتل الصيد سلاحا]

(٢٣٤٣) فصل: فإن أعار قاتل الصيد سلاحا، فقتله به، فهو كما لو دله عليه، سواء كان المستعار مما لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٨٨

يتم قتله إلا به، أو أعاره شيئا هو مستغن عنه، مثل أن يعيره رمحا ومعه رمح، وكذلك لو أعانه عليه بمناولته سوطه أو رمحه، أو أمره باصطياده؛ لما ذكرنا من حديث أبي قتادة، وقول أصحابه: والله لا نعينك عليه بشيء. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «هل منكم أحد أمره أن يحمل عليها، أو أشار إليها؟» . وكذلك إن أعاره سكينا، فذبحه بها. فإن أعاره آلة ليستعملها في غير الصيد، فاستعملها في الصيد، لم يضمن؛ لأن ذلك غير محرم عليه، فأشبه ما لو ضحك عند رؤية الصيد، ففطن له إنسان، فصاده.

[فصل دل الحلال محرما على الصيد فقتله]

(٢٣٤٤) فصل: وإن دل الحلال محرما على الصيد، فقتله، فلا شيء على الحلال؛ لأنه لا يضمن الصيد بالإتلاف،." (١)

"فأشبه الشعر النابت في عينه، والصيد الصائل عليه. فإن قص أكثر مما انكسر، فعليه الفدية لذلك الزائد، كما لو قطع من الشعر أكثر مما يحتاج إليه.

وإن احتاج إلى مدواة قرحة، فلم يمكنه إلا بقص أظفاره، فعليه الفدية لذلك. وقال ابن القاسم، صاحب مالك: لا فدية عليه. **ولنا**، أنه أزال ما منع إزالته لضرر في غيره، فأشبه حلق رأسه دفعا لضرر قمله. وإن وقع في أظفاره مرض، فأزالها لذلك المرض، فلا فدية عليه، لأنه أزالها لإزالة مرضها، فأشبه قصها لكسرها.

[مسألة لا ينظر المحرم في المرآة لإصلاح شيء]

(٢٣٦١) مسألة: قال: (ولا ينظر في المرآة لإصلاح شيء) يعني لا ينظر فيها لإزالة شعث، أو تسوية شعر، أو شيء من الزينة. قال أحمد: لا بأس أن ينظر في المرآة، ولا يصلح شعثا، ولا ينفض عنه غبارا.

وقال أيضا: إذا كان يريد به زينة فلا. قيل: فكيف يريد زينة؟ قال: يرى شعرة فيسويها. وروي نحو ذلك عن عطاء. والوجه في ذلك أنه قد روي في حديث: «إن المحرم الأشعث الأغبر» .

وفي آخر: «إن الله يباهي بأهل عرفة ملائكته، فيقول: يا ملائكتي، انظروا إلى عبادي، قد أتوني شعثا غبرا ضاحين» . أو كما جاء لفظ الحديث. فإن نظر فيها لحاجة، كمداواة جرح، أو إزالة شعر ينبت في عينه، ونحو ذلك مما أباح الشرع له فعله، فلا بأس، ولا فدية عليه بالنظر في المرآة على كل حال، وإنما ذلك أدب لا شيء على تاركه. لا نعلم أحدا أوجب في ذلك شيئا. وقد روي عن ابن عمر، وعمر بن عبد العزيز،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٨٩

أنهما كانا ينظران في المرآة، وهما محرمان.

[مسألة الزعفران وغيره من الطيب إذا جعل في مأكول أو مشروب لم يبح للمحرم تناوله]

(٢٣٦٢) مسألة: قال: (ولا يأكل من الزعفران ما يجد ريحه) وجملة ذلك أن الزعفران وغيره من الطيب، إذا جعل في مأكول أو مشروب، فلم تذهب رائحته، لم يبح للمحرم تناوله، نيئا كان أو قد مسته النار. وبهذا قال الشافعي. وكان مالك وأصحاب الرأي لا يرون بما مست النار من الطعام بأسا، سواء ذهب لونه وريحه وطعمه، أو بقي ذلك كله؛ لأنه بالطبخ. استحال عن كونه طيبا.

وروي عن ابن عمر، وعطاء، ومجاهد، وسعيد بن جبير، وطاوس، أنهم لم يكونوا يرون بأكل الخشكنانج الأصفر بأسا، وكرهه القاسم بن محمد، وجعفر بن محمد، **ولنا**، أن الاستمتاع به، والترفه به، حاصل من حيث المباشرة، فأشبه ما لو كان نيئا، ولأن المقصود من الطيب رائحته، وهي باقية، وقول من أباح الخشكنانج الأصفر محمول على ما لم يبق فيه رائحة، فإن ما ذهبت رائحته وطعمه، ولم يبق فيه إلا اللون مما مسته النار، لا بأس بأكله. لا نعلم فيه خلافا، سوى أن." [1]

"القاسم وجعفر بن محمد، كرها الخشكنانج الأصفر. ويمكن حمله على ما بقيت رائحته؛ ليزول الخلاف. فإن لم تمسه النار، لكن ذهبت رائحته وطعمه، فلا بأس به.

وهو قول الشافعي. وكره مالك، والحميدي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، الملح الأصفر، وفرقوا بين ما مسته النار، وما لم تمسه.

ولنا، أن المقصود الرائحة، فإن الطيب إنما كان طيبا لرائحته، لا للونه، فوجب دوران الحكم معها دونه.

(٢٣٦٣) فصل: فإن ذهبت رائحته، وبقي لونه وطعمه، فظاهر كلام الخرقي إباحته؛ لما ذكرنا من أنها المقصود، فيزول المنع بزوالها. وظاهر كلام أحمد، في رواية، صالح تحريمه. وهو مذهب الشافعي. قال القاضي: محال أن تنفك الرائحة عن الطعم، فمتى بقي الطعم دل على بقائها، فلذلك وجبت الفدية باستعماله.

[مسألة لا يدهن المحرم بما فيه طيب وما لا طيب فيه]

(٢٣٦٤) مسألة: قال: (ولا يدهن بما فيه طيب، وما لا طيب فيه) أما المطيب من الأدهان، كدهن الورد

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٩٧

والبنفسج والزنبق والخيري واللينوفر، فليس في تحريم الادهان به خلاف في المذهب. وهو قول الأوزاعي. وكره مالك، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، الادهان بدهن البنفسج.

وقال الشافعي: ليس بطيب. ولنا، أنه يتخذ للطيب، وتقصد رائحته، فكان طيبا، كماء الورد. فأما ما لا طيب فيه، كالزيت والشيرج والسمن والشحم ودهن البان الساذج، فنقل الأثرم، قال: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المحرم يدهن بالزيت والشيرج؟ فقال: نعم، يدهن به إذا احتاج إليه. ويتداوى المحرم بما يأكل.

قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم، على أن للمحرم أن يدهن بدنه بالشحم والزيت والسمن.

ونقل الأثرم جواز ذلك عن ابن عباس، وأبي ذر، والأسود بن يزيد، وعطاء، والضحاك، وغيرهم. ونقل أبو داود، عن أحمد، أنه قال: الزيت الذي يؤكل لا يدهن المحرم به رأسه. فظاهر هذا، أنه لا يدهن رأسه بشيء من الأدهان. وهو قول عطاء، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لأنه يزيل الشعث، ويسكن الشعر.

فأما دهن سائر البدن، فلا نعلم عن أحمد فيه منعا. وقد ذكرنا إجماع أهل العلم على إباحته في اليدين، وإنما الكراهة في الرأس خاصة؛ لأنه محل الشعر.

وقال القاضي: في إباحته في جميع البدن روايتان؛ فإن فعله فلا فدية فيه، في ظاهر كلام أحمد، سواء دهن رأسه أو غيره، إلا أن يكون مطيبا.

وقد روي عن ابن عمر أنه صدع وهو محرم، فقالوا: ألا ندهنك بالسمن؟ قال: لا. قالوا: أليس تأكله؟ قال: ليس أكله كالادهان به. وعن مجاهد، قال: إن تداوى به فعليه الكفارة.

وقال الذين منعوا من دهن الرأس: فيه الفدية؛ لأنه مزيل للشعث، أشبه ما لو كان مطيبا.." (١)

"[فصل تكره الخطبة للمحرم وخطبة المحرمة ويكره للمحرم أن يخطب للمحلين]

(٢٣٨٤) فصل: وتكره الخطبة للمحرم، وخطبة المحرمة، ويكره للمحرم أن يخطب للمحلين؛ لأنه قد جاء في بعض ألفاظ حديث عثمان: «لا ينكح المحرم، ولا ينكح، ولا يخطب» . رواه مسلم. ولأنه تسبب إلى الحرام، فأشبه الإشارة إلى الصيد. والإحرام الفاسد كالصحيح في منع النكاح، وسائر المحظورات؛ لأن حكمه باق في وجوب ما يجب في الإحرام، فكذلك ما يحرم به.

[فصل لا ينعقد النكاح بشهادة المحرمين]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٢٩٨

(٢٣٨٥) فصل: ويكره أن يشهد في النكاح؛ لأنه معاونة على النكاح فأشبه الخطبة. وإن شهد أو خطب، لم يفسد النكاح.

وقال بعض أصحاب الشافعي: لا ينعقد النكاح بشهادة المحرمين؛ لأن في بعض الروايات: (ولا يشهد. **ولنا**، أنه لا مدخل للشاهد في العقد، فأشبه الخطيب، وهذه اللفظة غير معروفة، فلم يثبت بها حكم. ومتى تزوج المحرم، أو زوج، أو زوجت محرمة، لم يجب بذلك فدية؛ لأنه عقد فسد لأجل الإحرام، فلم تجب به فدية، كشراء الصيد.

[مسألة الحج لا يفسد بإتيان شيء في حال الإحرام إلا الجماع]

(٢٣٨٦) مسألة: قال: (فإن وطئ المحرم في الفرج فأنزل، أو لم ينزل، فقد فسد حجهما، وعليه بدنة إن كان استكرهها، وإن كانت طاوعته، فعلى كل واحد منهما بدنة) أما فساد الحج بالجماع في الفرج، فليس فيه اختلاف. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الحج لا يفسد بإتيان شيء في حال الإحرام إلا الجماع. والأصل في ذلك ما روي عن ابن عمر، أن رجلا سأله، فقال: إني وقعت بامرأتي، ونحن محرمان. فقال: أفسدت حجك، انطلق أنت وأهلك مع الناس، فاقضوا ما يقضون، وحل إذا حلوا، فإذا كان في العام المقبل فاحجج أنت وامرأتك، واهديا هديا، فإن لم تجدا، فصوما ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجعتم. وكذلك قال ابن عباس، وعبد الله بن عمرو. لم نعلم لهم في عصرهم مخالفا.

روى حديثهم الأثرم في (سننه) ، وفي حديث ابن عباس: (ويتفرقان) من حيث يحرمان، حتى يقضيا حجهما. قال ابن المنذر: قول ابن عباس أعلى شيء روي في من وطئ في حجه. وروي ذلك عن عمر - رضي الله عنه -. وبه قال ابن المسيب، وعطاء، والنخعي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور وأصحاب الرأي. ولا فرق بين ما قبل الوقوف وبعده.

وقال أبو حنيفة: إن جامع قبل الوقوف فسد حجه، وإن جامع بعده لم يفسد؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الحج عرفة» . ولأنه معنى يأمن به الفوات، فأمن به الفساد، كالتحلل.

ولنا، أن قول الصحابة الذين روينا قولهم، مطلق في من واقع محرما، ولأنه جماع صادف إحراما." [١]

"تاما، فأفسده، كما قبل الوقوف. وقوله - عليه السلام -: «الحج عرفة» يعني: معظمه. أو أنه ركن متأكد فيه. ولا يلزم من أمن الفوات أمن الفساد، بدليل العمرة. إذا ثبت هذا فإنه يجب على المجامع بدنة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٠٨

روي ذلك عن ابن عباس، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، ومالك، والشافعي، وأبي ثور.

وقال الثوري، وإسحاق: عليه بدنة، فإن لم يجد فشاة. وقال أصحاب الرأي: إن جامع قبل الوقوف فسد حجه، وعليه شاة، وإن كان بعده فعليه بدنة، وحجه صحيح؛ لأنه قبل الوقوف معنى يوجب القضاء، فلم يجب به بدنة، كالفوات. **ولنا**، أنه جماع صادف إحراما تاما، فوجبت به البدنة، كبعد الوقوف، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولم يفرقوا بين قبل الوقوف وبعده.

وأما الفوات فهو مفارق للجماع بالإجماع، ولذلك لا يوجبون فيه الشاة، بخلاف الجماع. وإذا كانت المرأة مكرهة على الجماع، فلا هدي عليها، ولا على الرجل أن يهدي عنها. نص عليه أحمد؛ لأنه جما ع يوجب الكفارة، فلم تجب به حال الإكراه أكثر من كفارة واحدة، كما في الصيام.

وهذا قول إسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر. وعن أحمد، رواية أخرى: أن عليه أن يهدي عنها. وهو قول عطاء، ومالك؛ لأن إفساد الحج وجد منه في حقهما، فكان عليه لإفساده حجها هدي، قياسا على حجه، وعنه ما يدل على أن الهدي عليها؛ لأن فساد الحج ثبت بالنسبة إليها، فكان الهدي عليها، كما لو طاوعت.

ويحتمل أنه أراد أن الهدي عليها، يتحمله الزوج عنها، فلا يكون رواية ثالثة. فأما حال المطاوعة، فعلى كل واحد منهما بدنة. هذا قول ابن عباس، وسعيد بن المسيب، والنخعي، والضحاك، ومالك، والحكم، وحماد؛ لأن ابن عباس قال: اهد ناقة، ولتهد ناقة. لأنها أحد المتجامعين من غير إكراه، فلزمتها بدنة كالرجل.

وعن أحمد أنه قال: أرجو أن يجزئهما هدي واحد. وروي ذلك عن عطاء، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه جماع واحد فلم يوجب أكثر من بدنة، كحالة الإكراه، والنائمة كالمكرهة في هذا.

وأما فساد الحج، فلا فرق فيه بين حال الإكراه والمطاوعة. لا نعلم فيه خلافا.

[فصل لا فرق بين الوطء في القبل والدبر من آدمي أو بهيمة في الحج]

(٢٣٨٧) فصل: ولا فرق بين الوطء في القبل والدبر، من آدمي أو بهيمة. وبه قال الشافعي، وأبو ثور. ويتخرج في وطء البهيمة أن الحج لا يفسد به. وهو قول مالك، وأبي حنيفة؛ لأنه لا يوجب الحد، فأشبه الوطء دون الفرج. وحكى أبو ثور عن أبي حنيفة أن اللواط والوطء في الدبر لا يفسد الحج؛ لأنه لا يثبت." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٠٩

"ذكرنا؛ لأنه استمتاع يلتذ به، فهو كالقبلة. قال أحمد، في من قبض على فرج امرأته، وهو محرم: فإنه يهريق دم شاة. وقال عطاء: إذا قبل المحرم، أو لمس، فليهرق دما.

[مسألة الحج لا يفسد بتكرار النظر أنزل أو لم ينزل]

(٢٣٩١) مسألة: قال: (وإن نظر، فصرف بصره، فأمنى، فعليه دم، وإن كرر النظر حتى أمنى، فعليه بدنة) وجملة ذلك، أن الحج لا يفسد بتكرار النظر، أنزل أو لم ينزل. روي ذلك عن ابن عباس. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي. وروي عن الحسن، وعطاء، ومالك، في من ردد النظر حتى أمنى: عليه حج قابل؛ لأنه أنزل بفعل محظور، أشبه الإنزال بالمباشرة.

ولنا، أنه إنزال عن غير مباشرة، فأشبه الإنزال بالفكر والاحتلام، والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع. ثم إن المباشرة أبلغ في اللذة، وآكد في استدعاء الشهوة، فلا يصح القياس عليه. فأما إن نظر ولم يكرر، فأمنى، فعليه شاة. وإن كرره، فأنزل، ففيه روايتان؛ إحداهما، عليه بدنة. روي ذلك عن ابن عباس. والثانية، عليه شاة. وهو قول سعيد بن جبير، وإسحاق ورواية ثانية عن ابن عباس.

وقال أبو ثور: لا شيء عليه. وحكي ذلك عن أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه ليس بمباشرة، أشبه الفكر. **ولنا**، أنه إنزال بفعل محظور، فأوجب الفدية، كاللمس.

وقد روى الأثرم، عن ابن عباس، أنه قال له رجل: فعل الله بهذه وفعل، إنها تطيبت لي، فكلمتني، وحدثتني، حتى سبقتني الشهوة. فقال ابن عباس: أتمم حجك، وأهرق دما. وروى حنبل. في (المناسك) ، عن مجاهد، أن محرما نظر إلى امرأته حتى أمذى، فجعل يشتمها. فقال ابن عباس: أهرق دما، ولا تشتمها.

[فصل كرر المحرم النظر حتى أمذى]

(٢٣٩٢) فصل: فإن كرر النظر حتى أمذى: فقال أبو الخطاب: عليه دم. وقال القاضي: ذكره الخرقي. قال القاضي: لأنه جزء من المني، ولأنه حصل به التذاذ، فهو كاللمس. وإن لم يقترن بالنظر مني أو مذي، فلا شيء عليه، سواء كرر النظر أو لم يكرره.

وقد روي عن أحمد في من جرد امرأته، ولم يكن منه غير التجريد، أن عليه شاة، وهذا محمول على أنه لمس، فإن التجريد لا يعرى عن اللمس ظاهرا، أو على أنه أمنى أو أمذى، أما مجرد، النظر، فلا شيء فيه، فقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - ينظر إلى نسائه وهو محرم، وكذلك أصحابه.

[فصل فكر المحرم فأنزل]

(٢٣٩٣) فصل: فإن فكر فأنزل، فلا شيء عليه؛ فإن الفكر يعرض للإنسان من غير إرادة ولا اختيار، فلم." (١)

"يعدو على أموال الناس، فلا وجه لإخراجه من العموم. وفارق ما أبيح أكله، فإنه مباح ليس هو في معنى ما أبيح قتله، فلا يلزم من تخصيصه تخصيص ما ليس في معناه. وقول الخرقي: (وكل ما عدا عليه أو آذاه) .

يحتمل أنه أراد ما يبدأ المحرم، فيعدو عليه في نفسه أو ماله، فهذا لا جناح على قاتله، سواء كان من جنس طبعه الأذى، أو لم يكن. قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم، على أن السبع إذا بدأ المحرم، فقتله، لا شيء عليه. ويحتمل أنه أراد ما كان طبعه الأذى والعدوان، وإن لم يوجد منه أذى في الحال. قال مالك: الكلب العقور، ما عقر الناس وعدا عليهم، مثل الأسد والنمر والفهد والذئب. فعلى هذا يباح قتل كل ما فيه أذى للناس في أنفسهم أو في أموالهم، مثل سباع البهائم كلها، المحرم أكلها، وجوارح الطير، كالبازي، والعقاب، والصقر، والشاهين، ونحوها، والحشرات المؤذية، والزنبور، والبق، والبعوض، والبراغيث، والذباب. وبهذا قال الشافعي.

وقال أصحاب الرأي: يقتل ما جاء في الخبر، والذئب، قياسا عليه. **ولنا**، أن الخبر نص من كل جنس على صورة من أدناه، تنبيها على ما هو أعلى منها، ودلالة على ما كان في معناها، فنصه على الحدأة والغراب تنبيه على البازي ونحوه، وعلى الفأرة تنبيه على الحشرات، وعلى العقرب تنبيه على الحية، وعلى الكلب العقور تنبيه على السباع التي هي أعلى منه، ولأن ما لا يضمن بمثله، ولا بقيمته، لا يضمن، كالحشرات.

[فصل ما لا يؤذي بطبعه ولا يؤكل كالرخم والديدان فلا أثر للحرم ولا للإحرام فيه]

(٢٣٩٧) فصل: وما لا يؤذي بطبعه، ولا يؤكل كالرخم، والديدان، فلا أثر للحرم ولا للإحرام فيه، ولا جزاء فيه إن قتله. وبهذا قال الشافعي وقال مالك: يحرم قتلها، وإن قتلها فداها، وكذلك كل سبع لا يعدو على الناس. وإذا وطئ الذباب والنمل أو الذر، أو قتل الزنبور، تصدق بشيء من الطعام.

ولنا، أن الله تعالى إنما أوجب الجزاء في الصيد، وليس هذا بصيد. قال بعض أهل اللغة: الصيد ما جمع ثلاثة أشياء، فيكون مباحا وحشيا ممتنعا. ولأنه لا مثل له ولا قيمة، والضمان إنما يكون بأحد هذين

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣١٢

الشيئين. وروي عن عمر، أنه قرد بعيره بالسقيا وهو محرم. ومعناه أنه نزع القراد عنه، ورماه.
وهذا قول جابر بن زيد، وعطاء. وروي أن ابن عباس قال لعكرمة وهو محرم: قرد البعير. فكره ذلك. فقال: قم فانحره. فنحره. فقال له ابن عباس: لا أم لك، كم قتلت فيها من قراد وحلمة وحمنانة؟ يعني كبار القراد. رواه كله سعيد.." (١)

"بن عروة: كان ابن الزبير تسع سنين يراها في الأقفاص، وأصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - لا يرون به بأسا. ورخص فيه سعيد بن جبير، ومجاهد، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر؛ لأنه ملكه خارجا، وحل له التصرف فيه، فجاز له ذلك في الحرم، كصيد المدينة إذا أدخله حرمها.
ولنا، أن الحرم سبب محرم للصيد، ويوجب ضمانه فحرم استدامة إمساكه كالإحرام، ولأنه صيد ذبحه في الحرم، فلزمه جزاؤه، كما لو صاده منه، وصيد المدينة لا جزاء فيه، بخلاف صيد الحرم.

[فصل يضمن صيد الحرم بالدلالة والإشارة]
(٢٤٠٥) فصل: ويضمن صيد الحرم بالدلالة والإشارة، كصيد الإحرام، والواجب عليهما جزاء واحد. نص عليه أحمد. وظاهر كلامه أنه لا فرق بين كون الدال في الحل أو الحرم.
وقال القاضي: لا جزاء على الدال إذا كان في الحل، والجزاء على المدلول وحده، كالحلال إذا دل محرما على صيده. **ولنا**، أن قتل الصيد الحرمي حرام على الدال، فيضمنه بالدلالة، كما لو كان في الحرم، يحققه أن صيد الحرم محرم على كل أحد؛ لقوله - عليه السلام -: «لا ينفر صيدها» .
وفي لفظ: «لا يصاد صيدها» . وهذا عام في حق كل واحد، ولأن صيد الحرم معصوم بمحله، فحرم قتله عليهما كالملتجئ إلى الحرم. وإذا ثبت تحريمه عليهما فيضمن بالدلالة ممن يحرم عليه قتله، كما يضمن بدلالة المحرم عليه.

[فصل رمي الحلال من الحل صيدا في الحرم فقتله]
(٢٤٠٦) فصل: وإذا رمى الحلال من الحل صيدا في الحرم، فقتله، أو أرسل كلبه عليه، فقتله، أو قتل صيدا على فرع في الحرم أصله في الحل، ضمنه. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي، وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى، لا جزاء عليه في جميع ذلك؛ لأن القاتل

---
(١) المغني لابن قدامة ٣/٣١٥

حلال في الحل.

وهذا لا يصح؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا ينفر صيدها» . ولم يفرق بين من هو في الحل والحرم، وقد أجمع المسلمون على تحريم صيد الحرم، وهذا من صيده، ولأن صيد الحرم معصوم بمحله بحرمة الحرم، فلا يختص تحريمه بمن في الحرم، وكذلك الحكم إن أمسك طائرا في الحل، فهلك فراخه في الحرم، ضمن الفراخ؛ لما ذكرنا، ولا يضمن الأم؛ لأنها من صيد الحل، وهو حلال. وإن انعكست الحال، فرمى من الحرم صيدا في الحل، أو أرسل كلبه عليه، أو قتل صيدا على غصن في الحل أصله في الحرم، أو أمسك حمامة في الحرم، فهلك فراخها في الحل، فلا ضمان عليه، كما في الحل.

قال أحمد، في من أرسل كلبه في الحرم، فصاد في الحل: فلا شيء عليه. وحكي عنه، رواية أخرى، في جميع الصور: يضمن.

وعن الشافعي ما يدل عليه. وذهب الثوري، والشافعي؛ وأبو ثور، وابن المنذر، في من قتل طائرا على غصن في الحل، أصله في الحرم: لا جزاء عليه. وهو ظاهر قول أصحاب الرأي.

وقال ابن الماجشون، وإسحاق: عليه الجزاء؛ لأن الغصن تابع للأصل، وهو في الحرم.." (١)

"**ولنا**، أن الأصل حل الصيد، فحرم صيد الحرم بقوله – عليه السلام –: «لا ينفر صيدها» . وبالإجماع، فبقي ما عداه على الأصل، ولأنه صيد حل صاده حلال، فلم يحرم، كما لو كانا في الحل، ولأن الجزاء إنما يجب في صيد الحرم، أو صيد المحرم، وليس هذا بواحد منهما.

(٢٤٠٧) فصل: فإن كان الصيد والصائد في الحل، فرمى الصيد بسهمه، أو أرسل عليه كلبه، فدخل الحرم، ثم خرج فقتل الصيد في الحل، فلا جزاء فيه. وبها قال أصحاب الرأي، وأبو ثور، وابن المنذر. وحكى أبو ثور عن الشافعي، أن عليه الجزاء.

ولنا، ما ذكرناه. قال القاضي: لا يزيد سهمه على نفسه، ولو عدا بنفسه، فسلك الحرم في طريقه، ثم قتل صيدا في الحل، لم يكن عليه شيء، فسهمه أولى.

[فصل رمى من الحل صيدا في الحل فقتل صيدا في الحرم]

(٢٤٠٨) فصل: وإن رمى من الحل صيدا في الحل، فقتل صيدا في الحرم، فعليه جزاؤه. وبهذا قال الثوري،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣١٨

وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وقال أبو ثور: لا جزاء عليه. وليس بصحيح؛ لأنه قتل صيدا حرميا، فلزمه جزاؤه، كما لو رمى حجرا في الحرم فقتل صيدا، يحققه أن الخطأ كالعمد في وجوب الجزاء، وهذا لا يخرج عن كونه واحدا منهما. فأما إن أرسل كلبه على صيد في الحل، فدخل الكلب الحرم، فقتل صيدا آخر، لم يضمنه.

وهذا قول الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأنه لم يرسل الكلب على ذلك الصيد، وإنما دخل باختيار نفسه، فهو كما لو استرسل بنفسه من غير إرسال. وإن أرسله على صيد، فدخل الصيد الحرم، ودخل الكلب خلفه، فقتله في الحرم، فكذلك. نص عليه أحمد، وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر.

وقال عطاء، وأبو حنيفة، وصاحباه: عليه الجزاء؛ لأنه قتل صيدا حرميا، بإرسال كلبه عليه، فضمنه، كما لو قتله بسهمه. واختاره أبو بكر عبد العزيز. وحكى صالح، عن أحمد، أنه قال: إن كان الصيد قريبا من الحرم، ضمنه؛ لأنه فرط بإرساله في موضع يظهر أنه يدخل الحرم، وإن كان بعيدا، لم يضمن؛ لعدم التفريط.

وهذا قول مالك. **ولنا**، أنه أرسل الكلب على صيد مباح، فلم يضمن. كما لو قتل صيدا سواه، وفارق السهم؛ لأن الكلب له قصد واختيار، ولهذا يسترسل بنفسه، ويرسله إلى جهة فيمضي إلى غيرها، والسهم بخلافه. إذا ثبت هذا فإنه لا يأكل الصيد في هذه المواضع كلها، ضمنه أو لم يضمنه؛ لأنه صيد حرمي، قتل في الحرم، فحرم، كما لو ضمنه، ولأننا إذا قطعنا فعل الآدمي، صار كأن الكلب استرسل بنفسه، فقتله. ولكن لو رمى الحلال من الحل صيدا في الحل، فجرحه، وتحامل الصيد فدخل الحرم، فمات فيه، حل أكله، ولا جزاء فيه؛ لأن الذكاة حصلت في الحل، فأشبه ما لو جرح صيدا، ثم أحرم، فمات." (١)

"**ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يخبط شوكها، ولا يعضد شجرها» ، رواه مسلم. ولأن ما حرم أخذه حرم كل شيء منه، كريش الطائر. وقولهم: لا يضر به. لا يصح فإنه يضعفها، وربما آل إلى تلفها.

[فصل قطع حشيش الحرم]

(٢٤١٤) فصل: ويحرم قطع حشيش الحرم، إلا ما استثناه الشرع من الإذخر، وما أنبته الآدميون، واليابس؛ لقوله - عليه السلام -: «لا يختلى خلاها» .

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٩/٣

وفي لفظ: «لا يحتش حشيشها.» وفي استثناء النبي – صلى الله عليه وسلم – الإذخر دليل على تحريم ما عداه، وفي جواز رعيه وجهان؛ أحدهما، لا يجوز، وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن ما حرم إتلافه، لم يجز أن يرسل عليه ما يتلفه، كالصيد. والثاني، يجوز. وهو مذهب عطاء، والشافعي؛ لأن الهدايا كانت تدخل الحرم، فتكثر فيه، فلم ينقل أنه كانت تسد أفواهها، ولأن بهم حاجة إلى ذلك، أشبه قطع الإذخر.

[فصل أخذ الكمأة من الحرم]

(٢٤١٥) فصل: ويباح أخذ الكمأة من الحرم، وكذلك الفقع؛ لأنه لا أصل له، فأشبه الثمرة. وروى حنبل، قال: يؤكل من شجر الحرم الضغابيس، والعشرق، وما سقط من الشجر، وما أنبت الناس.

[فصل الضمان على من أتلف الشجر والحشيش في الحرم]

(٢٤١٦) فصل: ويجب في إتلاف الشجر والحشيش الضمان. وبه قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن ابن عباس، وعطاء.

وقال مالك، وأبو ثور، وداود، وابن المنذر: لا يضمن؛ لأن المحرم لا يضمنه في الحل، فلا يضمن في الحرم، كالزرع. وقال ابن المنذر: لا أجد دليلا أوجب به في شجر الحرم، فرضا من كتاب، ولا سنة، ولا إجماع، وأقول كما قال مالك: نستغفر الله تعالى، **ولنا**، ما روى أبو هشيمة، قال: رأيت عمر بن الخطاب، أمر بشجر كان في المسجد يضر بأهل الطواف، فقطع، وفدى. قال: وذكر البقرة. رواه حنبل في (المناسك) . وعن ابن عباس، أنه قال: في الدوحة بقرة، وفي الجزلة شاة. والدوحة: الشجرة العظيمة. والجزلة: الصغيرة. وعن عطاء." (١)

"نحوه. ولأنه ممنوع من إتلافه لحرمة الحرم، فكان مضمونا كالصيد، ويخالف المحرم، فإنه لا يمتنع من قطع شجر الحل، ولا زرع الحرم. إذا ثبت هذا، فإنه يضمن الشجرة الكبيرة ببقرة، والصغيرة بشاة، والحشيش بقيمته، والغصن بما نقص. وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب الرأي: يضمن الكل بقيمته؛ لأنه لا مقدر فيه، فأشبه الحشيش. **ولنا**، قول ابن عباس وعطاء ولأنه أحد نوعي ما يحرم إتلافه، فكان فيه ما يضمن بمقدر كالصيد. فإن قطع غصنا أو حشيشا، فاستخلف، احتمل سقوط ضمانه، كما إذا جرح صيدا فاندمل، أو قطع شعر آدمي فنبت، واحتمل أن يضمنه؛ لأن الثاني غير الأول.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٢٢

[فصل قلع شجرة من الحرم فغرسها في مكان آخر فيبست]

(٢٤١٧) فصل: من قلع شجرة من الحرم، فغرسها في مكان آخر، فيبست، ضمنها؛ لأنه أتلفها. وإن غرسها في مكان من الحرم، فنبتت، لم يضمنها؛ لأنه لم يتلفها، ولم يزل حرمتها. وإن غرسها في الحل، فنبتت، فعليه ردها إليه؛ لأنه أزال حرمتها. فإن تعذر ردها، أو ردها فيبست، ضمنها. وإن قلعها غيره من الحل، فقال القاضي: الضمان على الثاني؛ لأنه المتلف لها.

فإن قيل: فلم لا يجب على المخرج، كالصيد إذا نفره من الحرم، فقتله إنسان في الحل، فإن الضمان على المنفر؟ قلنا: الشجر لا ينتقل بنفسه، ولا تزول حرمته بإخراجه، ولهذا وجب على قالعه رده، والصيد يكون في الحرم تارة وفي الحل أخرى، فمن نفره فقد فوت حرمته، فلزمه جزاؤه، وهذا لم يفوت حرمته بالإخراج، فكان الجزاء على متلفه، لأنه أتلف شجرا حرميا محرما إتلافه.

[فصل إذا كانت شجرة في الحرم وغصنها في الحل فعلى قاطعه الضمان]

(٢٤١٨) فصل: وإذا كانت شجرة في الحرم، وغصنها في الحل، فعلى قاطعه الضمان؛ لأنه تابع لأصله. وإن كانت في الحل، وغصنها في الحرم، فقطعه، ففيه وجهان: أحدهما: لا ضمان فيه. وهو قول القاضي أبي يعلى لأنه تابع لأصله، كالتي قبلها. والثاني، يضمنه. اختاره ابن أبي موسى؛ لأنه في الحرم. فإن كان بعض الأصل في الحل وبعضه في الحرم، ضمن الغصن بكل حال، سواء كان في الحل أو في الحرم، تغليبا لحرمة الحرم، كما لو وقف صيد بعض قوائمه في الحل، وبعضها في الحرم.

[فصل حكم صيد المدينة وشجرها وحشيشها]

(٢٤١٩) فصل: ويحرم صيد المدينة وشجرها وحشيشها. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة:." (١)

"أبو داود. ولأن المدينة يقرب منها شجر وزرع، فلو منعنا من احتشاشها، مع الحاجة، أفضى إلى الضرر، بخلاف مكة، الثاني، أن من صاد صيدا خارج المدينة، ثم أدخله إليها، لم يلزمه إرساله. نص عليه أحمد؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقول: «يا أبا عمير، ما فعل النغير؟» . وهو طائر صغير. فظاهر هذا أنه أباح إمساكه بالمدينة، إذ لم ينكر ذلك، وحرمة مكة أعظم من حرمة المدينة، بدليل أنه لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٢٣

يدخلها إلا محرم.

[فصل صيد وج وشجره مباح وهو واد بالطائف]

(٢٤٢٣) فصل: صيد وج وشجره مباح؛ وهو واد بالطائف. وقال أصحاب الشافعي: هو محرم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «صيد وج وعضاهها محرم» . رواه أحمد، في (المسند) . **ولنا**، أن الأصل الإباحة، والحديث ضعيف، ضعفه أحمد. ذكره أبو بكر الخلال، في كتاب (العلل) .

[مسألة المحرم إذا حصره عدو فمنعه الوصول إلى البيت]

(٢٤٢٤) مسألة: قال: (وإن حصر بعدو، نحر ما معه من الهدي، وحل) أجمع أهل العلم على أن المحرم إذا حصره عدو من المشركين، أو غيرهم، فمنعوه الوصول إلى البيت، ولم يجد طريقا آمنا، فله التحلل. وقد نص الله تعالى عليه بقوله: ﴿فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦] . وثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر أصحابه يوم حصروا في الحديبية أن ينحروا، ويحلقوا، ويحلوا.

وسواء كان الإحرام بحج أو بعمرة، أو بهما، في قول إمامنا، وأبي حنيفة، والشافعي. وحكي عن مالك أن المعتمر لا يتحلل؛ لأنه لا يخاف الفوات. وليس بصحيح؛ لأن الآية إنما نزلت في حصر الحديبية، وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه محرمين بعمرة، فحلوا جميعا. وعلى من تحلل بالإحصار الهدي، في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن مالك، ليس عليه هدي؛ لأنه تحلل أبيح له من غير تفريط، أشبه من أتم حجه.

وليس بصحيح؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فإن أحصرتم فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦] . قال الشافعي: لا خلاف بين أهل التفسير أن هذه الآية نزلت في حصر الحديبية. ولأنه أبيح له التحلل قبل إتمام نسكه، فكان عليه الهدي، كالذي فاته الحج، وبهذا فارق من أتم حجه.

[فصل لا فرق بين الحصر العام في حق الحاج كله وبين الخاص في حق شخص واحد]

(٢٤٢٥) فصل: ولا فرق بين الحصر العام في حق الحاج كله، وبين الخاص في حق شخص واحد، مثل

أن يحبس بغير حق، أو أخذته اللصوص وحده؛ لعموم النص، ووجود المعنى في الكل. فأما من حبس بحق عليه، يمكنه الخروج منه، لم يكن له التحلل؛ لأنه لا عذر له في الحبس. وإن كان معسرا به عاجزا." [1]

"[فصل المحصر في حج فاسد]

(٢٤٣٣) فصل: وإن أحصر في حج فاسد، فله التحلل؛ لأنه إذا أبيح له التحلل في الحج الصحيح، فالفاسد أولى. فإن حل، ثم زال الحصر وفي الوقت سعة، فله أن يقضي في ذلك العام. وليس يتصور القضاء في العام الذي أفسد الحج فيه في غير هذه المسألة.

[مسألة المحصر إذا عجز عن الهدي]

(٢٤٣٤) مسألة: قال: (فإن لم يكن معه هدي، ولا يقدر عليه، صام عشرة أيام، ثم حل) وجملة ذلك أن المحصر، إذا عجز عن الهدي، انتقل إلى صوم عشرة أيام، ثم حل. وبهذا قال الشافعي، في أحد قوليه. وقال مالك، وأبو حنيفة: ليس له بدل؛ لأنه لم يذكر في القرآن. **ولنا**، أنه دم واجب للإحرام، فكان له بدل، كدم التمتع والطيب واللباس، وترك النص عليه لا يمنع قياسه على غيره في ذلك، ويتعين الانتقال إلى صيام عشرة أيام، كبدل هدي التمتع، وليس له أن يتحلل إلا بعد الصيام، كما لا يتحلل واجد الهدي إلا بنحره. وهل يلزمه الحلق أو التقصير مع ذبح الهدي أو الصيام؟ ظاهر كلام الخرقي، أنه لا يلزمه؛ لأنه لم يذكره. وهو إحدى الروايتين عن أحمد؛ لأن الله تعالى ذكر الهدي وحده، ولم يشرط سواه. والثانية، عليه الحلق أو التقصير؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - حلق يوم الحديبية، وفعله في النسك دل على الوجوب. ولعل هذا ينبني على أن الحلاق نسك أو إطلاق من محظور، على ما يذكر في موضعه، إن شاء الله.

[فصل لا يتحلل المحصر إلا بالنية]

(٢٤٣٥) فصل: ولا يتحلل إلا بالنية، مع ما ذكرنا، فيحصل الحل بشيئين؛ النحر، أو الصوم والنية، إن قلنا الحلاق ليس بنسك. وإن قلنا: هو نسك. حصل بثلاثة أشياء؛ الحلاق مع ما ذكرنا. فإن قيل: فلم اعتبرتم النية هاهنا، وهي في غير المحصر غير معتبرة؟ قلنا: لأن من أتى بأفعال النسك، فقد أتى بما عليه، فيحل منها بإكمالها، فلم يحتج إلى نية، بخلاف المحصور، فإنه يريد الخروج من العبادة قبل إكمالها، فافتقر إلى قصده، ولأن الذبح قد يكون لغير الحل، فلم يتخصص إلا بقصده، بخلاف الرمي، فإنه لا يكون إلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٢٦

للنسك، فلم يحتج إلى قصده.

[فصل نوى التحلل قبل الهدي أو الصيام لم]

(٢٤٣٦) فصل: فإن نوى التحلل قبل الهدي أو الصيام، لم يتحلل، وكان على إحرامه حتى ينحر الهدي أو يصوم؛ لأنهما أقيما مقام أفعال الحج، فلم يحل قبلهما، كما لا يتحلل القادر على أفعال الحج قبلها. وليس عليه في نية الحل فدية؛ لأنها لم تؤثر في العبادة، فإن فعل شيئا من محظورات الإحرام قبل ذلك، فعليه فديته، كما لو فعل القادر ذلك قبل أفعال الحج.." (١)

"له تجاوز الميقات بغير إحرام، وإن كان موضع إحرامه أبعد، فعليه الإحرام بالقضاء منه. نص عليه أحمد. وروي ذلك عن ابن عباس، وسعيد بن المسيب، والشافعي، وإسحاق، واختاره ابن المنذر.

وقال النخعي: يحرم من موضع الجماع؛ لأنه موضع الإفساد. **ولنا**، أنها عبادة فكان قضاؤها على حسب أدائها، كالصلاة.

[فصل وقع بامرأته وهما محرمان]

(٢٤٤٤) فصل: وإذا قضيا، تفرقا من موضع الجماع حتى يقضيا حجهما. روي هذا عن عمر، وابن عباس. وروى سعيد، والأثرم، بإسناديهما عن عمر، أنه سئل عن رجل وقع بامرأته، وهما محرمان. فقال: أتما حجكما، فإذا كان عام قابل، فحجا واهديا، حتى إذا بلغتما المكان الذي أصبتما فيه ما أصبتما، فتفرقا حتى تحلا. ورويا عن ابن عباس مثل ذلك. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والنخعي، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وروي عن أحمد أنهما يتفرقان من حيث يحرمان حتى يحلا. ورواه مالك في " الموطأ " عن علي - رضي الله عنه - وروي عن ابن عباس. وهو قول مالك؛ لأن التفريق بينهما خوفا من معاودة المحظور، وهو يوجد في جميع إحرامهما. ووجه الأول أن ما قبل موضع الإفساد كان إحرامهما فيه صحيحا، فلم يجب التفرق فيه، كالذي لم يفسد، وإنما اختص التفريق بموضع الجماع، لأنه ربما يذكره برؤية مكانه، فيدعوه ذلك إلى فعله. ومعنى التفرق أن لا يركب معها في محمل، ولا ينزل معها في فسطاط ونحوه.

قال أحمد: يتفرقان في النزول، وفي المحمل والفسطاط، ولكن يكون بقربها. وهل يجب التفريق أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٣٠

يستحب؟ فيه وجهان: أحدهما، لا يجب. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه لا يجب التفرق في قضاء رمضان إذا أفسداه، كذلك الحج. والثاني: يجب؛ لأنه روي عمن سمينا من الصحابة الأمر به، ولم نعرف لهم مخالفا، ولأن الاجتماع في ذلك الموضع يذكر الجماع، فيكون من دواعيه. والأول أولى؛ لأن حكمة التفريق الصيانة عما يتوهم من معاودة الوقاع عند تذكره برؤية مكانه، وهذا وهم بعيد لا يقتضي الإيجاب.

[فصل إن كان المعتمر مكيا أحرم بها من الحل]

(٢٤٤٥) فصل: والعمرة فيما ذكرناه كالحج، فإن كان المعتمر مكيا، أحرم بها من الحل، أحرم للقضاء من الحل، وإن كان أحرم بها من الحرم، أحرم للقضاء من الحل، ولا فرق بين المكي ومن حصل بها من المجاورين.

وإن أفسد المتمتع عمرته، ومضى في فاسدها، فأتمها، فقال أحمد: يخرج إلى الميقات،." [١]

"في غير هذا الطواف، ولا يضطبع في السعي.

وقال الشافعي: يضطبع فيه؛ لأنه أحد الطوافين، فأشبه الطواف بالبيت. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يضطبع فيه، والسنة في الاقتداء به. قال أحمد: ما سمعنا فيه شيئا. والقياس لا يصح إلا فيما عقل معناه، وهذا تعبد محض.

[مسألة يرمل ثلاثة أشواط ويمشي أربعة]

(٢٤٥٥) مسألة: قال: (ورمل ثلاثة أشواط، ومشى أربعة، كل ذلك من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود) معنى الرمل إسراع المشي مع مقاربة الخطو من غير وثب. وهو سنة في الأشواط الثلاثة الأول من طواف القدوم. ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا. وقد ثبت «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رمل ثلاثا، ومشى أربعا» . رواه جابر، وابن عباس، وابن عمر، وأحاديثهم متفق عليها فإن قيل: إنما رمل النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه لإظهار الجلد للمشركين، ولم يبق ذلك المعنى، إذ قد نفى الله المشركين، فلم قلتم: إن الحكم يبقى بعد زوال علته؟ قلنا: قد رمل النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه، واضطبع في حجة الوداع بعد الفتح، فثبت أنها سنة ثابتة.

وقال ابن عباس: «رمل النبي - صلى الله عليه وسلم - في عمره كلها، وفي حجه» وأبو بكر، وعمر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٣٤

وعثمان، والخلفاء من بعده. رواه أحمد، في (المسند) . وقد ذكرنا حديث عمر. إذا ثبت هذا، فإن الرمل سنة في الأشواط الثلاثة بكمالها، يرمل من الحجر إلى أن يعود إليه، لا يمشي في شيء منها. روي ذلك عن عمر، وابن عمر، وابن مسعود، وابن الزبير - رضي الله عنهم - وبه قال عروة، والنخعي، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وقال طاوس، وعطاء، والحسن، وسعيد بن جبير، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله: يمشي ما بين الركنين؛ لما روى ابن عباس، قال: «قدم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه مكة، وقد وهنتهم الحمى، فقال المشركون: إنه يقدم عليكم قوم قد وهنتهم حمى يثرب، ولقوا منها شرا. فأطلع الله نبيه - صلى الله عليه وسلم - على ما قالوا، فلما قدموا قعد المشركون مما يلي الحجر، فأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - أصحابه أن يرملوا الأشواط الثلاثة، ويمشوا ما بين الركنين، ليرى المشركون جلدهم، فلما رأوهم رملوا، قال المشركون: هؤلاء الذين زعمتم أن الحمى قد وهنتهم، هؤلاء أجلد منا» . قال ابن عباس: ولم يمنعه أن يأمرهم أن يرملوا الأشواط كلها، إلا الإبقاء عليهم. متفق عليه.

ولنا، ما روى ابن عمر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رمل من الحجر إلى الحجر» . وفي مسلم،."

(١)

"القدوم، أتى بهما في طواف الزيارة؛ لأنهما سنة أمكن قضاؤها، فتقضى كسنن الصلاة.

وهذا لا يصح؛ لما ذكرنا في من تركه في الثلاثة الأول، لا يقضيه في الأربعة، وكذلك من ترك الجهر في صلاة الجهر، لا يقضيه في صلاة الظهر، ولا يقتضي القياس أن تقضى هيئة عبادة في عبادة أخرى. قال القاضي: ولو طاف فرمل واضطبع، ولم يسع بين الصفا والمروة، فإذا طاف بعد ذلك للزيارة، رمل في طوافه؛ لأنه يرمل في السعي بعده، وهو تبع للطواف، فلو قلنا: لا يرمل في الطواف، أفضى إلى أن يكون التبع أكمل من المتبوع.

وهذا قول مجاهد، والشافعي. وهذا لا يثبت بمثل هذا الرأي الضعيف؛ فإن المتبوع لا تتغير هيئته تبعا لتبعه، ولو كانا متلازمين، لكان ترك الرمل في السعي تبعا لعدمه في الطواف أولى من الرمل في الطواف تبعا للسعي.

[فصل ترك الرمل في شوط من الثلاثة الأول]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٤٠

(٢٤٥٨) فصل: فإن ترك الرمل في شوط من الثلاثة الأول، أتى بـه في الاثنين الباقيين. وإن تركه في اثنين أتى به في الثالث. وإن تركه في الثلاثة سقط. كذلك قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن تركه للهيئة في بعض محلها لا يسقطها في بقية محلها، كتارك الجهر في إحدى الركعتين الأولتين، لا يسقطه في الثانية.

[مسألة ليس على أهل مكة رمل]

(٢٤٥٩) مسألة: قال: (وليس على أهل مكة رمل) وهذا قول ابن عباس، وابن عمر، رحمة الله عليهما. وكان ابن عمر إذا أحرم من مكة لم يرمل. وهذا لأن الرمل إنما شرع في الأصل لإظهار الجلد والقوة لأهل البلد، وهذا المعنى معدوم في أهل البلد، والحكم في من أحرم من مكة حكم أهل مكة؛ لما ذكرنا عن ابن عمر، ولأنه أحرم من مكة، أشبه أهل البلد. والمتمتع إذا أحرم بالحج من مكة، ثم عاد، وقلنا: يشرع في حقه طواف القدوم. لم يرمل فيه. قال أحمد: ليس على أهل مكة رمل عند البيت، ولا بين الصفا والمروة.

[مسألة إذا نسي المحرم الرمل فـلا إعادة عليه]

(٢٤٦٠) مسألة: قال: (ومن نسي الرمل، فلا إعادة عليه) إنما كان كذلك لأن الرمل هيئة، فلا يجب بتركه إعادة، ولا شيء، كهيئات الصلاة، وكالاضطباع في الطواف. ولو تركه عمدا، لم يلزمه شيء أيضا. وهذا قول عامة الفقهاء، إلا ما حكي عن الحسن، والثوري، وعبد الملك بن الماجشون، أن عليه دما؛ لأنه نسك.

وقد جاء في حديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من ترك نسكا، فعليه دم» . **ولنا**، أنه هيئة غير واجبة، فلم يجب بتركها شيء، كالاضطباع، والخبر إنما يصح عن ابن عباس، وقد قال ابن عباس: من ترك الرمل، فلا شيء عليه. ثم هو مخصوص بما ذكرنا؛ ولأن طواف." (١)

"القدوم لا يجب بتركه شيء، فترك صفة فيه أولى أن لا يجب بها؛ لأن ذلك لا يزيد على تركه.

[مسألة شروط صحة الطواف]

(٢٤٦١) مسألة: قال: (ويكون طاهرا في ثياب طاهرة) يعني في الطواف؛ وذلك لأن الطهارة من الحدث

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٢/٣

والنجاسة والستارة شرائط لصحة الطواف، في المشهور عن أحمد. وهو قول مالك، والشافعي.

وعن أحمد أن الطهارة ليست شرطا، فمتى طاف للزيارة غير متطهر أعاد ما كان بمكة، فإن خرج إلى بلده، جبره بدم. وكذلك يخرج في الطهارة من النجس والستارة. وعنه، في من طاف للزيارة، وهو ناس للطهارة: لا شيء عليه.

وقال أبو حنيفة: ليس شيء من ذلك شرطا. واختلف أصحابه، فقال بعضهم: هو واجب. وقال بعضهم: هو سنة؛ لأن الطواف ركن للحج؛ فلم يشترط له الطهارة، كالوقوف. **ولنا** ما روى ابن عباس، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الطواف بالبيت صلاة، إلا أنكم تتكلمون فيه» . رواه الترمذي، والأثرم.

وعن أبي هريرة، أن أبا بكر الصديق بعثه في الحجة التي أمره عليها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قبل حجة الوداع يوم النحر، يؤذن: (لا يحج بعد العام مشرك، ولا يطوف بالبيت عريان) . ولأنها عبادة متعلقة بالبيت، فكانت الطهارة والستارة فيها شرطا، كالصلاة وعكس ذلك الوقوف.

[فصل قراءة القرآن في الطواف]

(٢٤٦٢) فصل: ولا بأس بقراءة القرآن في الطواف. وبذلك قال عطاء، ومجاهد، والثوري، وابن المبارك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وعن أحمد أنه يكره. وروي ذلك عن عروة، والحسن، ومالك. **ولنا**، أن عائشة روت، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان يقول في طوافه: ﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار﴾ [البقرة: ٢٠١] » . وكان عمر وعبد الرحمن بن عوف يقولان ذلك في الطواف، وهو قرآن، ولأن الطواف صلاة، ولا تكره القراءة في الصلاة. قال ابن المبارك: ليس شيء أفضل من قراءة القرآن. ويستحب الدعاء في الطواف، والإكثار من ذكر الله تعالى؛ لأن ذلك مستحب في جميع الأحوال، ففي حال تلبسه بهذه العبادة أولى. ويستحب أن يدع الحديث، إلا ذكر الله تعالى، أو قراءة القرآن، أو أمرا بمعروف، أو نهيا عن منكر، أو ما لا بد منه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الطواف بالبيت صلاة، فمن تكلم فلا يتكلم إلا بخير» . ولا بأس بالشرب في الطواف؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - شرب في الطواف. رواه ابن المنذر، وقال: لا أعلم أحدا منع منه.." (١)

"قال: وقد روى مجاهد، عن ابن عباس، قال: «رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذا استلم الركن قبله، ووضع خده الأيمن عليه» . قال: وهذا لا يصح. وإنما يعرف التقبيل في الحجر الأسود وحده.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٤٣

وقد روى ابن عمر، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان لا يستلم إلا الحجر، والركن اليماني.» وقال ابن عمر: ما تركت استلام هذين الركنين اليماني والحجر، منذ رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يستلمهما، في شدة، ولا رخاء. رواهما مسلم. ولأن الركن اليماني مبني على قواعد إبراهيم، – عليه السلام –، فسن استلامه، كالذي فيه الحجر.

وأما تقبيله فلم يصح عن النبي – صلى الله عليه وسلم – فلا يسن. وأما الركنان اللذان يليان الحجر، فلا يسن استلامهما في قول أكثر أهل العلم. وروي عن معاوية، وجابر، وابن الزبير، والحسن، والحسين، وأنس، وعروة، استلامهما. وقال معاوية: ليس شيء من البيت مهجورا.

ولنا، قول ابن عمر: إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «كان لا يستلم إلا الحجر، والركن اليماني.» وقال: ما أراه – يعني النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يستلم الركنين اللذين يليان الحجر، إلا أن البيت لم يتم على قواعد إبراهيم، ولا طاف الناس من وراء الحجر إلا لذلك.

وروي عن ابن عباس، أن معاوية طاف، فجعل يستلم الأركان كلها، فقال له ابن عباس: لم تستلم هذين الركنين، ولم يكن النبي – صلى الله عليه وسلم – يستلمهما؟ فقال معاوية ليس شيء من البيت مهجورا. فقال ابن عباس: ﴿لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة﴾ [الأحزاب: ٢١] . فقال معاوية: صدقت. ولأنهما لم يتما على قواعد إبراهيم، فلم يسن استلامهما، كالحائط الذي يلي الحجر.

(٢٤٦٦) فصل: ويستلم الركنين الأسود واليماني في كل طوافه؛ لأن ابن عمر قال: «كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لا يدع أن يستلم الركن اليماني والحجر، في كل طوافه» . قال نافع: وكان ابن عمر يفعله. رواه أبو داود.

وإن لم يتمكن من تقبيل الحجر، استلمه، وقبل يده. وممن رأى تقبيل اليد عند استلامه ابن عمر، وجابر، وأبو هريرة، وأبو سعيد، وابن عباس، وسعيد بن جبير، وعطاء، وعروة، وأيوب، والثوري، والشافعي، وإسحاق. وقال مالك: يضع يده على فيه من غير تقبيل. وروي أيضا عن القاسم بن محمد. **ولنا**، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – استلمه، وقبل يده» . أخرجه مسلم. وفعله أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – وتبعهم أهل العلم على ذلك، فلا يعتد بمن خالفهم.

وإن كان في يده شيء يمكن أن يستلم الحجر به، استلمه وقبله؛ لما روي عن ابن عباس، قال: «رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يطوف." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٤٥

"بالبيت، ويستلم الركن بمحجن معه، ويقبل المحجن» . رواه مسلم. فإن لم يمكنه استلامه، أشار إليه وكبر؛ لما روى البخاري، بإسناده عن ابن عباس، قال: «طاف النبي - صلى الله عليه وسلم - على بعير، كلما أتى الركن أشار إليه، وكبر.»

[فصل يكبر كلما أتى الحجر الأسود أو حاذاه]

(٢٤٦٧) فصل: ويكبر كلما أتى الحجر، أو حاذاه؛ لما رويناه، ويقول بين الركنين: ﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار﴾ [البقرة: ٢٠١] ؛ لما روى الإمام أحمد في المناسك، عن عبد الله بن السائب، أنه سمع «النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول فيما بين ركن بني جمح والركن الأسود: ﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار﴾ [البقرة: ٢٠١] .» . وعن أبي هريرة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: وكل به - يعني الركن اليماني - سبعون ألف ملك، فمن قال: اللهم إني أسألك العفو والعافية، في الدنيا والآخرة، ﴿ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار﴾ [البقرة: ٢٠١] قالوا: آمين» . وعن ابن عباس، أنه كان إذا جاء الركن اليماني، قال: اللهم قنعني بما رزقتني، واخلف لي على كل غائبة بخير. ويستحب أن يقول: اللهم اجعله حجا مبرورا، وسعيا مشكورا، وذنبا مغفورا، رب اغفر وارحم، واعف عما تعلم، وأنت الأعز الأكرم. . وكان عبد الرحمن بن عوف، يقول: رب قني شح نفسي. وعن عروة، قال: كان أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - يقولون: لا إله إلا أنت، وأنت تحيي بعد ما أمت. ومهما أتى به من الدعاء والذكر فحسن. قالت عائشة: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إنما جعل الطواف بالبيت، وبين الصفا والمروة، ورمي الجمار، لإقامة ذكر الله» . رواه الأثرم، وابن المنذر.

[مسألة يكون الحجر داخلا في طوافه]

(٢٤٦٨) مسألة: قال: (ويكون الحجر داخلا في طوافه؛ لأن الحجر من البيت) إنما كان كذلك لأن الله تعالى أمر بالطواف بالبيت جميعه، بقوله: ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾ [الحج: ٢٩] . والحجر منه، فمن لم يطف به، لم يعتد بطوافه. وبهذا قال عطاء، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال أصحاب الرأي: إن كان بمكة، قضى ما بقي، وإن رجع إلى الكوفة، فعليه دم. ونحوه قال الحسن. **ولنا**، أنه من البيت، بدليل ما روت عائشة،، قالت: «سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن الحجر، فقال:

هو من البيت» . وعنها، قالت: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إن قومك استقصروا من بنيان البيت، ولولا حداثة عهدهم بالشرك، أعدت ما تركوا منها، فإن بدا لقومك." [١]

"ففعلت ذلك، فلم تصل حتى خرجت» .

ولا بأس أن يصليهما إلى غير سترة، ويمر بين يديه الطائفون من الرجال والنساء، فإن «النبي – صلى الله عليه وسلم – صلاهما والطواف بين يديه، ليس بينهما شيء» . وكان ابن الزبير يصلي والطواف بين يديه، فتمر المرأة بين يديه، فينتظرها حتى ترفع رجلها، ثم يسجد. وكذلك سائر الصلوات في مكة، لا يعتبر لها سترة. وقد ذكرنا ذلك.

[فصل ركعتا الطواف سنة مؤكدة]

(٢٤٧٢) فصل: وركعتا الطواف سنة مؤكدة غير واجبة. وبه قال مالك. وللشافعي قولان؛ أحدهما، أنهما واجبتان؛ لأنهما تابعتان للطواف، فكانتا واجبتين، كالسعي.

ولنا، قوله – عليه السلام –: «خمس صلوات كتبهن الله على العبد، من حافظ عليهن كان له عند الله عهد أن يدخله الجنة» . وهذه ليست منها «. ولما سأل الأعرابي النبي – صلى الله عليه وسلم – عن الفرائض، ذكر الصلوات الخمس، قال: فهل علي غيرها؟ قال: لا، إلا أن تطوع» . ولأنها صلاة لم تشرع لها جماعة، فلم تكن واجبة، كسائر النوافل، والسعي ما وجب لكونه تابعا، ولا هو مشروع مع كل طواف. ولو طاف الحاج طوافا كثيرا، لم يجب عليه إلا سعي واحد، فإذا أتى به مع طواف القدوم، لم يأت به بعد ذلك، بخلاف الركعتين، فإنهما يشرعان عقيب كل طواف.

[فصل إذا صلى المكتوبة بعد طوافه]

(٢٤٧٣) فصل: وإذا صلى المكتوبة بعد طوافه، أجزأته عن ركعتي الطواف. روي نحو ذلك عن ابن عباس، وعطاء، وجابر بن زيد، والحسن، وسعيد بن جبير، وإسحاق.

وعن أحمد أنه يصلي ركعتي الطواف بعد المكتوبة. قال أبو بكر عبد العزيز: هو أقيس. وبه قال الزهري، ومالك، وأصحاب الرأي؛ لأنه سنة، فلم تجز عنها المكتوبة، كركعتي الفجر. **ولنا**، أنهما ركعتان شرعتا للنسك، فأجزأت عنهما المكتوبة، كركعتي الإحرام.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٤٦

[فصل الطواف يجري مجرى الصلاة]

(٢٤٧٤) فصل: ولا بأس أن يجمع بين الأسابيع، فإذا فرغ منها ركع لكل أسبوع ركعتين، فعل ذلك عائشة، والمسور بن مخرمة. وبه قال عطاء، وطاوس، وسعيد بن جبير، وإسحاق. وكرهه ابن عمر، والحسن، والزهري، ومالك، وأبو حنيفة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يفعله، ولأن تأخير الركعتين عن طوافهما يخل بالموالاة بينهما.

ولنا، أن الطواف يجري مجرى الصلاة، يجوز جمعها ويؤخر ما بينهما، فيصليها بعدها، كذلك هاهنا، وكون النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يفعله لا يوجب كراهة، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يطف أسبوعين ولا ثلاثة." (١)

"المتمتع الذي أحرم بالعمرة من الميقات، فإذا فرغ من أفعالها، وهي الطواف والسعي، قصر أو حلق، وقد حل به من عمرته، إن لم يكن معه هدي؛ لما روى ابن عمر، قال: «تمتع الناس مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالعمرة إلى الحج، فلما قدم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مكة قال للناس: من كان معه هدي فإنه لا يحل من شيء حرم منه، حتى يقضي حجه، ومن لم يكن معه هدي، فليطف بالبيت، وبالصفا والمروة، وليقصر، وليحلل» . متفق عليه. ولا نعلم فيه خلافا. ولا يستحب تأخير التحلل. قال أبو داود: سمعت أحمد، سئل عمن دخل مكة معتمرا، فلم يقصر حتى كان يوم التروية، عليه شيء؟ قال: هذا لم يحل بعد، يقصر، ثم يهل بالحج، وليس عليه شيء، وبئس ما صنع.

[فصل من معه هدي ليس له أن يتحلل لكن يقيم على إحرامه]

(٢٤٨٤) فصل: فأما من معه هدي، فليس له أن يتحلل، لكن يقيم على إحرامه، ويدخل الحج على العمرة، ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا. نص عليه أحمد. وهو قول أبي حنيفة. وعن أحمد رواية أخرى، أنه يحل له التقصير من شعر رأسه خاصة، ولا يمس من أظفاره وشاربه شيئا. وروي ذلك عن ابن عمر. وهو قول عطاء؛ لما روي عن معاوية، قال: «قصرت من رأس رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بمشقص عند المروة» . متفق عليه. وقال مالك، والشافعي في قول: له التحلل، ونحر هديه، ويستحب نحره عند المروة. وكلام الخرقي يحتمله لإطلاقه. **ولنا**، ما ذكرنا من حديث ابن عمر، وروت عائشة، قالت: «خرجنا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٤٨

مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في حجة الوداع، فأهللت بعمرة، ولم أكن سقت الهدي، فقال – صلى الله عليه وسلم –: من كان معه هدي، فليهل بالحج مع عمرته، ثم لا يحل حتى يحل منهما جميعا» . وعن «حفصة، أنها قالت: يا رسول الله، ما شأن الناس، حلوا من العمرة ولم تحلل أنت من عمرتك؟ قال: إني لبدت رأسي، وقلدت هديي، فلا أحل حتى أنحر» . متفق عليه. والأحاديث فيه كثيرة. وعن أحمد رواية ثالثة، في من قدم متمتعا في أشهر الحج، وساق الهدي، قال: إن دخلها في العشر، لم ينحر الهدي حتى ينحره يوم النحر، وإن قدم قبل العشر، نحر الهدي. وهذا يدل على أن المتمتع إذا قدم قبل العشر حل، وإن كان معه هدي، وإن قدم في العشر لم يحل. وهذا قول عطاء. رواه حنبل، في (المناسك) . وقال في من لبد أو ضفر: هو بمنزلة من ساق الهدي؛ لحديث حفصة. والرواية الأولى أولى؛ لما فيها من الحديث الصحيح الصريح، وهو أولى بالاتباع.." (١)

"[فصل المعتمر غير المتمتع يحل من إحرامه]

(٢٤٨٥) فصل: فأما المعتمر غير المتمتع، فإنه يحل، سواء كان معه هدي أو لم يكن، وسواء كان في أشهر الحج أو في غيرها؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – اعتمر ثلاث عمر، سوى العمرة التي مع حجته، بعضهن في ذي القعدة، وقيل: كلهن في ذي القعدة، فكان يحل. فإن كان معه هدي نحره عند المروة. وحيث نحره من الحرم جاز؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: (كل فجاح مكة طريق ومنحر) . رواه أبو داود، وابن ماجه.

[فصل المستحب في حق المتمتع عند حله من عمرته]

فصل: وقول الخرقي: (قصر من شعره، ثم قد حل) . يدل على أن المستحب في حق المتمتع عند حله من عمرته التقصير؛ ليكون الحلق للحج. قال أحمد، في رواية أبي داود: ويعجبني إذا دخل متمتعا أن يقصر؛ ليكون الحلق للحج. . ولم يأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – أصحابه إلا بالتقصير، فقال في حديث جابر: «أحلوا من إحرامكم بطواف بين الصفا والمروة، وقصروا» . وفي صفة حج النبي – صلى الله عليه وسلم –: فحل الناس كلهم، وقصروا. وفي حديث ابن عمر، أنه قال: (من لم يكن معه هدي، فليطف بالبيت، وبين الصفا والمروة، وليقصر، وليحلل) . متفق عليه. وإن حلق جاز؛ لأنه أحد النسكين، فجاز فيه كل واحد منهما. ويدل أيضا على أنه لا يحل إلا بعد التقصير، وهذا ينبني على أن التقصير نسك، وهو

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٣/٣

المشهور، فلا يحل إلا به. وفيه رواية أخرى، أنه إطلاق من محظور، فيحل بالطواف والسعي حسب. وسنذكر ذلك، إن شاء الله تعالى. فإن ترك التقصير أو الحلق، وقلنا: هو نسك. فعليه دم. وإن وطئ قبل التقصير، فعليه دم، وعمرته صحيحة. وبهذا قال مالك، وأصحاب الرأي. وحكي عن الشافعي أن عمرته تفسد؛ لأنه وطيء قبل حله من عمرته. وعن عطاء، قال: يستغفر الله تعالى. **ولنا**، ما روي عن ابن عباس، أنه سئل عن امرأة معتمرة، وقع بها زوجها قبل أن تقصر. قال: من ترك من مناسكه شيئا، أو نسيه، فليهرق دما. قيل: إنها موسرة. قال: فلتنحر ناقة. ولأن التقصير ليس بركن، فلا يفسد النسك بتركه، ولا بالوطء قبله، كالرمي في الحج. قال أحمد، في من وقع على امرأته قبل تقصيرها من عمرتها: تذبح شاة. قيل: عليه أو عليها؟ قال: عليها هي. وهذا محمول على أنها طاوعته. فإن أكرهها، فالدم عليه. وإن أحرم بالحج قبل التقصير، فقد أدخل الحج على العمرة، فيصير قارنا.." (١)

"[فصل يلزم المتمتع التقصير أو الحلق من جميع شعره وكذلك المرأة]

(٢٤٨٧) فصل: يلزم التقصير أو الحلق من جميع شعره، وكذلك المرأة. نص عليه. وبه قال مالك. وعن أحمد، يجزئه البعض. مبنيا على المسح في الطهارة. وكذلك قال ابن حامد. وقال الشافعي: يجزئه التقصير من ثلاث شعرات. واختار ابن المنذر أنه يجزئه ما يقع عليه اسم التقصير؛ لتناول اللفظ له. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿محلقين رءوسكم﴾ [الفتح: ٢٧] . وهذا عام في جميعه، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - حلق جميع رأسه، تفسيرا لمطلق الأمر به، فيجب الرجوع إليه، ولأنه نسك تعلق بالرأس فوجب استيعابه به، كالمسح. فإن كان الشعر مضفورا، قصر من رءوس ضفائره. كذلك قال مالك: تقصر المرأة من جميع قرونها. ولا يجب التقصير من كل شعرة؛ لأن ذلك لا يعلم إلا بحلقه.

[فصل السنة في الحج الحلق أو التقصير]

(٢٤٨٨) فصل: وأي قدر قصر منه أجزأه؛ لأن الأمر به مطلق فيتناول الأقل. وقال أحمد: يقصر قدر الأنملة. وهو قول ابن عمر، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور. وهذا محمول على الاستحباب؛ لقول ابن عمر: وبأي شيء قصر الشعر أجزأه. وكذلك لو نتفه، أو أزاله بنورة؛ لأن القصد إزالته، والأمر به مطلق، فيتناول، ما يقع عليه الاسم، ولكن السنة الحلق أو التقصير، اقتداء برسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه، ويستحب البداية بالشق الأيمن. نص عليه؛ لما روى أنس، «أن رسول الله - صلى الله عليه

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٥٤

وسلم - قال للحلاق: خذ. وأشار إلى جانبه الأيمن، ثم الأيسر، ثم جعل يعطيه الناس» . رواه مسلم. «وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - يعجبه التيامن في شأنه كله» . متفق عليه. قال أحمد: يبدأ بالشق الأيمن، حتى يجاوز العظمتين. وإن قصر من شعر رأسه ما نزل عن حد الرأس، أو مما يحاذيه، جاز؛ لأن المقصود التقصير، وقد حصل، بخلاف المسح في الوضوء؛ فإن الواجب المسح على الرأس، وهو ما ترأس وعلا.

[مسألة طواف النساء وسعيهن]

(٢٤٨٩) مسألة: قال: (وطواف النساء وسعيهن مشي كله) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم، على أنه لا رمل على النساء حول البيت، ولا بين الصفا والمروة، وليس عليهن اضطباع. وذلك لأن الأصل فيهما إظهار الجلد، ولا يقصد ذلك في حق النساء، ولأن النساء يقصد فيهن الستر، وفي الرمل والاضطباع تعرض للتكشف.

[مسألة السعي بين الصفا والمروة على غير طهارة]

(٢٤٩٠) مسألة: قال: (ومن سعي بين الصفا والمروة على غير طهارة، كرهنا له ذلك، وأجزأه) أكثر أهل العلم يرون أن لا تشترط الطهارة للسعي بين الصفا والمروة. وممن قال ذلك عطاء، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وكان الحسن يقول: إن ذكر قبل أن يحل، فليعد الطواف، وإن ذكر بعدما حل، فلا شيء عليه.." (١)

"**ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لعائشة، حين حاضت: «اقضي ما يقضي الحاج، غير أن لا تطوفي بالبيت» . ولأن ذلك عبادة لا تتعلق بالبيت، فأشبهت الوقوف. قال أبو داود: سمعت أحمد يقول: إذا طافت المرأة بالبيت، ثم حاضت، سعت بين الصفا والمروة، ثم نفرت. وروي عن عائشة، وأم سلمة، أنهما قالتا: إذا طافت المرأة بالبيت، وصلت ركعتين، ثم حاضت، فلتطف بالصفا والمروة. رواه الأثرم. والمستحب مع ذلك لمن قدر على الطهارة أن لا يسعى إلا متطهرا، وكذلك يستحب أن يكون طاهرا في جميع مناسكه، ولا يشترط أيضا الطهارة من النجاسة والستارة للسعي؛ لأنه إذا لم تشترط الطهارة من الحدث، وهي آكد، فغيرها أولى. وقد ذكر بعض أصحابنا رواية عن أحمد، أن الطهارة في السعي

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٥٥

كالطهارة في الطواف. ولا تعويل عليه.

[مسألة أقيمت الصلاة أو حضرت جنازة وهو يطوف أو يسعي]

(٢٤٩١) مسألة: قال: (وإن أقيمت الصلاة، أو حضرت جنازة وهو يطوف، أو يسعي، فإذا صلى بنى) وجملة ذلك أنه إذا تلبس بالطواف أو بالسعي، ثم أقيمت المكتوبة، فإنه يصلي مع الجماعة، في قول أكثر أهل العلم، منهم ابن عمر، وسالم، وعطاء، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وروي ذلك عنهم في السعي. وقال مالك: يمضي في طوافه، ولا يقطعه، إلا أن يخاف أن يضر بوقت الصلاة؛ لأن الطواف صلاة فلا يقطعه لصلاة أخرى. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا أقيمت الصلاة، فلا صلاة إلا المكتوبة» . والطواف صلاة فيدخل تحت عموم الخبر. إذا ثبت ذلك في الطواف بالبيت، مع تأكده، ففي السعي بين الصفا والمروة أولى، مع أنه قول ابن عمر ومن سميناه من أهل العلم، ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفا، وإذا صلى بنى على طوافه وسعيه، في قول من سمينا من أهل العلم. قال ابن المنذر: ولا نعلم أحدا خالف في ذلك، إلا الحسن، فإنه قال: يستأنف. وقول الجمهور أولى؛ لأن هذا فعل مشروع في أثناء الطواف، فلم يقطعه، كاليسير. وكذلك الحكم في الجنازة إذا حضرت، يصلي عليها، ثم يبني على طوافه؛ لأنها تفوت بالتشاغل عنها. قال أحمد: ويكون ابتداؤه من الحجر. يعني أنه يبتدئ الشوط الذي قطعه من الحجر حين يشرع في البناء.

[فصل ترك الموالاة في السعي]

(٢٤٩٢) فصل: فإن ترك الموالاة لغير ما ذكرنا، وطال الفصل، ابتدأ الطواف، وإن لم يطل، بنى. ولا فرق بين ترك الموالاة عمدا، أو سهوا، مثل من يترك شوطا من الطواف، يحسب أنه قد أتمه. وقال أصحاب الرأي، في من طاف ثلاثة أشواط من طواف الزيارة، ثم رجع إلى بلده: عليه أن يعود، فيطوف ما بقي. **ولنا**، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – والى بين طوافه، وقال: «خذوا عني مناسككم» . ولأنه." [(١)]

"[فصل إذا فسخ الحج إلى العمرة صار متمتعا]

(٢٥٠٠) فصل: وإذا فسخ الحج إلى العمرة، صار متمتعا، حكمه حكم المتمتعين في وجوب الدم وغيره. وقال القاضي: لا يجب الدم؛ لأن من شرط وجوبه أن ينوي في ابتداء العمرة، أو في أثنائها، أنه متمتع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٥٦

وهذه دعوى لا دليل عليها، تخالف عموم الكتاب وصريح السنة الثابتة، فإن الله تعالى قال: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦] .
وفي حديث ابن عمر، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من لم يكن منكم أهدى، فليطف بالبيت، وبالصفا والمروة، وليقصر، وليحل، ثم ليهل بالحج وليهد، ومن لم يجد هديا، فليصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع إلى أهله» . متفق عليه. ولأن وجوب الدم في المتعة للترفه بسقوط أحد السفرين، وهذا المعنى لا يختلف بالنية وعدمها، فوجب أن لا يختلف وجوب الدم، على أنه لو ثبت أن النية شرط، فقد وجدت، فإنه ما حل حتى نوى أنه يحل، ثم يحرم بالحج.

[مسألة يقطع المعتمر التلبية إذا استلم الركن]
(٢٥٠١) مسألة: قال: (ومن كان متمتعا، قطع التلبية إذا وصل إلى البيت) قال أبو عبد الله: يقطع المعتمر التلبية إذا استلم الركن. وهو معنى قول الخرقي: (إذا وصل إلى البيت) . وبهذا قال ابن عباس، وعطاء، وعمرو بن ميمون، وطاوس، والنخعي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وقال ابن عمر، وعروة، والحسن: يقطعها إذا دخل الحرم.
وقال سعيد بن المسيب: يقطعها حين يرى عرش مكة. وحكي عن مالك، أنه إن أحرم من الميقات، قطع التلبية إذا وصل إلى الحرم، وإن أحرم بها من أدنى الحل، قطع التلبية حين يرى البيت. **ولنا**، ما روي عن ابن عباس، يرفع الحديث: «كان يمسك عن التلبية في العمرة، إذا استلم الحجر» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.
وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن «النبي – صلى الله عليه وسلم – اعتمر ثلاث عمر، ولم يزل يلبي حتى استلم الحجر» . ولأن التلبية إجابة إلى العبادة، وإشعار للإقامة عليها، وإنما يتركها إذا شرع فيما ينافيها، وهو التحلل منها، والتحلل يحصل بالطواف والسعي، فإذا شرع في الطواف فقد أخذ في التحلل، فينبغي أن يقطع التلبية، كالحج إذا شرع في رمي جمرة العقبة، لحصول التحلل بها. وأما قبل ذلك، فلم يشرع فيما ينافيها، فلا معنى لقطعها. والله تعالى أعلم.." (١)
"في نفسه أهو حلم أم من الله تعالى؟ فسمي يوم التروية، فلما كانت ليلة عرفة رأى ذلك أيضا، فعرف أنه من الله تعالى، فسمي يوم عرفة، والله أعلم. والمستحب لمن كان بمكة حلالا من المتمتعين الذين حلوا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦١/٣

من عمرتهم، أو من كان مقيما بمكة من أهلها، أو من غيرهم، أن يحرموا يوم التروية حين يتوجهون إلى منى.

وبهذا قال ابن عمر، وابن عباس، وعطاء، وطاوس، وسعيد بن جبير وإسحاق. وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال لأهل مكة: ما لكم يقدم الناس عليكم شعثا، إذا رأيتم الهلال فأهلوا بالحج. وهذا مذهب ابن الزبير. وقال مالك: من كان بمكة، فأحب أن يهل من المسجد لهلال ذي الحجة.

ولنا، قول جابر: فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى، فأهلوا بالحج. وفي لفظ عن جابر، قال: «أمرنا النبي - صلى الله عليه وسلم - لما حللنا، أن نحرم إذا توجهنا إلى منى، فأهللنا من الأبطح، حتى إذا كان يوم التروية، وجعلنا مكة بظهر، أهللنا بالحج» . رواه مسلم.

وعن عبيد بن جريج، أنه قال لعبد الله بن عمر: رأيتك إذا كنت بمكة، أهل الناس ولم تهل أنت، حتى يكون يوم التروية؟ فقال عبد الله بن عمر: أما الإهلال، فإني لم أر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يهل حتى تنبعث به راحلته. متفق عليه. ولأنه ميقات للإحرام، فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم، كميقات المكان.

وإن أحرم قبل ذلك، كان جائزا فصل: ومن حيث أحرم من مكة جاز؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في المواقيت: «حتى أهل مكة يهلون منها» . وإن أحرم خارجا منها من الحرم جاز؛ لقول جابر: «فأهللنا من الأبطح. ويستحب أن يفعل عند إحرامه هذا ما يفعله عند الإحرام من الميقات، من الغسل والتنظيف، ويتجرد عن المخيط، ويطوف سبعا، ويصلي ركعتين، ثم يحرم عقيبهما» . وممن استحب ذلك عطاء، ومجاهد، وسعيد بن جبير والثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. ولا يسن أن يطوف بعد إحرامه.

قال ابن عباس: لا أرى لأهل مكة أن يطوفوا بعد أن يحرموا بالحج، ولا أن يطوفوا بين الصفا والمروة، حتى يرجعوا. وهذا مذهب عطاء، ومالك، وإسحاق. وإن طاف بعد إحرامه، ثم سعى، لم يجزئه عن السعي الواجب. وهو قول مالك.

وقال الشافعي: يجزئه. وفعله ابن الزبير، وأجازه القاسم بن محمد، وابن المنذر؛ لأنه سعى في الحج مرة، فأجزأه، كما لو سعى بعد رجوعه من منى. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر أصحابه أن يهلوا بالحج إذا خرجوا إلى منى. وقالت عائشة:." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٦٤

"مخير بين أن يؤذن للأولى أو لا يؤذن. وكذا قال أحمد؛ لأن كلا مروي عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. والأذان أولى. وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي.

وقال مالك: يؤذن لكل صلاة. واتباع ما جاء في السنة أولى، وهو مع ذلك موافق للقياس، كما في سائر المجموعات والفوائت. وقول الخرقي: (فإن فاته مع الإمام صلى في رحله) . يعني أن المنفرد يجمع كما يجمع مع الإمام، فعله ابن عمر. وبه قال عطاء، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وصاحبا أبي حنيفة.

وقال النخعي، والثوري، وأبو حنيفة: لا يجمع إلا مع الإمام؛ لأن لكل صلاة وقتا محدودا، وإنما ترك ذلك في الجمع مع الإمام، فإذا لم يكن إمام، رجعنا إلى الأصل. **ولنا**، أن ابن عمر كان إذا فاته الجمع بين الظهر والعصر، مع الإمام بعرفة، جمع بينهما منفردا. ولأن كل جمع جاز مع الإمام جاز منفردا، كالجمع بين العشاءين بجمع. وقولهم: إنما جاز الجمع في الجماعة. لا يصح؛ لأنهم قد سلموا أن الإمام يجمع وإن كان منفردا.

[فصل السنة تعجيل الصلاة لمن بعرفة حين تزول الشمس]

(٢٥٠٧) فصل: والسنة تعجيل الصلاة حين تزول الشمس، وأن يقصر الخطبة، ثم يروح إلى الموقف؛ لما روى سالم، أنه قال للحجاج يوم عرفة: إن كنت تريد أن تصيب السنة، فقصر الخطبة، وعجل الصلاة. فقال ابن عمر: صدق. رواه البخاري. ولأن تطويل ذلك يمنع الرواح إلى الموقف في أول وقت الزوال، والسنة التعجيل في ذلك، فقد روى سالم، أن الحجاج أرسل إلى ابن عمر: أية ساعة كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يروح في هذا اليوم؟ فقال: إذا كان ذلك رحنا. فلما أراد ابن عمر أن يروح، قال: أزاغت الشمس؟ قالوا: لم تزغ. فلما قالوا: قد زاغت. ارتحل. رواه أبو داود.

وقال ابن عمر: غدا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من منى حين صلى الصبح، صبيحة يوم عرفة، حتى أتى عرفة، فنزل بنمرة حتى إذا كان عند صلاة الظهر، راح رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مهجرا، فجمع بين الظهر والعصر، ثم خطب الناس، ثم راح فوقف على الموقف من عرفة. وقد ذكرنا حديث جابر في هذا. قال ابن عبد البر: هذا كله لا خلاف فيه بين علماء المسلمين.

[فصل يجوز الجمع لكل من بعرفة]

فصل: ويجوز الجمع لكل من بعرفة، من مكي وغيره، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الإمام

يجمع بين الظهر والعصر بعرفة، وكذلك من صلى مع الإمام. وذكر أصحابنا أنه لا يجوز الجمع إلا لمن بينه وبين وطنه ستة عشر فرسخا، إلحاقا له بالقصر. وليس بصحيح؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جمع، فجمع معه من حضره من المكيين وغيرهم، ولم يأمرهم بترك الجمع، كما أمرهم بترك القصر حين قال: (أتموا، فإنا." [١]

"**ولنا**، ما روى عروة بن مضرس بن أوس بن حارثة بن لام الطائي، قال: «أتيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالمزدلفة، حين خرج إلى الصلاة. فقلت: يا رسول الله، إني جئت من جبل طي، أكللت راحلتي، وأتعبت نفسي، والله ما تركت من جبل إلا وقفت عليه، فهل لي من حج؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: من شهد صلاتنا هذه، ووقف معنا حتى يدفع، وقد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهارا، فقد تم حجه، وقضى تفثه» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

ولأنه وقف في زمن الوقوف، فأجزأه، كالليل. فأما خبره، فإنما خص الليل؛ لأن الفوات يتعلق به إذا كان يوجد بعد النهار، فهو آخر وقت الوقوف، كما قال - عليه السلام -: «من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس، فقد أدركها، ومن أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس، فقد أدركها، ومن أدرك ركعة من الصبح قبل أن تطلع الشمس، فقد أدركها» .

وعلى من دفع قبل الغروب دم، في قول أكثر أهل العلم، منهم عطاء، والثوري، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، ومن تبعهم. وقال ابن جريج: عليه بدنة. وقال الحسن البصري: عليه هدي من الإبل.

ولنا، أنه واجب، لا يفسد الحج بفواته، فلم يوجب البدنة، كالإحرام من الميقات.

(٢٥١٤) فصل: فإن دفع قبل الغروب، ثم عاد نهارا فوقف حتى غربت الشمس، فلا دم عليه. وبهذا قال مالك، والشافعي، وقال الكوفيون، وأبو ثور: عليه دم؛ لأنه بالدفع لزمه الدم، فلم يسقط برجوعه، كما لو عاد بعد غروب الشمس.

ولنا، أنه أتى بالواجب، وهو الجمع بين الوقوف في الليل والنهار، فلم يجب عليه دم، كمن تجاوز الميقات غير محرم، ثم رجع فأحرم منه. فإن لم يعد حتى غربت الشمس، فعليه دم؛ لأن عليه الوقوف حال الغروب، وقد فاته بخروجه، فأشبه من تجاوز الميقات غير محرم، فأحرم دونه، ثم عاد إليه. ومن لم يدرك جزءا من النهار، ولا جاء عرفة، حتى غابت الشمس، فوقف ليلا. فلا شيء عليه، وحجه تام. لا نعلم فيه مخالفا؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٦٦

لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من أدرك عرفات بليل فقد أدرك الحج.» ولأنه لم يدرك جزءا من النهار، فأشبه من منزله دون الميقات إذا أحرم منه.." (١)

"حديثا مرفوعا بوجه من الوجوه. وقال قوم: إنما أمر عمر بالتأذين للثانية؛ لأن الناس كانوا قد تفرقوا لعشائهم، فأذن لجمعهم، وكذلك ابن مسعود، فإنه يجعل العشاء بالمزدلفة بين الصلاتين.

[مسألة إن فاته الجمع مع الإمام بمزدلفة صلى ى وحده]

(٢٠٢١) مسألة: قال: (وإن فاته مع الإمام، صلى وحده) معناه أنه يجمع منفردا، كما يجمع مع الإمام. ولا خلاف في هذا؛ لأن الثانية منهما تصلى في وقتها، بخلاف العصر مع الظهر. وكذلك إن فرق بينهما، لم يبطل الجمع كذلك، ولما روى أسامة، قال: ثم أقيمت الصلاة، فصلى المغرب، ثم أناخ كل إنسان بعيره في منزله، ثم أقيمت العشاء، فصلاها. وروى البخاري، عن عبد الرحمن بن يزيد، قال: حج عبد الله، فأتينا إلى مزدلفة حين الأذان بالعتمة، أو قريبا من ذلك، فأمر رجلا، فأذن وأقام، ثم صلى المغرب، ثم صلى بعدها ركعتين، ثم دعا بعشائه، ثم أمر – أرى – فأذن، وأقام، ثم صلى العشاء، ثم قال: رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يفعله. ولأن الجمع متى كان في وقت الثانية لم يضر التفريق شيئا.

(٢٠٢٢) فصل: والسنة التعجيل بالصلاتين، وأن يصلي قبل حط الرحال؛ لما ذكرنا من حديث أسامة، وفي بعض ألفاظه، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أقام للمغرب، ثم أناخ الناس في منازلهم، ولم يحلوا حتى أقام العشاء الآخرة، فصلى ثم حلوا» . رواه مسلم. والسنة أن لا تطوع بينهما. قال ابن المنذر: لا أعلمهم يختلفون في ذلك. وقد روي عن ابن مسعود أنه تطوع بينهما، ورواه عن النبي – صلى الله عليه وسلم –.

ولنا، حديث أسامة وابن عمر، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يصل بينهما» . وحديثهما أصح، وقد تقدم في ترك التفريق بينهما. (٢٠٢٣) فصل: فإن صلى المغرب قبل أن يأتي مزدلفة ولم يجمع، خالف السنة، وصحت صلاته. وبه قال عطاء، وعروة، والقاسم بن محمد، وسعيد بن جبير، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو يوسف، وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة، والثوري: لا يجزئه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – جمع بين الصلاتين، فكان نسكا، وقد قال: (خذوا عني مناسككم) . **ولنا**، أن كل صلاتين جاز الجمع بينهما، جاز التفريق بينهما، كالظهر

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٧١

والعصر بعرفة، وفعل النبي – صلى الله عليه وسلم – محمول على أنه الأولى والأفضل، ولئلا ينقطع سيره، ويبطل ما ذكروه بالجمع بعرفة.

[مسألة إذا صلى الفجر بمزدلفة وقف عند المشعر الحرام فدعا]

(٢٥٢٤) مسألة: قال: (فإذا صلى الفجر، وقف عند المشعر الحرام، فدعا)." (١)

"قال ابن عبد البر: أجمع علماء المسلمين على أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إنما رماها ضحى ذلك اليوم. وقال جابر: «رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يرمي الجمرة ضحى يوم النحر وحده، ورمى بعد ذلك بعد زوال الشمس» . أخرجه مسلم. وقال ابن عباس: «قدمنا على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أغيلمة بني عبد المطلب على حمرات لنا من جمع، فجعل يلطخ أفخاذنا، ويقول: أبني، عبد المطلب لا ترموا الجمرة حتى تطلع الشمس» . رواه ابن ماجه. وكان رميها بعد طلوع الشمس يجزئ بالإجماع، وكان أولى. وأما وقت الجواز، فأوله نصف الليل من ليلة النحر. وبذلك قال عطاء، وابن أبي ليلى، وعكرمة بن خالد، والشافعي. وعن أحمد أنه يجزئ بعد الفجر قبل طلوع الشمس. وهو قول مالك، وأصحاب الرأي وإسحاق، وابن المنذر. وقال مجاهد، والثوري، والنخعي: لا يرميها إلا بعد طلوع الشمس؛ لما روينا من الحديث. **ولنا**، ما روى أبو داود، عن عائشة – رضي الله عنها – أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أمر أم سلمة ليلة النحر، فرمت جمرة العقبة قبل الفجر، ثم مضت فأفاضت. وروي أنه أمرها أن تعجل الإفاضة، وتوافي مكة بعد صلاة الصبح» . واحتج به أحمد. وقد ذكرنا في حديث أسماء، أنها رمت، ثم رجعت، فصلت الصبح، وذكرت أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أذن للظعن، ولأنه وقت للدفع من مزدلفة، فكان وقتا للرمي، كبعد طلوع الشمس، والأخبار المتقدمة محمولة على الاستحباب، وإن أخر الرمي إلى آخر النهار، جاز. قال ابن عبد البر: أجمع أهل العلم، على أن من رماها يوم النحر قبل المغيب، فقد رماها في وقت لها، وإن لم يكن مستحبا لها. وروى ابن عباس. قال: «كان النبي – صلى الله عليه وسلم – يسأل يوم النحر بمنى، قال رجل: رميت بعدما أمسيت؟ فقال: لا حرج» . رواه البخاري. فإن أخرها إلى الليل، لم يرمها حتى تزول الشمس من الغد. وبهذا قال أبو حنيفة، وإسحاق وقال الشافعي، ومحمد بن المنذر، ويعقوب: يرمي ليلا؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ارم، ولا حرج» . **ولنا**، أن ابن عمر، قال: من فاته الرمي حتى تغيب الشمس، فلا يرم حتى تزول الشمس من الغد. وقول النبي –

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٧٥

صلى الله عليه وسلم -: «ارم، ولا حرج» . إنما كان في النهار؛ لأنه سأله في يوم النحر، ولا يكون اليوم إلا قبل مغيب الشمس. وقال مالك: يرمي ليلا وعليه دم. ومرة قال: لا دم عليه.

[فصل لا يجزئه الرمي إلا أن يقع الحصى في المرمي]

(٢٥٣٧) فصل: ولا يجزئه الرمي إلا أن يقع الحصى في المرمى، فإن وقع دونه، لم يجزئه. في قولهم جميعا؛ لأنه مأمور بالرمي ولم يرم. وإن طرحها طرحا؛ أجزأه؛ لأنه يسمى رميا. وهذا قول أصحاب الرأي وقال ابن." (١)

"القاسم: لا يجزئه. وإن رمى حصاة، فوقعت في غير المرمى، فأطارت حصاة أخرى، فوقعت في المرمى، لم يجزه؛ لأن التي رماها لم تقع في المرمى. وإن رمى حصاة، فالتقمها طائر قبل وصولها، لم يجزه؛ لأنها لم تقع في المرمى.

وإن وقعت على موضع صلب في غير المرمى، ثم تدحرجت على المرمى، أو على ثوب إنسان، ثم طارت فوقعت في المرمى، أجزأته، لأن حصوله بفعله. وإن نفضها ذلك الإنسان عن ثوبه، فوقعت في المرمى، فعن أحمد، - رحمه الله -، أنها تجزئه؛ لأنه انفرد برميها. وقال ابن عقيل: لا يجزئه؛ لأن حصولها في المرمى بفعل الثاني، فأشبه ما لو أخذها بيده فرمى بها. وإن رمى حصاة، فشك: هل وقعت في المرمى أو لا؟ لم يجزئه؛ لأن الأصل بقاء الرمي في ذمته، فلا يزول بالشك. وإن كان الظاهر أنها وقعت فيه، أجزأته؛ لأن الظاهر دليل. وإن رمى الحصيات دفعة واحدة، لم يجزه إلا عن واحدة.

نص عليه أحمد. وهو قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال عطاء: يجزئه، ويكبر لكل حصاة. **ولنا**، أن «النبي - صلى الله عليه وسلم - رمى سبع رميات، وقال: خذوا عني مناسككم» . قال بعض أصحابنا: ويستحب أن يرفع يديه في الرمي حتى يرى بياض إبطه.

[مسألة قطع التلبية عند ابتداء الرمي لجمرة العقبة]

(٢٥٣٨) مسألة: قال: (ويقطع التلبية عند ابتداء الرمي) وممن قال: يلبي حتى يرمي الجمرة. ابن مسعود، وابن عباس، وميمونة. وبه قال عطاء، وطاوس، وسعيد بن جبير، والنخعي، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وروي عن سعد بن أبي وقاص، وعائشة: يقطع التلبية إذا راح إلى الموقف. وعن علي، وأم سلمة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٢/٣

أنهما كانا يلبيان حتى تزول الشمس من يوم عرفة. وهذا قريب من قول سعد، وعائشة. وكان الحسن يقول: يلبي حتى يصلي الغداة يوم عرفة. وقال مالك: يقطع التلبية إذا راح إلى المسجد. ولنا، أن الفضل بن عباس روى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة. وكان رديفه يومئذ، وهو أعلم بحاله من غيره» ، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - وفعله مقدم على كل من خالفه. واستحب قطع التلبية عند أول حصاة؛ للخبر، وفي بعض ألفاظه: حتى رمى جمرة العقبة قطع عند أول حصاة. رواه حنبل، في (المناسك) وهذا بيان يتعين الأخذ به. وفي رواية من روى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يكبر مع كل حصاة دليل على أنه لم يكن يلبي، ولأنه يتحلل بالرمي، فإذا شرع فيه قطع التلبية، كالمعتمر يقطع التلبية بالشروع في الطواف.

[مسألة إذا فرغ من رمي الجمرة يوم النحر]

(٢٠٣٩) مسألة: قال: (ثم ينحر، إن كان معه هدي) وجملة ذلك أنه إذا فرغ من رمي الجمرة يوم النحر، لم يقف، وانصرف، فأول شيء يبدأ به نحر الهدي، إن كان معه هدي، واجبا أو تطوعا. فإن لم يكن معه هدي، وعليه هدي، واجب، اشتراه، وإن لم يكن عليه واجب، فأحب أن يضحي، اشترى ما يضحي به، وينحر الإبل، ويذبح ما سواها. والمستحب أن يتولى ذلك بيده، وإن استناب غيره جاز.

هذا قول مالك، والشافعي، وأبي ثور،." (١)

"وأصحاب الرأي. وذلك لما روى جابر في صفة حج النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه رمى من بطن الوادي، ثم انصرف إلى المنحر، فنحر ثلاثا وستين بدنة، ثم أعطى عليا فنحر ما غبر، وأشركه في هديه» . وقال أنس: «نحر النبي - صلى الله عليه وسلم - بيده سبع بدنات قياما» . رواه البخاري.

[فصل السنة نحر الإبل قائمة معقولة يدها اليسرى]

(٢٠٤٠) فصل: والسنة نحر الإبل قائمة معقولة يدها اليسرى، فيضربها بالحربة في الوهدة التي بين أصل العنق والصدر. وممن استحب ذلك مالك، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. واستحب عطاء نحرها باركة. وجوز الثوري وأصحاب الرأي كل ذلك. ولنا، ما روى دينار بن جبير، قال: «رأيت ابن عمر أتى على رجل أناخ بدنته لينحرها، فقال: ابعثها قياما مقيدة، سنة محمد - صلى الله عليه وسلم -» . متفق عليه. وروى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٨٣

أبو داود، بإسناده، عن عبد الرحمن بن سابط، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليسرى، قائمة على ما بقي من قوائمها» .
وفي قول الله تعالى: ﴿فإذا وجبت جنوبها﴾ [الحج: ٣٦] . دليل على أنها تنحر قائمة. ويروى في تفسير قوله تعالى: ﴿فاذكروا اسم الله عليها صواف﴾ [الحج: ٣٦] . أي قياما. وتجزئه كيفما نحر. قال أحمد: ينحر البدن معقولة على ثلاث قوائم، وإن خشي عليها أن تنفر أناخها.

[فصل يستحب توجيه الذبيحة إلى القبلة]

(٢٥٤١) فصل: ويستحب توجيه الذبيحة إلى القبلة، ويقول: بسم الله والله أكبر. وإن قال ما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – فحسن. قال ابن المنذر: ثبت أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان إذا ذبح يقول: بسم الله والله أكبر. وكذلك يقول ابن عمر. وروي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «ذبح يوم العيد كبشين، ثم قال حين وجههما: وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفا وما أنا من المشركين. إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين. لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين. بسم الله والله أكبر، اللهم منك ولك، عن محمد وأمته» . رواه أبو داود. وإن اقتصر على التسمية، ووجه الذبيحة إلى غير القبلة، ترك الأفضل، وأجزأه. هذا قول القاسم بن محمد، والنخعي، والثوري، والشافعي، وابن المنذر. وكان ابن عمر، وابن سيرين يكرهان الأكل من الذبيحة توجه لغير القبلة. والصحيح أن ذلك غير واجب، ولم يقم على وجوبه دليل.

[فصل وقت نحر الأضحية والهدي]

(٢٥٤٢) فصل: ووقت نحر الأضحية والهدي ثلاثة أيام: يوم النحر، ويومان بعده، نص عليه أحمد، وقال: هو عن غير واحد من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. ورواه الأثرم، عن ابن عمر، وابن عباس.." (١)

"(٢٥٤٥) فصل: وليس من شرط الهدي أن يجمع فيه بين الحل والحرم، ولا أن يقفه بعرفة، لكن يستحب ذلك. روي هذا عن ابن عباس، وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وكان ابن عمر لا يرى الهدي إلا ما عرف به، ونحوه عن سعيد بن جبير. وقال مالك: أحب للقارن أن يسوق هديه من حيث

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٨٤

يحرم، فإن ابتاعه من دون ذلك، مما يلي مكة بعد أن يقفه بعرفة، جاز. وقال في هدي المجامع: إن لم يكن ساقه، فليشتره من مكة، ثم ليخرجه إلى الحل، وليسقه إلى مكة. **ولنا**، أن المراد من الهدي نحره، ونفع المساكين بلحمه، بهذا لا يقف على شيء مما ذكروه، ولم يرد بما قالوه دليل يوجبه، فيبقى على أصله.

[مسألة إذا نحر هديه حلق رأسه أو قصر منه]

(٢٥٤٦) مسألة: قال: (ويحلق أو يقصر) وجملة ذلك أنه إذا نحر هديه، فإنه يحلق رأسه، أو يقصر منه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - حلق رأسه. فروى أنس «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رمى جمرة العقبة يوم النحر، ثم رجع إلى منزله بمنى فدعا فذبح، ثم دعا بالحلاق، فأخذ بشق رأسه الأيمن فحلقه، فجعل يقسم بين من يليه الشعرة والشعرتين، ثم أخذ بشق رأسه الأيسر فحلقه، ثم قال: هاهنا أبو طلحة؟ فدفعه إلى أبي طلحة.» رواه أبو داود.

والسنة أن يبدأ بشق رأسه الأيمن، ثم الأيسر؛ لهذا الخبر، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يعجبه التيامن في شأنه كله. فإن لم يفعل، أجزأه. لا نعلم فيه خلافا. وهو مخير بين الحلق والتقصير. أيهما فعل أجزأه، في قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن التقصير يجزئ. يعني في حق من لم يوجد منه معنى يقتضي وجوب الحلق عليه. إلا أنه يروى عن الحسن، أنه كان يوجب الحلق في أول حجة حجها. ولا يصح هذا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿محلقين رءوسكم ومقصرين﴾ [الفتح: ٢٧] . ولم يفرق النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (رحم الله المحلقين والمقصريِن) . وقد كان مع النبي - صلى الله عليه وسلم - من قصر، فلم يعب عليه، ولو لم يكن مجزيا لأنكر عليه، والحلق أفضل؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «رحم الله المحلقين. قالوا: يا رسول الله، والمقصرين؟ قال: رحم الله المحلقين. قالوا: والمقصرين يا رسول الله؟ قال: رحم الله المحلقين والمقصرين» . رواه مسلم. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - حلق. واختلف أهل العلم في من لبد، أو عقص، أو ضفر. فقال أحمد: من فعل ذلك فليحلق. وهو قول النخعي، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وكان ابن عباس يقول: من لبد، أو ضفر، أو عقد،." (١)

"فيفعلوه عادة، ولا فيه فضل، فيفعلوه لفضله. وأما أمره بالحل، فإنما معناه - والله أعلم - الحل بفعله؛ لأن ذلك كان مشهورا عندهم، فاستغني عن ذكره، ولا يمتنع الحل من العبادة بما كان محرما فيها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٦/٣

كالسلام من الصلاة.

[فصل تأخير الحلق والتقصير إلى آخر النحر]

(٢٠٤٨) فصل: ويجوز تأخير الحلق والتقصير إلى آخر النحر؛ لأنه إذا جاز تأخير النحر المقدم عليه، فتأخيره أولى، فإن أخره عن ذلك، ففيه روايتان: إحداهما، لا دم عليه. وبه قال عطاء، وأبو يوسف، وأبو ثور. ويشبه مذهب الشافعي؛ لأن الله تعالى بين أول وقته بقوله: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة: ١٩٦] . ولم يتبين آخره، فمتى أتى به أجزأه، كطواف الزيارة والسعي. ولأنه نسك أخره إلى وقت جواز فعله، فأشبه السعي. وعن أحمد: عليه دم بتأخيره.

وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنه نسك أخره، عن محله، ومن ترك نسكا فعليه دم. ولا فرق في التأخير بين القليل والكثير، والعامد والساهي. وقال مالك، والثوري، وإسحاق، وأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن: من تركه حتى حل فعليه دم؛ لأنه نسك فيأتي به في إحرام الحج، كسائر مناسكه. **ولنا**، ما تقدم.

[فصل الأصلع الذي لا شعر على له يمر الموسى على رأسه عند التحلل من إحرامه]

(٢٠٤٩) فصل: والأصلع الذي لا شعر على رأسه، يستحب أن يمر الموسى على رأسه. روي ذلك عن ابن عمر. وبه قال مسروق، وسعيد بن جبير، والنخعي، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن الأصلع يمر الموسى على رأسه. وليس ذلك واجبا. وقال أبو حنيفة: يجب؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» . وهذا لو كان ذا شعر وجب عليه إزالته، وإمرار الموسى على رأسه، فإذا سقط أحدهما لتعذره، وجب الآخر.

ولنا، أن الحلق محله الشعر، فسقط بعدمه، كما يسقط وجوب غسل العضو في الوضوء بفقده. ولأنه إمرار لو فعله في الإحرام لم يجب به دم، فلم يجب عند التحلل، كإمراره على الشعر من غير حلق.

[فصل يستحب لمن حلق أو قصر بعد التحلل تقليم أظافره والأخذ من شاربه]

(٢٠٥٠) فصل: ويستحب لمن حلق أو قصر تقليم أظافره، والأخذ من شاربه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعله. قال ابن المنذر: ثبت أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما حلق رأسه، قلم أظفاره، وكان ابن عمر يأخذ من شاربه وأظفاره. وكان عطاء، وطاوس، والشافعي، يحبون لو أخذ من لحيته شيئا.

ويستحب إذا حلق، أن يبلغ العظم الذي عند منقطع الصدغ من الوجه. كان ابن عمر يقول للحالق: ابلغ." (١)

"العظمات، افصل الرأس من اللحية. وكان عطاء يقول: من السنة، إذا حلق رأسه، أن يبلغ العظمات.

[مسألة إذا رمى جمرة العقبة ثم حلق]

(٢٥٥١) مسألة: قال: (ثم قد حل له كل شيء إلا النساء) وجملة ذلك أن المحرم، إذا رمى جمرة العقبة، ثم حلق، حل له كل ما كان محظورا بالإحرام، إلا النساء. هذا الصحيح من مذهب أحمد - رحمه الله - .

نص عليه، في رواية جماعة، فيبقى ما كان محرما عليه من النساء، من الوطء، والقبلة، واللمس لشهوة، وعقد النكاح، ويحل له ما سواه. هذا قول ابن الزبير، وعائشة، وعلقمة، وسالم، وطاوس، والنخعي، وعبيد الله بن الحسين، وخارجة بن زيد، والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وروي أيضا عن ابن عباس. وعن أحمد، أنه يحل له كل شيء إلا الوطء في الفرج؛ لأنه أغلظ المحرمات، ويفسد النسك، بخلاف غيره. وقال عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: يحل له كل شيء، إلا النساء، والطيب. وروي ذلك عن ابن عمر، وعروة بن الزبير، وعباد بن عبد الله بن الزبير؛ لأنه من دواعي الوطء، فأشبه القبلة. وعن عروة، أنه لا يلبس القميص، ولا العمامة، ولا يتطيب.

وروي في ذلك عن النبي - صلى الله عليه وسلم - حديث ولنا ما، روت عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا رميتم، وحلقتم، فقد حل لكم الطيب، والثياب، وكل شيء، إلا النساء» . رواه سعيد. وفي لفظ: «إذا رمى أحدكم جمرة العقبة، وحلق رأسه، فقد حل له كل شيء، إلا النساء» . رواه الأثرم، وأبو داود، إلا أن أبا داود قال: هو ضعيف، رواه الحجاج، عن الزهري، ولم يلقه. والذي أخرجه سعيد رواه الحجاج، عن أبي بكر بن محمد، عن عروة، عن عائشة، قالت: «طيبت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لحرمه حين أحرم، ولحله، قبل أن يطوف بالبيت» . متفق عليه. وعن سالم، عن أبيه، قال: قال عمر بن الخطاب: «إذا رميتم الجمرة، وذبحتم، وحلقتم، فقد حل لكم كل شيء، إلا الطيب، والنساء. فقالت عائشة - رضي الله عنها -: أنا طيبت رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فسنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أحق أن تتبع» . رواه سعيد. وعن أم سلمة، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٨٨

– قال «يوم النحر: إن هذا يوم رخص لكم فيه إذا أنتم رميتم أن تحلوا. يعني من كل ما حرمتم منه. إلا النساء» . رواه أبو داود. وعن عبد الله بن عباس، أنه: قال «إذا رميتم الجمرة، فقد حل لكم كل شيء إلا، النساء. فقال له رجل: والطيب؟ قال: أما أنا فقد رأيت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يضمخ رأسه بالمسك، أفطيب ذلك أم لا؟» رواه ابن ماجه. وقال مالك: لا يحل له النساء، ولا الطيب، ولا قتل الصيد؛ لقول الله تعالى: ﴿لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم﴾ [المائدة: ٩٥] . وهذا حرام. وقد ذكرنا ما يرد هذا القول، ويمنع أنه محرم، وإنما بقي بعض أحكام الإحرام.." (١)

"في ذلك بين العلماء، وفيه عند جميعهم قال الله تعالى: ﴿وليطوفوا بالبيت العتيق﴾ [الحج: ٢٩] . وعن عائشة، قالت: «حججنا مع النبي – صلى الله عليه وسلم – فأفضنا يوم النحر، فحاضت صفية، فأراد النبي – صلى الله عليه وسلم – منها ما يريد الرجل من أهله، فقلت: يا رسول الله، إنها حائض، قال: أحابستنا هي؟ قالوا: يا رسول الله، إنها قد أفاضت يوم النحر، قال: اخرجوا» متفق عليه. فدل على أن هذا الطواف لا بد منه، وأنه حابس لمن لم يأت به. ولأن الحج أحد النسكين، فكان الطواف ركنا كالعمرة.

[فصل لطواف الزيارة وقتان وقت فضيلة ووقت إجزاء]

(٢٥٥٥) فصل: ولهذا الطواف وقتان، وقت فضيلة، ووقت إجزاء؛ فأما وقت الفضيلة فيوم النحر بعد الرمي والنحر والحلق؛ لقول جابر في صفة حج النبي – صلى الله عليه وسلم – يوم النحر: فأفاض إلى البيت، فصلى بمكة الظهر. وفي حديث عائشة، الذي ذكرت فيه حيض صفية، قالت: فأفضنا يوم النحر. وقال ابن عمر: أفاض النبي – صلى الله عليه وسلم – يوم النحر، ثم رجع، فصلى الظهر. متفق عليهما. فإن أخره إلى الليل، فلا بأس، فإن ابن عباس، وعائشة، رويا: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أخر طواف الزيارة إلى الليل. رواهما أبو داود، والترمذي. وقال في كل واحد منهما: حديث حسن.

وأما وقت الجواز، فأوله من نصف الليل من ليلة النحر. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: أوله طلوع الفجر من يوم النحر، وآخره آخر أيام النحر. وهذا مبني على أول وقت الرمي؛ وقد مضى الكلام فيه. وأما آخر وقته فاحتج بأنه نسك يفعل في الحج، فكان آخره محدودا، كالوقوف والرمي. والصحيح أن آخر وقته غير محدود؛ فإنه متى أتى به صح بغير خلاف، وإنما الخلاف في وجوب الدم، فيقول: إنه طاف فيما بعد أيام النحر طوافا صحيحا، فلم يلزمه دم، كما لو طاف أيام النحر، فأما الوقوف والرمي، فإنهما لما كانا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٩/٣

موقتين، كان لهما وقت يفوتان بفواته، وليس كذلك الطواف، فإنه متى أتى به صح.

[فصل صفة طواف الزيارة]

(٢٥٥٦) فصل: وصفة هذا الطواف كصفة طواف القدوم، سوى أنه ينوي به طواف الزيارة، ويعينه بالنية. ولا رمل فيه، ولا اضطباع. قال ابن عباس: إن النبي - صلى الله عليه وسلم - «لم يرمل في السبع الذي أفاض فيه» . والنية شرط في هذا الطواف. وهذا قول إسحاق، وابن القاسم صاحب مالك، وابن المنذر. وقال الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي: يجزئه، وإن لم ينو الفرض الذي عليه. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى» . ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - سماه صلاة، والصلاة لا تصح إلا بالنيات اتفاقا.." [1]

"**ولنا**، ما روى ابن عباس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - خطب الناس يوم النحر. يعني بمنى» أخرجه البخاري. وعن «رافع بن عمرو المزني قال: رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يخطب الناس بمنى. حين ارتفع الضحى، على بغلة شهباء وعلي يعبر عنه، والناس بين قائم وقاعد، وقال أبو أمامة: سمعت خطبة النبي - صلى الله عليه وسلم - بمنى يوم النحر. وقال الهرماس بن زياد الباهلي: رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - يخطب الناس على ناقته العضباء، يوم الأضحى بمنى» . وقال عبد الرحمن بن معاذ: «خطبنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ونحن بمنى، ففتحت أسماعنا، حتى كنا نسمع ونحن في منازلنا، فطفق يعلمهم مناسكهم، حتى بلغ الجمار» . روى هذه الأحاديث كلها أبو داود، إلا حديث ابن عباس. ولأنه يوم تكثر فيه أفعال الحج، ويحتاج إلى تعليم الناس أحكام ذلك، فاحتيج إلى الخطبة من أجله، كيوم عرفة.

[فصل يوم الحج الأكبر يوم النحر]

(٢٥٦٣) فصل: يوم الحج الأكبر يوم النحر؛ فإن «النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في خطبته يوم النحر: هذا يوم الحج الأكبر» . رواه البخاري. وسمي بذلك لكثرة أفعال الحج فيه؛ من الوقوف بالمشعر، والدفع منه إلى منى، والرمي، والنحر، والحلق، وطواف الإفاضة، والرجوع إلى منى ليبيت بها، وليس في غيره مثله، وهو مع ذلك يوم عيد، ويوم يحل فيه من إحرام الحج.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٩١

[فصل في يوم النحر أربعة أشياء الرمي ثم النحر ثم الحلق ثم الطواف]

(٢٥٦٤) فصل: وفي يوم النحر أربعة أشياء: الرمي، ثم النحر، ثم الحلق، ثم الطواف. والسنة ترتيبها هكذا؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – رتبها، كذلك وصفه جابر في حج النبي – صلى الله عليه وسلم –. وروى أنس، أن «النبي – صلى الله عليه وسلم – رمى، ثم نحر، ثم حلق» . رواه أبو داود.

فإن أخل بترتيبها، ناسيا أو جاهلا بالسنة فيها، فلا شيء عليه، في قول كثير من أهل العلم، منهم الحسن، وطاوس، ومجاهد، وسعيد بن جبير، وعطاء، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، ومحمد بن جرير الطبري. وقال أبو حنيفة: إن قدم الحلق على الرمي، أو على النحر، فعليه دم، فإن كان قارنا فعليه دمان. وقال زفر: عليه ثلاثة دماء، لأنه لم يوجد التحلل الأول، فلزمه الدم، كما لو حلق قبل يوم النحر. **ولنا**، ما روى عبد الله بن عمرو، قال: قال رجل: يا رسول الله، حلقت قبل أن أذبح. قال: «اذبح، ولا حرج. فقال آخر: ذبحت قبل أن أرمي؟ قال: ارم، ولا حرج» متفق عليه وفي لفظ قال: فجاء رجل، فقال: يا رسول الله، لم أشعر، فحلقت قبل أن أذبح. وذكر الحديث. قال: فما سمعته يسأل يومئذ عن أمر مما ينسى المرء أو يجهل، من تقديم بعض الأمور على بعضها، وأشباهها، إلا قال: (افعلوا ولا حرج عليكم) . رواه مسلم. وعن ابن عباس، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قيل له." (١)

"يوم النحر، وهو بمنى، في النحر، والحلق، والرمي، والتقديم، والتأخير، فقال: (لا حرج) متفق عليه، ورواه عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري، عن عيسى بن طلحة، عن عبد الله بن عمرو، وفيه: فحلقت قبل أن أرمي، وتابعه على ذلك محمد بن أبي حفصة، عن الزهري، عن عيسى، عن عبد الله بن عمرو، قال: «سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وأتاه رجل، فقال: يا رسول الله، إني حلقت قبل أن أرمي؟ قال: ارم، ولا حرج. قال: وأتاه آخر، فقال: إني أفضت قبل أن أرمي؟ قال: أرم، ولا حرج» . وعن ابن عباس، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – سئل يوم النحر، عن رجل حلق قبل أن يرمي؟ فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: لا حرج، لا حرج» . رواه الدارقطني كله. وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق أن تتبع.

على أنه لا يلزم من سقوط الدم بفقد الشيء في وقته، سقوطه قبل وقته، فإنه لو حلق في العمرة بعد السعي، لا شيء عليه، وإن كان الحل ما حصل قبله، وكذلك في مسألتنا، إذا قلنا: إن الحل يحصل بالحلق، فقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٣٩٥

حلق قبل التحلل، ولا دم عليه. فأما إن فعله عمدا، عالما بمخالفة السنة في ذلك، ففيه روايتان: إحداهما، لا دم عليه. وهو قول عطاء، وإسحاق؛ لإطلاق حديث ابن عباس، وكذلك حديث عبد الله بن عمرو، من رواية سفيان بن عيينة. والثانية، عليه دم. روي نحو ذلك عن سعيد بن جبير، وجابر بن زيد، وقتادة، والنخعي؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة: ١٩٦] . ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - رتب، وقال: (خذوا عني مناسككم) .

والحديث المطلق قد جاء مقيدا، فيحمل المطلق على المقيد. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل حلق قبل أن يذبح؟ فقال: إن كان جاهلا، فليس عليه، فأما التعمد فلا، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - سأله رجل، فقال: لم أشعر. قيل لأبي عبد الله: سفيان بن عيينة لا يقول: لم أشعر. فقال: نعم، ولكن مالكا والناس عن الزهري: لم أشعر، قيل لأبي عبد الله: وهو في الحديث، وقال مالك: إن قدم الحلق على الرمي فعليه دم، وإن قدمه على النحر أو النحر على الرمي فلا شيء عليه. لأنه بالإجماع ممنوع من حلق شعره قبل التحلل الأول، ولا يحصل إلا برمي الجمرة، فأما النحر قبل الرمي فجائز؛ لأن الهدي قد بلغ محله. ولنا، الحديث؛ فإنه لم يفرق بينهما، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قيل له في الحلق، والنحر، والتقديم، والتأخير، فقال: (لا حرج) .

ولا نعلم خلافا بينهم في أن مخالفة الترتيب لا تخرج هذه الأفعال عن الإجزاء، ولا يمنع وقوعها موقعها، وإنما اختلفوا في وجوب الدم، على ما ذكرنا، والله أعلم.

[فصل تقديم الإفاضة على الرمي]

(٢٠٦٥) فصل: فإن قدم الإفاضة على الرمي، أجزأه طوافه. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: لا تجزئه الإفاضة، فليرم، ثم لينحر، ثم ليفض.." (١)

"بسبع حصيات، يكبر على إثر كل حصاة، ثم يتقدم، ويستهل، ويقوم قياما طويلا، ويرفع يديه، ثم يرمي الوسطى، ثم يأخذ بذات الشمال، فيستهل، ويقوم مستقبل القبلة قياما طويلا، ثم يرفع يديه، ويقوم طويلا، ثم يرمي جمرة العقبة من بطن الوادي، ولا يقف عندها، ثم ينصرف، ويقول: هكذا رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يفعله» . رواه البخاري.

وروى أبو داود، أن ابن عمر كان يدعو بدعائه الذي دعا به بعرفة، ويزيد: وأصلح أو أتم لنا مناسكنا. وقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٦/٣

ابن المنذر: كان ابن عمر، وابن مسعود يقولان عند الرمي: اللهم اجعله حجا مبرورا، وذنبا مغفورا. وكان ابن عمر، وابن عباس، يرفعان أيديهما إذا رميا الجمرة، ويطيلان الوقوف. وروي عن عبد الرحمن بن يزيد، قال: «أفضت مع عبد الله، فرمى بسبع حصيات، يكبر مع كل حصاة، واستبطن الوادي، حتى إذا فرغ قال: اللهم اجعله حجا مبرورا، وذنبا مغفورا. ثم قال: هكذا رأيت الذي أنزلت عليه سورة البقرة صنع» رواه الأثرم. وعن عطاء، قال: كان ابن عمر يقوم عند الجمرتين، مقدار ما يقرأ الرجل سورة البقرة. رواه الأثرم.

[فصل الرمي يوم النفر قبل الزوال وفي أيام التشريق بعد الزوال]

(٢٥٦٩) فصل: ولا يرمي في أيام التشريق إلا بعد الزوال، فإن رمى قبل الزوال أعاد. نص عليه. وروي ذلك عن ابن عمر. وبه قال مالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وروي عن الحسن، وعطاء، إلا أن إسحاق وأصحاب الرأي، رخصوا في الرمي يوم النفر قبل الزوال، ولا ينفر إلا بعد الزوال.

وعن أحمد مثله. ورخص عكرمة في ذلك أيضا. وقال طاوس: يرمي قبل الزوال، وينفر قبله. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما رمى بعد الزوال؛ لقول عائشة: يرمي الجمرة إذا زالت الشمس. وقول جابر، في صفة حج النبي - صلى الله عليه وسلم -: رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يرمي الجمرة ضحى يوم النحر، ورمى بعد ذلك بعد زوال الشمس. وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «خذوا عني مناسككم» . وقال ابن عمر: كنا نتحين إذا زالت الشمس رمينا. وأي وقت رمى بعد الزوال أجزأه، إلا أن المستحب المبادرة إليها حين الزوال، كما قال ابن عمر. «وقال ابن عباس إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يرمي الجمار إذا زالت الشمس، قدر ما إذا فرغ من رميه صلى الظهر» . رواه ابن ماجه.

[فصل الترتيب واجب الجمرات]

(٢٥٧٠) فصل: والترتيب في هذه الجمرات واجب، على ما ذكرنا. فإن نكس فبدأ بجمرة العقبة، ثم الثانية، ثم الأولى، أو بدأ بالوسطى، ورمى الثلاث، لم يجزه إلا الأولى، وأعاد الوسطى والقصوى. نص عليه أحمد. وإن رمى القصوى، ثم الأولى، ثم الوسطى، أعاد القصوى وحدها. وبهذا قال مالك، والشافعي.." [١]

"وقال الحسن، وعطاء: لا يجب الترتيب. وهو قول أبي حنيفة؛ فإنه قال: إذا رمى منكسا يعيد، فإن لم يفعل أجزأه. واحتج بعضهم بما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من قدم نسكا بين

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٩/٣

يدي نسك، فلا حرج» . ولأنها مناسك متكررة، في أمكنة متفرقة، في وقت واحد، ليس بعضها تابعا لبعض، فلم يشترط الترتيب فيها، كالرمي والذبح.

ولنا، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – رتبها في الرمي، وقال: (خذوا عني مناسككم) ولأنه نسك متكرر، فاشترط الترتيب فيه، كالسعي. وحديثهم إنما جاء في من يقدم نسكا على نسك، لا في تقديم بعض النسك على بعض. وقياسهم يبطل بالطواف والسعي. فصل: وإن ترك الوقوف عندها والدعاء، ترك السنة، ولا شيء عليه. وبذلك قال الشافعي، وأبو حنيفة، وإسحاق، وأبو ثور، ولا نعلم فيه مخالفا، إلا الثوري.

قال: يطعم شيئا، وإن أراق دما أحب إلي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – فعله، فيكون نسكا. **ولنا**، أنه دعاء وقوف مشروع له، فلم يجب بتركه شيء، كحالة رؤية البيت، وكسائر الأدعية، ولأنها إحدى الجمرات، فلم يجب الوقوف عندها والدعاء، كالأولى، والنبي – صلى الله عليه وسلم – يفعل الواجبات والمندوبات، وقد ذكرنا الدليل على أن هذا ندب.

[فصل لا ينقص في الرمي عن سبع حصيات]

(٢٥٧٢) فصل: والأولى أن لا ينقص في الرمي عن سبع حصيات؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – رمى بسبع حصيات. فإن نقص حصاة أو حصاتين، فلا بأس، ولا ينقص أكثر من ذلك. نص عليه. وهو قول مجاهد، وإسحاق. وعنه: إن رمى بست ناسيا: فلا شيء عليه، ولا ينبغي أن يتعمده، فإن تعمد ذلك، تصدق بشيء. وكان ابن عمر يقول: ما أبالي رميت بست أو سبع. وقال ابن عباس: ما أدري رماها النبي – صلى الله عليه وسلم – بست أو سبع.

وعن أحمد، أن عدد السبع شرط. ونسبه إلى مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – رمى بسبع. وقال أبو حية: لا بأس بما رمى به الرجل من الحصى. فقال عبد الله بن عمرو: صدق أبو حية. وكان أبو حية بدريا. ووجه الرواية الأولى ما روى ابن أبي نجيح، قال: سئل طاوس عن رجل ترك حصاة؟ قال: يتصدق بتمرة أو لقمة. فذكرت ذلك لمجاهد، فقال: إن أبا عبد الرحمن لم يسمع قول سعد، قال سعد: رجعنا من الحجة مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بعضنا يقول: رميت بست وبعضنا يقول: بسبع فلم يعب ذلك بعضنا على بعض رواه الأثرم، وغيره ومتى أخل بحصاة واجبة من الأولى، لم." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠٠

"يصح رمي الثانية حتى يكمل الأولى، فإن لم يدر من أي الجمار تركها، بنى على اليقين وإن أخل بحصاة غير واجبة، لم يؤثر تركها.

[مسألة الرمي في اليوم الثاني كالرمي في اليوم الأول في وقته وصفته وهيئته]

(٢٥٧٣) مسألة: قال (ويفعل في اليوم الثاني كما فعل بالأمس، فإن أحب أن يتعجل في يومين، خرج قبل غروب الشمس. فإن غربت الشمس وهو بها، لم يخرج حتى يرمي من غد بعد الزوال، كما رمى بالأمس) وجملته أن الرمي في اليوم الثاني كالرمي في اليوم الأول، في وقته وصفته وهيئته لا نعلم فيه خلافا. فإن أحب التعجل في يومين، خرج قبل الغروب.

وأجمع أهل العلم على أن من أراد الخروج من منى شاخصا عن الحرم، غير مقيم بمكة، أن ينفر بعد الزوال في اليوم الثاني من أيام التشريق، فإن أحب الإقامة بمكة فقال أحمد: لا يعجبني لمن ينفر النفر الأول أن يقيم بمكة. وكان مالك يقول في أهل مكة: من كان له عذر فله أن يتعجل في يومين، فإن أراد التخفيف عن نفسه من أمر الحج فلا. ويحتج من ذهب إلى هذا بقول عمر - رضي الله عنه - من شاء من الناس كلهم أن ينفر في النفر الأول، إلا آل خزيمة، فلا ينفرون إلا في النفر الآخر. جعل أحمد وإسحاق معنى قول عمر: إلا آل خزيمة.

أي أنهم أهل حرم. مكة والمذهب جواز النفير في النفر الأول لكل أحد. وهو قول عامة العلماء؛ لقول الله تعالى ﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى﴾ [البقرة: ٢٠٣] . قال عطاء: هي للناس عامة. وروى أبو داود، وابن ماجه، عن عبد الرحمن بن يعمر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «أيام منى ثلاثة فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه، ومن تأخر فلا إثم عليه» . قال ابن عيينة: هذا أجود حديث رواه سفيان. وقال وكيع: هذا الحديث أم المناسك، وفيه زيادة أنا اختصرته. ولأنه دفع من مكان، فاستوى فيه أهل مكة وغيرهم، كالدفع، من عرفة ومن مزدلفة. وكلام أحمد في هذا أراد به الاستحباب، موافقة لقول عمر، لا غير. فمن أحب التعجيل في النفر الأول خرج قبل غروب الشمس، فإن غربت قبل خروجه من منى لم ينفر، سواء كان ارتحل أو كان مقيما في منزله، لم يجز له الخروج، هذا قول عمر، وجابر بن زيد، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، وأبان بن عثمان، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة: له أن ينفر ما لم يطلع فجر اليوم الثالث؛ لأنه لم يدخل وقت رمي اليوم الآخر، فجاز له

النفر كما قبل الغروب. **ولنا**، قوله تعالى ﴿فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه﴾ [البقرة: ٢٠٣] . واليوم اسم للنهار، فمن أدركه الليل فما تعجل في يومين. قال ابن المنذر وثبت عن ابن عمر أنه قال: من أدركه المساء في اليوم الثاني، فليقم إلى الغد حتى ينفر مع الناس. وما قاسوا عليه لا يشبه ما نحن فيه؛ فإنه تعجل في اليومين.." (١)

"[فصل إذا أخر رمي يوم إلى ما بعده أو أخر الرمي كله إلى آخر أيام التشريق]

(٢٥٧٤) فصل: إذا أخر رمي يوم إلى ما بعده، أو أخر الرمي كله إلى آخر أيام التشريق ترك السنة، ولا شيء عليه، إلا أنه يقدم بالنية رمي اليوم الأول ثم الثاني ثم الثالث. وبذلك قال الشافعي وأبو ثور. وقال أبو حنيفة: إن ترك حصاة أو حصاتين أو ثلاثا إلى الغد رماها، وعليه لكل حصاة نصف صاع، وإن ترك أربعا رماها، وعليه دم. **ولنا**، أن أيام التشريق وقت للرمي، فإذا أخره من أول وقته إلى آخره لم يلزمه شيء، كما لو أخر الوقوف بعرفة إلى آخر وقته، ولأنه وقت يجوز الرمي فيه، فجاز لغيرهم كاليوم الأول.

قال القاضي: ولا يكون رميه في اليوم الثاني قضاء؛ لأنه وقت واحد. وإن كان قضاء فالمراد به الفعل، كقوله: (ثم ليقضوا تفثهم) . وقولهم: قضيت الدين. والحكم في رمي جمرة العقبة إذا أخرها، كالحكم في رمي أيام التشريق، في أنها إذا لم ترم يوم النحر رميت من الغد. وإنما قلنا: يلزمه الترتيب بنيته؛ لأنها عبادات يجب الترتيب فيها، مع فعلها في أيامها، فوجب ترتيبها مجموعة، كالصلاتين المجموعتين والفوائت.

[مسألة يستحب الصلاة في مسجد منى مع الإمام]

(٢٥٧٥) مسألة: قال: (ويستحب أن لا يدع الصلاة في مسجد منى مع الإمام) يعني مسجد الخيف؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه كانوا يصلون بمنى «قال ابن مسعود: صليت مع النبي - صلى الله عليه وسلم - بمنى ركعتين، ومع أبي بكر وعمر، وعثمان ركعتين صدرا من إمارته» .

وهذا إذا كان الإمام مرضيا، فإن لم يكن مرضيا صلى المرء برفقته في رحله. فصل: ويستحب أن يخطب الإمام، في اليوم الثاني من أيام التشريق خطبة يعلم الناس فيها حكم التعجيل والتأخير، وتوديعهم. وبهذا قال الشافعي، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة لا يستحب، قياسا على اليومين الآخرين. **ولنا**، ما روي عن «رجلين من بني بكر، قالا: رأينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يخطب بين أوساط أيام التشريق، ونحن عند راحلته» رواه أبو داود. وعن سراء بنت نبهان، قالت: «خطبنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠١

الرءوس، فقال: أي يوم هذا؟ . قلنا: الله ورسوله أعلم. قال: أليس أوسط أيام التشريق؟» . روى الدارقطني بإسناده عن عبد العزيز بن الربيع بن سبرة، عن أبيه، عن جده، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خطب أوسط أيام التشريق. يعني يوم النفر الأول. ولأن بالناس حاجة إلى أن يعلمهم كيف يتعجلون، وكيف يودعون، بخلاف اليوم الأول.»." (١)

"حتى يودع البيت بطواف سبع، وهو واجب، من تركه لزمه دم. وبذلك قال الحسن، والحكم وحماد، والثوري، وإسحاق، وأبو ثور وقال الشافعي في قول له: لا يجب بتركه شيء؛ لأنه يسقط عن الحائض، فلم يكن واجبا، كطواف القدوم، ولأنه كتحية البيت، أشبه طواف القدوم. ولنا، ما روى ابن عباس، قال: «أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت، إلا أنه خفف عن المرأة الحائض» متفق عليه.
ولمسلم، قال: كان الناس ينصرفون كل وجه، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا ينفر أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت» . وليس في سقوطه عن المعذور ما يجوز سقوطه لغيره، كالصلاة تسقط عن الحائض، وتجب على غيرها، بل تخصيص الحائض بإسقاطه عنها دليل على وجوبه على غيرها، إذ لو كان ساقطا عن الكل لم يكن لتخصيصها بذلك معنى. وإذا ثبت وجوبه، فإنه ليس بركن، بغير خلاف، ولذلك سقط عن الحائض، ولم يسقط طواف الزيارة، ويسمى طواف الوداع؛ لأنه لتوديع البيت، وطواف الصدر؛ لأنه عند صدور الناس من مكة. ووقته بعد فراغ المرء من جميع أموره؛ ليكون آخر عهده بالبيت، على ما جرت به العادة في توديع المسافر إخوانه وأهله، ولذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: " حتى يكون آخر عهده بالبيت ".

[فصل لا وداع على من كان منزله في الحرم كالمكي]
(٢٥٨٠) فصل: ومن كان منزله في الحرم فهو كالمكي، لا وداع عليه. ومن كان منزله خارج الحرم، قريبا منه، فظاهر كلام الخرقي أنه لا يخرج حتى يودع البيت. وهذا قول أبي ثور وقياس قول مالك. ذكره ابن القاسم. وقال أصحاب الرأي، في أهل بستان ابن عامر، وأهل المواقيت: إنهم بمنزلة أهل مكة في طواف الوداع، لأنهم معدودون من حاضري المسجد الحرام، بدليل سقوط دم المتعة عنهم.
ولنا، عموم قوله - صلى الله عليه وسلم -: " لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت ". ولأنه خارج من مكة، فلزمه التوديع، كالبعيد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٢/٣

[فصل أخر طواف الزيارة فطافه عند الخروج]

(٢٥٨١) فصل: فإن أخر طواف الزيارة، فطافه عند الخروج، ففيه روايتان: إحداهما، يجزئه عن طواف الوداع، لأنه أمر أن يكون آخر عهده بالبيت، وقد فعل، ولأن ما شرع لتحية المسجد أجزأ عنه الواجب من جنسه، كتحية المسجد بركعتين تجزئ عنهما المكتوبة. وعنه، لا يجزئه عن طواف الوداع؛ لأنهما عبادتان واجبتان، فلم تجز إحداهما عن الأخرى، كالصلاتين الواجبتين.

[مسألة طاف للوداع ثم اشتغل بتجارة أو إقامة]

(٢٥٨٢) مسألة: قال: (فإن ودع واشتغل في تجارة، عاد فودع)." [(١)]

"قد ذكرنا أن طواف الوداع إنما يكون عند خروجه، ليكون آخر عهده بالبيت، فإن طاف للوداع، ثم اشتغل بتجارة أو إقامة فعليه إعادته. وبهذا قال عطاء، ومالك، والثوري، والشافعي، وأبو ثور.

وقال أصحاب الرأي: إذا طاف للوداع، أو طاف تطوعا بعدما حل له النفر، أجزأه عن طواف الوداع، وإن أقام شهرا أو أكثر؛ لأنه طاف بعدما حل له النفر، فلم يلزمه إعادته، كما لو نفر عقيبه. **ولنا**، قوله – عليه السلام –: «لا ينفرن أحد حتى يكون آخر عهده بالبيت» . ولأنه إذا قام بعده، خرج عن أن يكون وداعا في العادة، فلم يجزه، كما لو طافه قبل حل النفر. فأما إن قضى حاجة في طريقه، أو اشترى زادا أو شيئا لنفسه في طريقه، لم يعده؛ لأن ذلك ليس بإقامة تخرج طوافه عن أن يكون آخر عهده بالبيت، وبهذا قال مالك، والشافعي، ولا نعلم مخالفا لهما.

[مسألة خرج قبل طواف الوداع]

(٢٥٨٣) مسألة؛ قال: (فإن خرج قبل الوداع، رجع إن كان بالقرب، وإن بعد، بعث بدم) هذا قول عطاء، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور. والقريب هو الذي بينه وبين مكة دون مسافة القصر. والبعيد من بلغ مسافة القصر. نص عليه أحمد. وهو قول الشافعي. وكان عطاء يرى الطائف قريبا. وقال الثوري حد ذلك الحرم، فمن كان في الحرم فهو قريب، ومن خرج منه فهو بعيد.

ووجه القول الأول، أن من دون مسافة القصر في حكم الحاضر، في أنه لا يقصر ولا يفطر، ولذلك عددناه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠٤

من حاضري المسجد الحرام، وقد روي أن عمر رد رجلا من مر إلى مكة، ليكون آخر عهده بالبيت. رواه سعيد وإن لم يمكنه الرجوع لعذر، فهو كالبعيد. ولو لم يرجع القريب الذي يمكنه الرجوع، لم يكن عليه أكثر من دم.

ولا فرق بين تركه عمدا أو خطأ، لعذر أو غيره؛ لأنه من واجبات الحج، فاستوى عمده وخطؤه، والمعذور وغيره، كسائر واجباته. فإن رجع البعيد، فطاف للوداع فقال القاضي: لا يسقط عنه الدم؛ لأنه قد استقر عليه الدم ببلوغه مسافة القصر، فلم تسقط برجوعه، كمن تجاوز الميقات غير محرم، فأحرم دونه، ثم رجع إليه. وإن رجع القريب، فطاف، فلا دم عليه، سواء كان ممن له عذر يسقط عنه الرجوع أو لا؛ لأن الدم لم يستقر عليه، لكونه في حكم الحاضر، ويحتمل سقوط الدم عن البعيد برجوعه؛ لأنه واجب أتى به، فلم يجب عليه بدله، كالقريب.

(٢٥٨٤) فصل: إذا رجع البعيد، فينبغي أن لا يجوز له تجاوز الميقات، إن كان جاوزه، إلا محرما؛ لأنه ليس من أهل." (١)

"عند التوبة، فلا تقطع رجائي منك لما قدمت من اقتراف، وهب لي الإصلاح في الولد، والأمن في البلد، والعافية في الجسد، إنك سميع مجيب، اللهم إن لك علي حقوقا، فتصدق بها علي، وللناس قبلي تبعات فتحملها عني، وقد أوجبت لكل ضيف قرى، وأنا ضيفك الليلة، فاجعل قراي الجنة، اللهم إني سائلك عند بابك، من ذهبت أيامه، وبقيت آثامه، وانقطعت شهوته، وبقيت تبعته، فارض عنه، وإن لم ترض عنه فاعف عنه، فقد يعفو السيد عن عبده، وهو عنه غير راض. ثم يصلي على النبي - صلى الله عليه وسلم -.

والمرأة إذا كانت حائضا لم تدخل المسجد، ووقفت على بابه، فدعت بذلك.

[فصل إذا ودع البيت يقوم عند البيت إذا خرج ويدعو]

(٢٥٨٨) فصل: قال أحمد: إذا ودع البيت، يقوم عند البيت إذا خرج ويدع وإذا ولى لا يقف ولا يلتفت، فإن التفت رجع فودع. وروى حنبل، في " مناسكه " عن المهاجر، قال: قلت لجابر بن عبد الله: الرجل يطوف بالبيت، ويصلي، فإذا انصرف خرج، ثم استقبل القبلة فقام؟ فقال: ما كنت أحسب يصنع هذا إلا اليهود والنصارى قال أبو عبد الله: أكره ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠٥

وقول أبي عبد الله: إن التفت رجع فودع. على سبيل الاستحباب، إذ لا نعلم لإيجاب ذلك عليه دليلا، وقد قال مجاهد: إذا كدت تخرج من باب المسجد فالتفت، ثم انظر إلى الكعبة، ثم قل: اللهم لا تجعله آخر العهد.

[مسألة ترك طواف الزيارة]

(٢٥٨٩) مسألة: قال: (ومن ترك طواف الزيارة، رجع من بلده حراما حتى يطوف بالبيت) وجملة ذلك أن طواف الزيارة ركن الحج، لا يتم إلا به. ولا يحل من إحرامه حتى يفعله، فإن رجع إلى بلده قبله، لم ينفك إحرامه، ورجع متى أمكنه محرما، لا يجزئه غير ذلك. وبذلك قال عطاء، والثوري، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي وابن المنذر.

وقال الحسن: يحج من العام المقبل. وحكي نحو ذلك عن عطاء قولا ثانيا. وقال: يأتي عاما قابلا من حج أو عمرة. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - حين ذكر له أن صفية حاضت، قال: " أحابستنا هي؟ " قيل: إنها قد أفاضت يوم النحر. قال: " فلتنفر إذا ". يدل على أن هذا الطواف لا بد منه، وأنه حابس لمن لم يأت به. فإن نوى التحلل، ورفض إحرامه، لم يحل بذلك؛ لأن الإحرام لا يخرج منه بنية الخروج، ومتى رجع إلى مكة، فطاف بالبيت، حل بطوافه؛ لأن الطواف لا يفوت وقته، على ما أسلفناه.

(٢٥٩٠) فصل: فإن ترك بعض الطواف، فهو كما لو ترك جميعه، فيما ذكرنا. وسواء ترك شوطا أو أقل أو أكثر. وهذا قول عطاء، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور.

وقال أصحاب الرأي: من طاف أربعة." (١)

"أشواط من طواف الزيارة، أو طواف العمرة، وسعى بين الصفا والمروة، ثم رجع إلى الكوفة، إن سعيه يجزئه، وعليه دم؛ لما ترك من الطواف بالبيت. **ولنا**، أن ما أتى به لا يجزئه إذا كان بمكة، فلا يجزئه إذا خرج منها، كما لو طاف دون الأربعة أشواط.

(٢٥٩١) فصل: وإذا ترك طواف الزيارة، بعد رمي جمرة العقبة، فلم يبق محرما إلا عن النساء خاصة؛ لأنه قد حصل له التحلل الأول برمي جمرة العقبة، فلم يبق محرما إلا عن النساء خاصة.

وإن وطئ لم يفسد حجه، ولم تجب عليه بدنة، لكن عليه دم، ويجدد إحرامه ليطوف في إحرام صحيح. قال أحمد: من طاف للزيارة، أو اخترق الحجر في طوافه، ورجع إلى بغداد، فإنه يرجع؛ لأنه على بقية

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠٨

إحرامه، فإن وطئ النساء، أحرم من التنعيم، على حديث ابن عباس، وعليه دم.

وهذا كما قلنا. (٢٥٩٢) مسألة: قال: (وإن كان طاف للوداع، لم يجزئه لطواف الزيارة) وإنما لم يجزئه عن طواف الزيارة؛ لأن تعيين النية شرط فيه، على ما ذكرنا، فمن طاف للوداع، فلم يعين النية له، فلذلك لم يصح.

[مسألة عمل القارن]

(٢٥٩٣) مسألة: قال: (وليس في عمل القارن زيادة على عمل المفرد، إلا أن عليه دما، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام، آخرها يوم عرفة، وسبعة إذا رجع) المشهور عن أحمد، أن القارن بين الحج والعمرة، لا يلزمه من العمل إلا ما يلزم المفرد، وأنه يجزئه طواف واحد، وسعي واحد، لحجه وعمرته. نص عليه في رواية جماعة من أصحابه.

وهذا قول ابن عمر، وجابر بن عبد الله، وبه قال عطاء، وطاوس، ومجاهد، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر.

وعن أحمد رواية ثانية، أن عليه طوافين وسعيين. ويروى ذلك عن الشعبي، وجابر بن زيد، وعبد الرحمن بن الأسود. وبه قال الثوري، والحسن بن صالح، وأصحاب الرأي.

وقد روي عن علي، ولم يصح عنه. واحتج بعض من اختار ذلك بقول الله تعالى: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ [البقرة: ١٩٦] . وتمامهما، أن يأتي بأفعالهما على الكمال، ولم يفرق بين القارن وغيره. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من جمع بين الحج والعمرة فعليه طوافان» . ولأنهما نسكان، فكان لهما طوافان، كما لو كانا منفردين. **ولنا**، ما روي عن عائشة، - رضي الله عنها - أنها قالت: «وأما الذين كانوا جمعوا بين الحج والعمرة، فإنما طافوا لهما طوافا واحدا» . متفق عليه. وفي مسلم، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لعائشة، لما." (١)

"قرنت بين الحج والعمرة: يسعك طوافك لحجك وعمرتك» . وعن ابن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من أحرم بالحج والعمرة، أجزأه طواف واحد، وسعي واحد عنهما جميعا» . وعن جابر، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قرن بين الحج والعمرة، فطاف لهما طوافا واحدا» . رواهما الترمذي، وقال في كل واحد منهما: حديث حسن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٠٩

وروى ليث، عن طاوس، وعطاء، ومجاهد، عن جابر، وابن عمر، وابن عباس، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لم يطف بالبيت هو وأصحابه لعمرتهم وحجهم إلا طوافا واحدا» . رواه الأثرم، وابن ماجه. وعن سلمة، قال: حلف طاوس ما طاف أحد من أصحاب محمد – صلى الله عليه وسلم – للحج والعمرة إلا طوافا واحدا. ولأنه ناسك يكفيه حلق واحد، ورمي واحد، فكفاه طواف واحد، وسعي واحد، كالمفرد، ولأنهما عبادتان من جنس واحد، فإذا اجتمعتا دخلت أفعال الصغرى في الكبرى، كالطهارتين.

وأما الآية، فإن الأفعال إذا وقعت لهما فقد تما. وأما الحديث الذي احتجوا به، فلا نعلم صحته، ورواه الدارقطني من طرق ضعيفة، في بعضها الحسن بن عمارة، وفي بعضها عمر بن يزيد، وفي بعضها حفص بن أبي داود، وكلهم ضعفاء، وكفى به ضعفا معارضته لما روينا من الأحاديث الصحيحة.

وإن صح، فيحتمل أنه أراد: عليه طواف وسعي. فسماهما طوافين، فإن السعي يسمى طوافا؛ قال الله تعالى: ﴿فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ [البقرة: ١٥٨] . ويحتمل أنه أراد: عليه طوافان؛ طواف الزيارة، وطواف الوداع.

[فصل قتل القارن صيدا]

(٢٥٩٤) فصل: وإن قتل القارن صيدا، فعليه جزاء واحد. نص عليه أحمد، فقال: إذا قتل القارن صيدا، فعليه جزاء واحد. وهؤلاء يقولون: في ذلك جزاءان. فيلزمهم أن يقولوا: في صيد الحرم ثلاثة. لأنهم يقولون: في الحل اثنان. ففي الحرم ينبغي أن يكون ثلاثة.

وهذا قول مالك، والشافعي. وقال أصحاب الرأي: عليه جزاءان. قال القاضي: وإذا قلنا عليه طوافان، لزمه جزاءان. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] . ومن أوجب جزاءين، فقد أوجب مثلين. ولأنه صيد واحد، فلم يجب فيه جزاءان، كما لو قتل المحرم في الحرم صيدا. ولأنه لا يزيد على محرمين قتلا صيدا، وليس عليهما إلا فداء واحد، وكذلك محرم وحلال قتلا صيدا حرميا.." (١)

"[فصل أفسد القارن نسكه بالوطء]

(٢٥٩٥) فصل: وإن أفسد القارن نسكه بالوطء، فعليه فداء واحد. وبذلك قال عطاء، وابن جريج، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. ولا يسقط دم القران.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤١٠

وقال الحكم: عليه هديان. ويتخرج لنا أن يلزمه بدنة وشاة إذا قلنا يلزمه طوافان. وقال أصحاب الرأي: إن وطئ قبل الوقوف، فسد نسكه، وعليه شاتان للحج والعمرة، ويسقط عنه دم القران.

ولنا، أن الصحابة - رضي الله عنهم -، الذين سئلوا عمن أفسد نسكه، لم يأمروه إلا بفداء واحد، ولم يفرقوا. ولأنه أحد الأنساك الثلاثة، فلم يجب في إفساده أكثر من فدية واحدة، كالآخرين، وسائر محظورات الإحرام، من اللبس والطيب وغيرهما، لا يجب في كل واحد منها أكثر من فداء واحد، كما لو كان مفردا. والله أعلم.

[مسألة وجوب الدم على القارن]

(٢٥٩٦) مسألة: قال: (إلا أن عليه دما، فإن لم يجد، فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجع) هذا استثناء منقطع، معناه لكن عليه دم، فإن وجوب الدم ليس من الأفعال المنفية بقوله: " وليس في عمل القارن زيادة على عمل المفرد ". ولا نعلم في وجوب الدم على القارن خلافا، إلا ما حكي عن داود، أنه لا دم عليه.

وروي ذلك عن طاوس. وحكى ابن المنذر، أن ابن داود لما دخل مكة سئل عن القارن، هل يجب عليه دم؟ فقال: لا. فجر برجله.

وهذا يدل على شهرة الأمر بينهم. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦] . والقارن متمتع بالعمرة إلى الحج، بدليل أن عليا - رضي الله عنه - لما سمع عثمان ينهى عن المتعة، أهل بالحج والعمرة، ليعلم الناس أنه ليس بمنهي عنه. وقال ابن عمر: إنما القران لأهل الآفاق. وتلا قوله تعالى: ﴿ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام﴾ [البقرة: ١٩٦] .

وقد روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من قرن بين حجه وعمرته، فليهرق دما» . ولأنه ترفه بسقوط أحد السفرين، فلزمه دم كالمتمتع. وإذا عدم الدم، فعليه صيام ثلاثة أيام في الحج، وسبعة إذا رجع، كالمتمتع سواء. (٢٥٩٧) فصل: ومن شرط وجوب الدم عليه أن لا يكون من حاضري المسجد الحرام، في قول جمهور العلماء.

وقال ابن الماجشون: عليه دم؛ لأن الله تعالى إنما أسقط الدم عن المتمتع، وليس هذا متمتعا. وليس هذا

بصحيح؛ فإننا قد ذكرنا أنه متمتع، وإن لم يكن متمتعا فهو فرع عليه، ووجوب الدم على القارن إنما كان بمعنى النص على المتمتع، فلا يجوز أن يخالف الفرع أصله.." [1]

"لتخرج، ثم لتهل بعمرة، ثم لتنتظر حتى تطهر، ثم لتطف بالبيت. قال أبو عبد الله: فجعل عمرتها في الشهر الذي أهلت فيه، لا في الشهر الذي حلت فيه. ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن من اعتمر في غير أشهر الحج عمرة، وحل منها قبل أشهر الحج، أنه لا يكون متمتعا، إلا قولين شاذين، أحدهما عن طاوس، أنه قال: إذا اعتمرت في غير أشهر الحج، ثم أقمت حتى الحج، فأنت متمتع. والثاني عن الحسن، أنه قال: من اعتمر بعد النحر، فهي متعة.

قال: ابن المنذر: لا نعلم أحدا قال بواحد من هذين القولين. فأما إن أحرم بالعمرة في غير أشهر الحج، ثم حل منها في أشهر الحج، فذهب أحمد أنه لا يكون متمتعا. ونقل معنى ذلك عن جابر، وأبي عياض. وهو قول إسحاق، وأحد قولي الشافعي.

وقال طاوس: عمرته في الشهر الذي يدخل فيه الحرم. وقال الحسن، والحكم، وابن شبرمة، والثوري، والشافعي في أحد قوليه: عمرته في الشهر الذي يطوف فيه.

وقال عطاء: عمرته في الشهر الذي يحل فيه. وهو قول مالك. وقال أبو حنيفة: إن طاف للعمرة أربعة أشواط في غير أشهر الحج، فليس بمتمتع. وإن طاف الأربعة في أشهر الحج، فهو متمتع؛ لأن العمرة صحت في أشهر الحج؛ بدليل أنه لو وطئ أفسدها، أشبه إذا أحرم بها في أشهر الحج.

ولنا، ما ذكرنا عن جابر، ولأنه أتى بنسك لا تتم العمرة إلا به في غير أشهر الحج، فلم يكن متمتعا، كما لو طاف. ويخرج عليه ما قاسوا عليه. الثاني، أن يحج من عامه، فإن اعتمر في أشهر الحج، ولم يحج ذلك العام، بل حج من العام القابل، فليس بمتمتع. لا نعلم فيه خلافا، إلا قولا شاذا عن الحسن، في من اعتمر في أشهر الحج، فهو متمتع، حج أو لم يحج. والجمهور على خلاف هذا؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦]

وهذا يقتضي الموالاة بينهما، ولأنهم إذا أجمعوا على أن من اعتمر في غير أشهر الحج، ثم حج من عامه ذلك، فليس بمتمتع، فهذا أولى من التباعد بينهما أكثر. الثالث، أن لا يسافر بين العمرة والحج سفرا بعيدا تقصر في مثله الصلاة. نص عليه.

وروي ذلك عن عطاء، والمغيرة المديني، وإسحاق. وقال الشافعي: إن رجع إلى الميقات، فلا دم عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤١١

وقال أصحاب الرأي: إن رجع إلى مصره، بطلت متعته، وإلا فلا. وقال مالك: إن رجع إلى مصره، أو إلى غيره أبعد من مصره، بطلت متعته، وإلا فلا.

وقال الحسن: هو متمتع وإن رجع إلى بلده. واختاره ابن المنذر؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦] . **ولنا**، ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: إذا اعتمر في أشهر الحج، ثم أقام، فهو متمتع.." (١)

"[مسألة المرأة إذا دخلت متمتعة فحاضت فخشيت فوات الحج]

(٢٦١٦) مسألة: قال: (والمرأة إذا دخلت متمتعة، فحاضت، فخشيت فوات الحج، أهلت بالحج، وكانت قارنة، ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم) وجملة ذلك أن المتمتعة إذا حاضت قبل الطواف للعمرة، لم يكن لها أن تطوف بالبيت؛ لأن الطواف بالبيت صلاة، ولأنها ممنوعة من دخول المسجد، ولا يمكنها أن تحل من عمرتها ما لم تطف بالبيت. فإن خشيت فوات الحج أحرمت بالحج مع عمرتها، وتصير قارنة.

وهذا قول مالك، والأوزاعي، والشافعي، وكثير من أهل العلم. وقال أبو حنيفة: ترفض العمرة، وتهل بالحج. قال أحمد: قال أبو حنيفة قد رفضت العمرة فصار حجا، وما قال هذا أحد غير أبي حنيفة. واحتج بما روى عروة، عن عائشة، قالت: «أهللنا بعمرة، فقدمت مكة وأنا حائض، لم أطف بالبيت، ولا بين الصفا والمروة، فشكوت ذلك إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: انقضي رأسك، وامتشطي، وأهلي بالحج، ودعي العمرة. قالت: ففعلت. فلما قضينا الحج أرسلني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مع عبد الرحمن بن أبي بكر إلى التنعيم، فاعتمرت معه. فقال: هذه عمرة مكان عمرتك» . متفق عليه.

وهذا يدل على أنها رفضت عمرتها، وأحرمت بحج من وجوه ثلاثة؛ أحدها، قوله: " دعي عمرتك ". والثاني، قوله: " وامتشطي ". والثالث، قوله: " هذه عمرة مكان عمرتك ". **ولنا**، ما روى «جابر، قال: أقبلت عائشة بعمرة، حتى إذا كانت بسرف عركت، ثم دخل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على عائشة، فوجدها تبكي، فقال: ما شأنك؟ قالت: شأني أني قد حضت، وقد حل الناس، ولم أحل، ولم أطف بالبيت، والناس يذهبون إلى الحج الآن. فقال: إن هذا أمر كتبه الله على بنات آدم، فاغتسلي، ثم أهلي بالحج ففعلت، ووقفت المواقف، حتى إذا طهرت، طافت بالكعبة، وبالصفا والمروة. ثم قال: قد حللت من حجك وعمرتك. قالت: يا رسول الله، إني أجد في نفسي أني لم أطف بالبيت حتى حججت. قال: فاذهب بها يا عبد الرحمن، فأعمرها من التنعيم» .

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٣/٣

وروى طاوس، عن عائشة، «أنها قالت: أهللت بعمرة، فقدمت ولم أطف حتى حضت، ونسكت المناسك كلها، وقد أهللت بالحج. فقال لها النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم النفر: يسعك طوافك لحجك وعمرتك. فأبت، فبعث معها عبد الرحمن بن أبي بكر، فأعمرها من التنعيم» . رواهما مسلم. وهما يدلان على ما ذكرنا جميعه ولأن إدخال الحج على العمرة جائز بالإجماع من غير خشية الفوات، فمع خشية الفوات أولى.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن لمن أهل بعمرة أن يدخل عليها." (١)

"الحج، ما لم يفتتح الطواف بالبيت. وقد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - من كان معه هدي في حجة الوداع، أن يهل بالحج مع العمرة، ومع إمكان الحج مع بقاء العمرة لا يجوز رفضها؛ لقول الله تعالى: ﴿وأتموا الحج والعمرة لله﴾ [البقرة: ١٩٦] . ولأنها متمكنة من إتمام عمرتها بلا ضرر، فلم يجز رفضها، كغير الحائض. فأما حديث عروة، فإن قوله: " انقضي رأسك، وامتشطي، ودعي العمرة ". انفرد به عروة، وخالف به سائر من روى عن عائشة حين حاضت، وقد روي عن طاوس، والقاسم، والأسود، وعمرة وعائشة، ولم يذكروا ذلك. وحديث جابر، وطاوس مخالفان لهذه الزيادة.

وقد روى حماد بن زيد، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، حديث حيضها، فقال فيه: حدثني غير واحد، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال لها: " دعي العمرة، وانقضي رأسك، وامتشطي ". وذكر تمام الحديث.

وهذا يدل على أن عروة لم يسمع هذه الزيادة من عائشة، وهو مع ما ذكرنا من مخالفته بقية الرواة، يدل على الوهم، مع مخالفتها الكتاب والأصول، إذ ليس لنا موضع آخر يجوز فيه رفض العمرة مع إمكان إتمامها، ويحتمل أن قوله: " دعي العمرة ". أي دعيها بحالها، وأهلي بالحج معها، أو دعي أفعال العمرة، فإنها تدخل في أفعال الحج.

وأما إعمارها من التنعيم، فلم يأمرها به النبي - صلى الله عليه وسلم - وإنما قالت للنبي - صلى الله عليه وسلم -: إني أجد في نفسي أني لم أطف بالبيت حتى حججت. قال: " فاذهب بها يا عبد الرحمن، فأعمرها من التنعيم ". وروى الأثرم، بإسناده عن الأسود، عن عائشة، قلت: اعتمرت بعد الحج؟ قالت: والله ما كانت عمرة، ما كانت إلا زيارة زرت البيت، إنما هي مثل نفقتها. قال أحمد: إنما أعمر النبي - صلى الله عليه وسلم - عائشة حين ألحت عليه، فقالت: يرجع الناس بنسكين، وأرجع بنسك، فقال: " يا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٢١

عبد الرحمن، أعمرها ". فنظر إلى أدنى الحرم، فأعمرها منه.
وقول الخرقي: " ولم يكن عليها قضاء طواف القدوم ". وذلك لأن طواف القدوم سنة لا يجب قضاؤها، ولم يأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – عائشة بقضائه، ولا فعلته هي.

[فصل كل متمتع خشي فوات الحج يحرم بالحج ويصير قارنا]
(٢٦١٧) فصل: وكل متمتع خشي فوات الحج، فإنه يحرم بالحج، ويصير قارنا، وكذلك المتمتع الذي معه هدي، فإنه لا يحل من عمرته، بل يهل بالحج معها، فيصير قارنا. ولو أدخل الحج على العمرة قبل الطواف من غير خوف الفوات، جاز، وكان قارنا، بغير خلاف، وقد فعل ذلك ابن عمر، ورواه عن النبي – صلى الله عليه وسلم –. فأما بعد الطواف، فليس له ذلك، ولا يصير قارنا. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. وروي عن عطاء.
وقال مالك: يصير قارنا. وحكي ذلك عن أبي حنيفة؛ لأنه أدخل الحج على إحرام العمرة، فصح، كما قبل الطواف. **ولنا**، أنه شارع في التحلل من العمرة، فلم يجز له إدخال الحج عليها، كما لو سعى بين الصفا والمروة.." (١)
"**ولنا**، أنه معنى يوجب القضاء، فاستوت فيه الأحوال كلها كالفوات، ولا فرق بين ما بعد يوم النحر أو قبله؛ لأنه وطئ قبل التحلل الأول، ففسد حجه، كما لو وطئ يوم النحر. (٢٦٢١) الفصل الثاني، أنه يلزمه بدنة. وبهذا قال مالك، والشافعي.
وقال أبو حنيفة: إن وطئ قبل الوقوف فسد حجه وعليه شاة، وإن وطئ بعده لم يفسد حجه، وعليه بدنة؛ لأن الوطء قبل الوقوف معنى يتعلق به وجوب القضاء، فلم يوجب بدنة، كالفوات. **ولنا**، أنه قد روي عن عمر وابن عباس مثل ق**ولنا**، ولأنه وطء صادف إحراما تاما، فأوجب البدنة، كما بعد الوقوف، ولأن ما يفسد الحج الجناية به أعظم، فكفارته يجب أن تكون أغلظ.
وأما الفوات، فإنهم يوجبون به بدنة، فكيف يصح القياس عليه؟ الفصل الثالث، أنه لا دم عليها في حال الإكراه. وهو قول عطاء، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور.
وقال أصحاب الرأي: عليها دم آخر؛ لأنه قد فسد حجها، فوجبت البدنة، كما لو طاوعت. **ولنا**، أنها

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٢/٣

كفارة تجب بالجماع، فلم تجب على المرأة في حال الإكراه، كما لو وطئ في الصوم.

[فصل الوطء قبل التحلل من العمرة]

(٢٦٢٣) فصل: ومن وطئ قبل التحلل من العمرة، فسدت عمرته، وعليه شاة مع القضاء. وقال الشافعي: عليه القضاء وبدنة؛ لأنها عبادة تشتمل على طواف وسعي، فأشبهت الحج. وقال أبو حنيفة إن وطئ قبل أن يطوف أربعة أشواط كقولنا، وإن وطئ بعد ذلك فعليه شاة، ولا تفسد عمرته.

ولنا على الشافعي، أنها عبادة لا وقوف فيها، فلم يجب فيها بدنة، كما لو قرنها بالحج، ولأن العمرة دون الحج، فيجب أن يكون حكمها دون حكمه، وبهذا يخرج الحج.

ولنا على أبي حنيفة، أن الجماع من محظورات الإحرام، فاستوى فيه ما قبل الطواف وبعده، كسائر المحظورات، ولأنه وطء صادف إحراما تاما فأفسده، كما قبل الطواف.

[فصل أفسد القارن والمتمتع نسكهما]

(٢٦٢٤) فصل: إذا أفسد القارن والمتمتع نسكهما، لم يسقط الدم عنهما. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يسقط. وعن أحمد مثله؛ لأنه لم يحصل له الترفه بسقوط أحد السفرين.

ولنا، أن ما وجب في النسك الصحيح وجب في الفاسد، كالأفعال، ولأنه دم وجب عليه، فلا يسقط بالإفساد، كالدم الواجب لترك الميقات.." (١)

"[فصل أفسد القارن نسكه ثم قضى مفردا]

(٢٦٢٥) فصل: وإذا أفسد القارن نسكه، ثم قضى مفردا، لم يلزمه في القضاء دم. وقال الشافعي: يلزمه؛ لأنه يجب في القضاء ما يجب في الأداء، وهذا كان واجبا في الأداء.

ولنا، أن الإفراد أفضل من القران مع الدم، فإذا أتى بهما فقد أتى بما هو أولى، فلا يلزمه شيء، كمن لزمته الصلاة بتيمم، فقضى بالوضوء.

[مسألة الوطء بعد رمي جمرة العقبة]

(٢٦٢٦) مسألة: قال: (وإن وطئ بعد رمي جمرة العقبة، فعليه دم، ويمضي إلى التنعيم فيحرم؛ ليطوف وهو

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٢٤

محرم) وفي هذه المسألة ثلاثة فصول (٢٦٢٧) : أحدها، أن الوطء بعد الجمرة لا يفسد الحج. وهو قول ابن عباس، وعكرمة، وعطاء، والشعبي، وربيعة، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وقال النخعي، والزهري، وحماد: عليه حج من قابل؛ لأن الوطء صادف إحراما من الحج، فأفسده، كالوطء قبل الرمي. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من شهد صلاتنا هذه، ووقف معنا حتى ندفع، وكان قد وقف بعرفة قبل ذلك ليلا أو نهارا، فقد تم حجه، وقضى تفثه» . ولأنه قول ابن عباس، فإنه قال في رجل أصاب أهله قبل أن يفيض يوم النحر: ينحران جزورا بينهما، وليس عليه الحج من قابل. ولا نعرف له مخالفا في الصحابة.

ولأن الحج عبادة لها تحللان، فوجود المفسد بعد تحللها الأول لا يفسدها، كبعد التسليمة الأولى في الصلاة، وبهذا فارق ما قبل التحلل الأول. الفصل الثاني، أن الواجب عليه بالوطء شاة. هذا ظاهر كلام الخرقي. ونص عليه أحمد. وقول عكرمة، وربيعة، ومالك، وإسحاق.

وقال القاضي: فيه رواية أخرى، أن عليه بدنة. وهو قول ابن عباس، وعطاء، والشعبي، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأنه وطئ في الحج، فوجبت عليه بدنة، كما قبل رمي جمرة العقبة.

ولنا، أنه وطء لم يفسد، فلم يوجب كالوطء دون الفرج إذا لم ينزل. ولأن حكم الإحرام خف بالتحلل الأول، فينبغي أن يكون موجبه دون موجب الإحرام التام. (٢٦٢٩) الفصل الثالث، أنه يفسد الإحرام بالوطء بعد رمي الجمرة، ويلزمه أن يحرم من الحل. وبذلك قال عكرمة، وربيعة، وإسحاق.

وقال ابن عباس، وعطاء، والشعبي، والشافعي: حجه صحيح، ولا يلزمه الإحرام؛ لأنه إحرام لا يفسد جميعه، فلم يفسد بعضه، كما لو وطئ بعد التحلل الثاني.

ولنا، أنه وطء صادف إحراما، فأفسده، كالإحرام التام، وإذا فسد إحرامه، فعليه أن يحرم ليأتي بالطواف في إحرام صحيح؛ لأن الطواف ركن، فيجب أن يأتي به في إحرام صحيح، كالوقوف، ويلزمه." (١)

"قلت: فإن ضعف عن ذلك، أيكون في رحله ويرمي عنه؟ قال: نعم.

قال القاضي: المستحب أن يضع الحصى في يد النائب، ليكون له عمل في الرمي. وإن أغمي على المستنيب، لم تنقطع النيابة، وللنائب الرمي عنه، كما لو استنابه في الحج ثم أغمي عليه. وبما ذكرنا في هذه المسألة قال الشافعي، ونحوه قال مالك، إلا أنه قال: يتحرى المريض حين رميهم، فيكبر سبع تكبيرات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٢٥

[فصل ترك الرمي من غير عذر]

(٢٦٣٧) فصل: ومن ترك الرمي من غير عذر، فعليه دم. قال أحمد: أعجب إلي إذا ترك الأيام كلها كان عليه دم. وفي ترك جمرة واحدة دم أيضا. نص عليه أحمد. وبهذا قال عطاء، والشافعي، وأصحاب الرأي. وحكي عن مالك أن عليه في جمرة أو الجمرات كلها بدنة. قال الحسن: من نسي جمرة واحدة يتصدق على مسكين. **ولنا**، قول ابن عباس: من ترك شيئا من مناسكه فعليه دم. ولأنه ترك من مناسكه ما لا يفسد الحج بتركه، فكان الواجب عليه شاة كالمبيت. وإن ترك أقل من جمرة، فالظاهر عن أحمد أنه لا شيء عليه، في حصاة، ولا في حصاتين. وعنه، أنه يجب الرمي بسبع. فإن ترك شيئا من ذلك، تصدق بشيء، أي شيء كان. وعنه، أن في كل حصاة دما. وهو مذهب مالك، والليث؛ لأن ابن عباس، قال: من ترك شيئا من مناسكه فعليه دم. وعنه: في الثلاثة دم. وهو مذهب الشافعي. وفيما دون ذلك، في كل حصاة مد. وعنه: درهم. وعنه، نصف درهم. وقال أبو حنيفة: إن ترك جمرة العقبة أو الجمار كلها فعليه دم، وإن ترك غير ذلك فعليه في كل حصاة نصف صاع، إلى أن يبلغ دما. وقد ذكرنا ذلك. وآخر وقت الرمي آخر أيام التشريق، فمتى خرجت قبل رميه فات وقته، واستقر عليه الفداء الواجب في ترك الرمي. هذا قول أكثر أهل العلم. وحكي عن عطاء، في من رمى جمرة العقبة، ثم خرج إلى إبله في ليلة أربع عشرة، ثم رمى قبل طلوع الفجر، فإن لم يرم أهرق دما. والأول أولى؛ لأن محل الرمي النهار، فيخرج وقت الرمي بخروج النهار، والله أعلم.." (١)

"[باب الفدية وجزاء الصيد] [مسألة المحرم حلق أربع شعرات فصاعدا عامدا أو مخطئا] [فصل على المحرم فدية إذا حلق رأسه]

(٢٦٣٨) مسألة: قال: (ومن حلق أربع شعرات فصاعدا، عامدا أو مخطئا، فعليه صيام ثلاثة أيام، أو إطعام ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين، أو ذبح شاة، أي ذلك فعل أجزأه) الكلام في هذه المسألة في ستة فصول: (٢٦٣٩) الفصل الأول، أن على المحرم فدية إذا حلق رأسه. ولا خلاف في ذلك. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على وجوب الفدية على من حلق وهو محرم بغير علة. والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدي محله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك﴾ [البقرة: ١٩٦] . «وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لكعب بن عجرة: لعلك آذاك هوامك؟ قال: نعم يا رسول الله. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: احلق رأسك،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٨/٣

وصم ثلاثة أيام، أو أطعم ستة مساكين، أو انسك شاة» . متفق عليه. وفي لفظ: " أو أطعم ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع تمر ". ولا فرق في ذلك بين إزالة الشعر بالحلق، أو النورة، أو قصه، أو غير ذلك، لا نعلم فيه خلافا. (٢٦٤٠) الفصل الثاني، أنه لا فرق بين العامد والمخطئ، ومن له عذر ومن لا عذر له، في ظاهر المذهب. وهو قول الشافعي ونحوه عن الثوري. وفيه وجه آخر، لا فدية على الناسي. وهو قول إسحاق، وابن المنذر؛ لقوله - عليه السلام -: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» . **ولنا**، أنه إتلاف، فاستوى عمده وخطؤه، كقتل الصيد، ولأن الله تعالى أوجب الفدية على من حلق رأسه لأذى به وهو معذور، فكان ذلك تنبيها على وجوبها على غير المعذور، ودليلا على وجوبها على المعذور بنوع آخر، مثل المحتجم الذي يحلق موضع محاجمه، أو شعرا عن شجته، وفي معنى الناسي النائم الذي يقلع شعره، أو يصوب شعره إلى تنور فيحرق لهب النار شعره، ونحو ذلك. (١٢٦٤) الفصل الثالث، أن الفدية هي إحدى الثلاثة المذكورة في الآية والخبر، أيها شاء فعل؛ لأنه أمر بها بلفظ التخيير، ولا فرق في ذلك بين المعذور وغيره، والعامد والمخطئ. وهو مذهب مالك، والشافعي. وعن أحمد، أنه إذا حلق لغير عذر فعليه الدم، من غير تخيير. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن الله تعالى خير بشرط العذر، فإذا عدم الشرط وجب زوال التخيير. **ولنا**، أن الحكم ثبت في غير المعذور بطريق التنبيه تبعا له، والتبع لا يخالف أصله، ولأن كل كفارة." (١)

"[فصل جزاء صيد الحرم]

(٢٦٤٧) فصل: فأما جزاء الصيد فلا يتداخل، ويجب في كل صيد جزاؤه، سواء وقع متفرقا أو في حال واحدة. وعن أحمد، أنه يتداخل، قياسا على سائر المحظورات. ولا يصح؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] . ومثل الصيدين لا يكون مثل أحدهما، ولأنه لو قتل صيدين دفعة واحدة، وجب جزاؤهما، فإذا تفرقا أولى أن يجب؛ لأن حالة التفريق لا تنقص عن حالة الاجتماع كسائر المحظورات.

[فصل حلق المحرم رأس حلال أو قلم أظفاره]

(٢٦٤٨) فصل: إذا حلق المحرم رأس حلال، أو قلم أظفاره، فلا فدية عليه. وبذلك قال عطاء، ومجاهد، وعمرو بن دينار، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. وقال سعيد بن جبير، في محرم قص شارب حلال:

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٢٩

يتصدق بدرهم. وقال أبو حنيفة: يلزمه صدقة؛ لأنه أتلف شعر آدمي، فأشبه شعر المحرم.

ولنا، أنه شعر مباح الإتلاف، فلم يجب بإتلافه شيء، كشعر بهيمة الأنعام.

[فصل حلق محرم رأس محرم بإذنه]

(٢٦٤٩) فصل: وإن حلق محرم رأس محرم بإذنه، فالفدية على من حلق رأسه. وكذلك إن حلقه حلال بإذنه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ولا تحلقوا رءوسكم﴾ [البقرة: ١٩٦] . وقد علم أن غيره هو الذي يحلقه، فأضاف الفعل إليه، وجعل الفدية عليه.

وإن حلقه مكرها أو نائما، فلا فدية على المحلوق رأسه. وبهذا قال إسحاق، وأبو ثور، وابن القاسم صاحب مالك، وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة: على المحلوق رأسه الفدية. وعن الشافعي كالمذهبين. **ولنا**، أنه يحلق رأسه ولم يحلق بإذنه، فأشبه ما لو انقطع الشعر بنفسه. إذا ثبت هذا فإن الفدية على الحالق، حراما كان أو حلالا.

وقال أصحاب الرأي: على الحلال صدقة. وقال عطاء: عليهما الفدية. **ولنا**، أنه أزال ما منع من إزالته لأجل الإحرام، فكانت عليه فديته، كالمحرم يحلق رأس نفسه.

[فصل قلع المحرم جلدة عليها شعر]

(٢٦٥٠) فصل: إذا قلع جلدة عليها شعر، فلا فدية عليه؛ لأنه زال تابعا لغيره، والتابع لا يضمن، كما لو قلع أشفار عيني إنسان، فإنه لا يضمن أهدابهما.

[فصل خلل المحرم شعره فسقطت شعرة]

(٢٦٥١) فصل: وإذا خلل شعره فسقطت شعرة، فإن كانت ميتة فلا فدية فيها، وإن كانت من شعره النابت ففيها الفدية، وإن شك فيها فلا فدية فيها؛ لأن الأصل نفي الضمان إلى أن يحصل يقين.." (١)

"**ولنا** أنه قلم ما يقع عليه اسم الجمع، أشبه ما لو قلم خمسا من يد واحدة، وما قالوه يبطل بما إذا حلق ربع رأسه، فإنه لم يستوف منفعة العضو، ويجب به الدم، وقولهم يؤدي إلى أن يجب به الدم في القليل دون الكثير. إذا ثبت هذا فإنه يتخير من قلم ما يجب به الدم بين الثلاثة أشياء، كما قلنا في الشعر؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٣٢

الإيجاب في الأظفار بالإلحاق بالشعر، فيكون حكم الفرع حكم أصله، ولا يجب فيما دون الأربعة أو الثلاثة بقسطه من الدم؛ لأن العبادة إذا وجب فيها الحيوان لم يجب فيها جزء منه، كالزكاة (٢٦٥٥) فصل: وفي قص بعض الظفر ما في جميعه، وكذلك في قطع بعض الشعرة مثل ما في قطع جميعها؛ لأن الفدية تجب في الشعرة والظفر، سواء، طال أو قصر، وليس بمقدر بمساحة، فيتقدر الضمان عليه، بل هو كالموضحة يجب في الصغيرة منها مثل ما يجب في الكبيرة.

وخرج ابن عقيل وجها، أنه يجب بحساب المتلف كالإصبع يجب في أنملتها ثلث ديتها، والله أعلم.

[مسألة تطيب المحرم عامدا]

(٢٦٥٦) مسألة: قال: (وإن تطيب المحرم عامدا، غسل الطيب، وعليه دم، وكذلك إن لبس المخيط أو الخف عامدا وهو يجد النعل، خلع، وعليه دم) لا خلاف في وجوب الفدية على المحرم، إذا تطيب أو لبس عامدا؛ لأنه ترفه بمحظور في إحرامه، فلزمته الفدية، كما لو ترفه بحلق شعره، أو قلم ظفره والواجب عليه أن يفديه بدم، ويستوي في ذلك قليل الطيب وكثيره، وقليل اللبس وكثيره. وبذلك قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يجب الدم إلا بتطييب عضو كامل، وفي اللباس بلباس يوم وليلة، ولا شيء فيما دون ذلك؛ لأنه لم يلبس لبسا معتادا فأشبه ما لو اتزر بالقميص. **ولنا**، أنه متى حصل به الاستمتاع بالمحظورات، فاعتبر مجرد الفعل كالوطء، محظورا، فلا تتقدر فديته بالزمن، كسائر المحظورات، وما ذكروه غير صحيح؛ فإن الناس يختلفون في اللبس في العادة، ولأن ما ذكروه تقدير، والتقديرات بابها التوقيف، وتقديرهم بعضو ويوم وليلة تحكم محض. وأما إذا ائتزر بقميص، فليس ذلك بلبس مخيط، ولهذا لا يحرم عليه، والمختلف فيه محرم.

[فصل يلزم المحرم غسل الطيب وخلع اللباس]

(٢٦٥٧) فصل: ويلزمه غسل الطيب، وخلع اللباس؛ لأنه فعل محظورا، فيلزمه إزالته وقطع استدامته، كسائر المحظورات. والمستحب أن يستعين في غسل الطيب بحلال؛ لئلا يباشر المحرم الطيب بنفسه، ويجوز أن يليه بنفسه، ولا شيء عليه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال للذي رأى عليه طيبا أو خلوقا:." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٣٤

"ولنا، أنه يفرخ في الماء ويبيض فيه، فكان من حيوانه، كالسمك، فأما طير الماء، ففيه الجزاء في قول عامة أهل العلم؛ منهم الأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي، وغيرهم. لا نعلم فيه مخالفا، غير ما حكي عن عطاء، أنه قال: حيثما يكون أكثر فهو من صيده.

ولنا، أن هذا إنما يفرخ في البر ويبيض فيه، وإنما يدخل الماء ليعيش فيه ويكتسب منه، فهو كالصياد من الآدميين. واختلفت الرواية في الجراد، فعنه: هو من صيد البحر، لا جزاء فيه. وهو مذهب أبي سعيد. قال ابن المنذر: قال ابن عباس، وكعب: هو من صيد البحر. وقال عروة: هو نثرة حوت. وروي عن أبي هريرة، قال: «أصابنا ضرب من جراد، فكان رجل منا يضرب بسوطه وهو محرم، فقيل: إن هذا لا يصلح، فذكر ذلك للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: هذا من صيد البحر» . وعنه، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الجراد من صيد البحر» . رواهما أبو داود.

وروي عن أحمد، أنه من صيد البر، وفيه الجزاء. وهو قول الأكثرين؛ لما روي أن عمر - رضي الله عنه - قال لكعب في جرادتين: ما جعلت في نفسك؟ قال: درهمان. قال: بخ، درهمان خير من مائة جرادة. رواه الشافعي، في " مسنده ". ولأنه طير يشاهد طيرانه في البر، ويهلكه الماء إذا وقع فيه، فأشبه العصافير. فأما الحديثان اللذان ذكرناهما للرواية الأولى فوهم. قاله أبو داود. فعلى هذا يضمنه بقيمته؛ لأنه لا مثل له.

وهذا قول الشافعي. وعن أحمد، يتصدق بتمرة عن الجرادة. وهذا يروى عن عمر وعبد الله بن عمر. وقال ابن عباس: قبضة من طعام. قال القاضي: هذا محمول على أنه أوجب ذلك على طريق القيمة، والظاهر أنهم لم يريدوا بذلك التقدير، وإنما أرادوا أن فيه أقل شيء.

وإن افترش الجراد في طريقه، فقتله بالمشي عليه، على وجه لم يمكنه التحرز منه، ففيه وجهان؛ أحدهما، وجوب جزائه؛ لأنه أتلفه لنفع نفسه، فضمنه، كالمضطر يقتل صيدا يأكله. والثاني، لا يضمنه؛ لأنه اضطره إلى إتلافه، أشبه ما لو صال عليه.

[الفصل السادس جزاء ما كان دابة من الصيد نظيره من النعم]

(٢٦٧٠) الفصل السادس، أن جزاء ما كان دابة من الصيد نظيره من النعم. هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم الشافعي. وقال أبو حنيفة: الواجب القيمة ويجوز فيها المثل؛ لأن الصيد ليس بمثلي. ولنا، قول الله تعالى: ﴿فجزاء مثل ما قتل من النعم﴾ [المائدة: ٩٥] . وجعل النبي - صلى الله عليه وسلم - في الضبع كبشا.

وأجمع الصحابة على إيجاب المثل، فقال عمر، وعثمان، وعلي، وزيد بن ثابت، وابن عباس، ومعاوية: في النعامة بدنة. وحكم أبو عبيدة، وابن عباس، في حمار الوحش ببدنة. وحكم." (١)

"عمر فيه ببقرة. وحكم عمر وعلي في الظبي بشاة. وإذا حكموا بذلك في الأزمنة المختلفة، والبلدان المتفرقة، دل ذلك على أنه ليس على وجه القيمة، ولأنه لو كان على وجه القيمة لاعتبروا صفة المتلف التي تختلف بها القيمة، إما برؤية أو إخبار، ولم ينقل عنهم السؤال عن ذلك حال الحكم، ولأنهم حكموا في الحمام بشاة، ولا يبلغ قيمة شاة في الغالب.

إذا ثبت هذا، فليس المراد حقيقة المماثلة، فإنها لا تتحقق بين النعم والصيد، لكن أريدت المماثلة من حيث الصورة. والمتلف من الصيد قسمان؛ أحدهما، قضت فيه الصحابة، فيجب فيه ما قضت. وبهذا قال عطاء، والشافعي، وإسحاق.

وقال مالك: يستأنف الحكم فيه؛ لأن الله تعالى قال ﴿يحكم به ذوا عدل منكم﴾ [المائدة: ٩٥] **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أصحابي كالنجوم، بأيهم اقتديتم اهتديتم» وقال: «اقتدوا باللذين من بعدي: أبي بكر، وعمر» . ولأنهم أقرب إلى الصواب، وأبصر بالعلم، فكان حكمهم حجة على غيرهم، كالعالم مع العامي، والذي بلغنا قضاؤهم في؛ الضبع كبش. قضى به عمر، وعلي، وجابر، وابن عباس.

وفيه عن جابر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «جعل في الضبع يصيدها المحرم كبشا» . رواه أبو داود، وابن ماجه. وروي عن جابر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «، قال: في الضبع كبش، إذا أصاب المحرم، وفي الظبي شاة، وفي الأرنب عناق، وفي اليربوع جفرة» . قال أبو الزبير: الجفرة، التي قد فطمت ورعت. رواه الدارقطني. قال أحمد:: «حكم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الضبع بكبش.» وبه قال عطاء، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر.

وقال الأوزاعي إن كان العلماء بالشام يعدونها من السباع ويكرهون أكلها. وهو القياس، إلا أن اتباع السنة والآثار أولى. وفي حمار الوحش بقرة. روي ذلك عن عمر - رضي الله عنه -. وبه قال عروة، ومجاهد، والشافعي.

وعن أحمد: فيه بدنة. روي ذلك عن أبي عبيدة، وابن عباس. وبه قال عطاء، والنخعي. وفي بقرة الوحش بقرة. روي ذلك عن ابن مسعود، وعطاء، وعروة، وقتادة، والشافعي. والأيل فيه بقرة. قاله ابن عباس. قال أصحابنا: في الوعل والثيتل بقرة، كالأيل. والأروى فيها بقرة. قال ذلك ابن عمر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤١/٣

وقال القاضي: فيها عضب، وهي من أولاد البقر ما بلغ أن يقبض على قرنه، ولم يبلغ أن يكون جذعا. وحكي ذلك عن الأزهري. وفي الظبي شاة. ثبت ذلك عن عمر،." (١)

"**ولنا**، قول الله تعالى ﴿هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما﴾ [المائدة: ٩٥] . " وأو " في الأمر للتخيير. روي عن ابن عباس، أنه قال: كل شيء أو أو، فهو مخير.

وأما ما كان فإن لم يوجد، فهو الأول الأول. ولأن عطف هذه الخصال بعضها على بعض بأو، فكان مخيرا بين ثلاثتها كفدية الأداء، وقد سمى الله الطعام كفارة، ولا يكون كفارة ما لم يجب إخراجه، وجعله طعاما للمساكين، وألا يجوز صرفه إليهم لا يكون طعاما لهم، وعطف الطعام على الهدي، ثم عطف الصيام عليه، ولو لم يكن خصلة من خصالها لم يجز ذلك فيه. ولأنها كفارة ذكر فيها الطعام، فكان من خصالها، كسائر الكفارات. وقولهم: إنها وجبت بفعل محظور. يبطل بفدية الأذى. على أن لفظ النص صريح في التخيير، فليس ترك مدلوله قياسا على هدي المتعة بأولى من العكس، فلا يجوز قياس هدي المتعة في التخيير على هذا، لما يتضمنه من ترك النص، كذا هاهنا. (٢٦٨٣)

الفصل الثاني إذا اختار المثل، ذبحه، وتصدق به على مساكين الحرم؛ لأن الله تعالى قال: ﴿هديا بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥] . ولا يجزئه أن يتصدق به حيا على المساكين؛ لأن الله تعالى سماه هديا، والهدي يجب ذبحه، وله ذبحه أي وقت شاء، ولا يختص ذلك بأيام النحر (٢٦٨٤) . الفصل الثالث، أنه متى اختار الإطعام، فإنه يقوم المثل بدراهم، والدراهم بطعام، ويتصدق به على المساكين. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: يقوم الصيد لا المثل؛ لأن التقويم إذا وجب لأجل الإتلاف، قوم المتلف، كالذي لا مثل له.

ولنا، أن كل ما تلف وجب فيه المثل إذا قوم لزمت قيمة مثله، كالمثلي من مال الآدمي، ويعتبر قيمة المثل في الحرم؛ لأنه يحل إحرامه، ولا يجزئ إخراج القيمة؛ لأن الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ليست القيمة منها، والطعام المخرج هو الذي يخرج في الفطرة وفدية الأذى، وهو الحنطة والشعير والتمر والزبيب. ويحتمل أن يجزئ كل ما يسمى طعاما؛ لدخوله في إطلاق اللفظ، ويعطي كل مسكين مدا من البر، كما يدفع إليه في كفارة اليمين، فأما بقية الأصناف فنصف صاع لكل مسكين. نص عليه أحمد، فقال في إطعام المساكين في الفدية، وجزاء كفارة اليمين: إن أطعم برا، فمد طعام لكل مسكين.

وإن أطعم تمرا فنصف صاع لكل مسكين. وأطلق الخرقي لكل مسكين، ولم يفرق. والأولى أنه لا يجزئ من غير البر أقل من نصف صاع، إذ لم يرد الشرع في موضع بأقل من ذلك في طعمة المساكين، ولا توقيف

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٢/٣

فيه، فيرد إلى نظائره. ولا يجزئ إخراج لمساكين الحرم؛ لأن قيمة الهدي الواجب لهم فيكون أيضا لهم، كقيمة المثلي من مال الآدمي

(٢٦٨٥) الفصل الرابع في الصيام، فعن أحمد أنه يصوم عن كل مد يوما. وهو ظاهر قول." (١)

"ثم اضرب بها في صفحتها، ولا تأكل أنت ولا أحد من أهل رفقتك» .

وهذا صحيح متضمن للزيادة،

ومعنى خاص، فيجب تقديمه على عموم ما خالفه.

ولا تصح التسوية بين رفقته وبين سائر الناس؛ لأن الإنسان يشفق على رفقته، ويحب التوسعة عليهم، وربما وسع عليهم من مؤنته. وإنما منع السائق ورفقته من الأكل منها؛ لئلا يقصر في حفظها، فيعطبها ليأكل هو ورفقته منها، فتلحقه التهمة في عطبها لنفسه ورفقته، فحرموها لذلك. فإن أكل منها، أو باع أو أطعم غنيا، أو رفقته، ضمنه بمثله لحما.

وإن أتلفها، أو تلفت بتفريطه، أو خاف عطبها، فلم ينحرها حتى هلكت، فعليه ضمانها بما يوصله إلى فقراء الحرم؛ لأنه لا يتعذر عليه إيصال الضمان إليهم، بخلاف العاطب. وإن أطعم منها فقيرا، أو أمره بالأكل منها، فلا ضمان عليه؛ لأنه أوصله إلى المستحق، فأشبه ما لو أطعم فقيرا بعد بلوغه محله، وإن تعيب ذبحه أجزأه.

وقال أبو حنيفة: لا يجزئه، إلا أن يحدث العيب به بعد إضجاعه للذبح. **ولنا**، أنه لو عطب لم يلزمه شيء، فالعيب أولى؛ لأن العطب يذهب بجميعه، والعيب ينقصه. ولأنه عيب حدث بعد وجوبه، فأشبه ما لو حدث بعد إضجاعه.

وإن تعيب بفعل آدمي، فعليه ما نقصه من القيمة، يتصدق به. وقال أبو حنيفة: يباع جميعه، ويشترى هدي. وبنى ذلك على أنه لا يجزئ، وقد بينا أنه مجزئ.

[فصل إبدال الهدي بخير منه]

فصل: وإذ أوجب هديا فله إبداله بخير منه، وبيعه ليشتري بثمنه خيرا منه. نص عليه أحمد. وهو اختيار أكثر الأصحاب، ومذهب أبي حنيفة وقال أبو الخطاب: يزول ملكه عنه، وليس له بيعه ولا إبداله. وهو قول مالك، والشافعي؛ لأنه حق متعلق بالرقبة، ويسري إلى الولد، فمنع البيع، كالاستيلاء، ولأنه لا يجوز له

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٤٩

إبداله بمثله، فلم يجز بخير منه، كسائر ما لا يجوز بيعه.

ووجه الأول، أن النذور محمولة على أصولها في الفرض، وهو الزكاة، يجوز فيها الإبدال، كذلك هذا، ولأنه لو زال ملكه لم يعد إليه بالهلاك، كسائر الأملاك إذا زالت. وقياسهم ينتقض بالمدبرة يجوز بيعها، وقد دل على جواز بيع المدبر أن النبي – صلى الله عليه وسلم – باع مدبرا. أما إبدالها بمثلها أو دونها، فلم يجز؛ لعدم الفائدة في ذلك.

[فصل إذا ولدت الهدية فولدها بمنزلتها]

(٢٧١٥) فصل: إذا ولدت الهدية فولدها بمنزلتها إن أمكن سوقه وإلا حمله على ظهرها، وسقاه من لبنها، فإن لم يمكن سوقه ولا حمله، صنع به ما يصنع بالهدي إذا عطب، ولا فرق في ذلك بين ما عينه ابتداء وبين ما عينه بدلا عن الواجب في ذمته.

وقال القاضي، في المعين بدلا عن الواجب: يحتمل أن لا يتبعها." (١)

"والثانية، محل الجميع الحرم.

وأما جزاء الصيد فهو لمساكين الحرم. نص عليه أحمد، فقال: أما ما كان بمكة، أو كان من الصيد، فكل بمكة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿هديا بالغ الكعبة﴾ [المائدة: ٩٥] . وما كان من فدية الرأس فحيث حلقه.

وذكر القاضي في قتل الصيد رواية أخرى، أنه يفدي حيث قتله.

وهذا يخالف نص الكتاب، ونص الإمام أحمد في التفرقة بينه وبين حلق الرأس، فلا يعول عليه. وما وجب لترك نسك أو فوات، فهو لمساكين الحرم دون غيرهم؛ لأنه هدي وجب لترك نسك، فأشبه هدي القرآن.

وإن فعل المحظور لغير سبب يبيحه، فذكر ابن عقيل أنه يختص ذبحه وتفرقة لحمه بالحرم، كسائر الهدي.

[فصل ما وجب نحره بالحرم وجب تفرقة لحمه به]

(٢٧٢٦) فصل: وما وجب نحره بالحرم، وجب تفرقة لحمه به. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك، وأبو حنيفة: إذا ذبحها في الحرم، جاز تفرقة لحمها في الحل.

ولنا، أنه أحد مقصودي النسك، فلم يجز في الحل، كالذبح، ولأن المعقول من ذبحه بالحرم التوسعة على مساكينه، وهذا لا يحصل بإعطاء غيرهم، ولأنه نسك يختص بالحرم، فكان جميعه مختصا به، كالطواف،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٦٣

وسائر المناسك.

(٢٧٢٧) فصل: والطعام كالهدي، يختص بمساكين الحرم فيما يختص الهدي به. وقال عطاء، والنخعي: ما كان من هدي فبمكة، وما كان من طعام وصيام فحيث شاء.

وهذا يقتضيه مذهب مالك، وأبي حنيفة **ولنا**، قول ابن عباس: الهدي والطعام بمكة، والصوم حيث شاء. ولأنه نسك يتعدى نفعه إلى المساكين فاختص بالحرم، كالهدي.

[فصل مساكين أهل الحرم]

(٢٧٢٨) فصل: ومساكين أهل الحرم من كان فيه من أهله، أو وارد إليه من الحاج وغيرهم وهم الذين يجوز دفع الزكاة إليهم. ولو دفع إلى من ظاهره الفقر، فبان غنيا، خرج فيه وجهان كالزكاة. وللشافعي فيه قولان. وما جاز تفريقه بغير الحرم، لم يجز دفعه إلى فقراء أهل الذمة. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. وجوزه أصحاب الرأي. **ولنا**، أنه كافر، فلم يجز الدفع إليه، كالحربي.

[فصل إذا نذر هديا وأطلق]

(٢٧٢٩) فصل: وإذا نذر هديا وأطلق، فأقل ما يجزئه شاة، أو سبع بدنة أو بقرة؛ لأن المطلق في النذر يجب حمله على المعهود شرعا، والهدي الواجب في الشرع إنما هو من النعم، وأقله ما ذكرناه، فحمل عليه،." (١)

"[فصل يسن في الهدي إشعار الإبل والبقر]

(٢٧٣٤) فصل: ويسن إشعار الإبل والبقر، وهو أن يشق صفحة سنامها الأيمن حتى يدميها، في قول عامة أهل العلم. وقال أبو حنيفة: هذا مثلة غير جائز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن تعذيب الحيوان، ولأنه إيلام، فهو كقطع عضو منه. وقال مالك: إن كانت البقرة ذات سنام، فلا بأس بإشعارها، وإلا فلا.

ولنا، ما روت عائشة - رضي الله عنها - قالت: «فتلت قلائد هدي النبي - صلى الله عليه وسلم - ثم أشعرها وقلدها» . متفق عليه. رواه ابن عباس، وغيره، وفعله الصحابة، فيجب تقديمه على عموم ما احتجوا به، ولأنه إيلام لغرض صحيح فجاز، كالكي، والوسم، والفصد، والحجامة. والغرض أن لا تختلط بغيرها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٦٩

وأن يتوقاها اللص، ولا يحصل ذلك بالتقليد؛ لأنه يحتمل أن ينحل ويذهب. وقياسهم منتقض بالكي والوسم. وتشعر البقرة؛ لأنها من البدن، فتشعر كذات السنام. وأما الغنم فلا يسن إشعارها؛ لأنها ضعيفة، وصوفها وشعرها يستر موضع إشعارها. إذا ثبت هذا فالسنة الإشعار في صفحتها اليمنى. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور.

وقال مالك، وأبو يوسف: بل تشعر في صفحتها اليسرى. وعن أحمد مثله؛ لأن ابن عمر فعله. **ولنا**، ما روى ابن عباس، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – صلى بذي الحليفة، ثم دعا ببدنة وأشعرها من صفحة سنامها الأيمن، وسلت الدم عنها بيده.» رواه مسلم. وأما ابن عمر فقد روي عنه كمذهبنا. رواه البخاري ثم فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – أولى من قول ابن عمر وفعله بلا خلاف، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – «كان يعجبه التيمن في شأنه كله» . وإذا ساق الهدي من قبل الميقات، استحب إشعاره وتقليده من الميقات لحديث ابن عباس.

وإن ترك الإشعار والتقليد، فلا بأس؛ لأن ذلك غير واجب.

[فصل لا يسن الهدي إلا من بهيمة الأنعام]

(٢٧٣٥) فصل: ولا يسن الهدي إلا من بهيمة الأنعام؛ لقول الله تعالى: ﴿ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير﴾ [الحج: ٢٨] . وأفضله الإبل، ثم البقر، ثم الغنم؛ لما روى أبو هريرة أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة، ثم راح، فكأنما قرب بدنة، ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة، ومن راح في الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا أقرن، ومن راح في الساعة الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح في الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة» . متفق عليه.

وقال ابن عباس لامرأة." (١)

"أصابها زوجها في العمرة: عليك فدية من صيام، أو صدقة، أو نسك. قالت: أي النسك أفضل؟ قال: إن شئت فناقة، وإن شئت فبقرة. قالت: أي ذلك أفضل؟ قال: انحري ناقة. رواه الأثرم. ولأن ما كان أكثر لحما كان أنفع للفقراء، ولذلك أجزأت البدنة مكان سبع من الغنم، والشاة أفضل من سبع بدنة؛ لأن لحمها أطيب، والضأن أفضل من المعز لذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٢/٣

[فصل الذكر والأنثى في الهدي سواء]

(٢٧٣٦) فصل: والذكر والأنثى في الهدي سواء. وممن أجاز ذكران الإبل ابن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، ومالك، وعطاء، والشافعي. وعن ابن عمر، أنه قال: ما رأيت أحدا فاعلا ذلك، وأن أنحر أنثى أحب إلي. والأول أولى؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والبدن جعلناها لكم من شعائر الله﴾ [الحج: ٣٦] . ولم يذكر ذكرا ولا أنثى، وقد ثبت أن «النبي - صلى الله عليه وسلم - أهدى جملا لأبي جهل، في أنفه برة من فضة» . رواه أبو داود، وابن ماجه.

ولأنه يجوز من سائر أنواع بهيمة الأنعام، ولذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: " فكأنما قرب كبشا أقرن ". فكذلك من الإبل، ولأن القصد اللحم، ولحم الذكر أوفر، ولحم الأنثى أرطب، فيتساويان. قال أحمد: الخصي أحب إلينا من النعجة. وذلك لأن لحمه أوفر وأطيب.

[مسألة وجبت عليه بدنة فذبح سبعا من الغنم]

(٢٧٣٧) مسألة؛ قال: (ومن وجبت عليه بدنة، فذبح سبعا من الغنم، أجزأه) وظاهر هذا أن سبعا من الغنم يجزئ عن البدنة مع القدرة عليها. سواء كانت البدنة واجبة بنذر، أو جزاء صيد، أو كفارة وطء.

وقال ابن عقيل: إنما يجزئ ذلك عنها عند عدمها، في ظاهر كلام أحمد لأن ذلك بدل عنها، فلا يصار إليه مع وجودها، كسائر الأبدال. فأما مع عدمها فيجوز؛ لما روى ابن عباس، قال: «أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - رجل، فقال: إن علي بدنة، وأنا موسر لها، ولا أجدها فأشتريها فأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يبتاع سبع شياه فيذبحهن.» رواه ابن ماجه. **ولنا**، أن الشاة معدولة بسبع بدنة، وهي أطيب لحما، فإذا عدل عن الأدنى إلى الأعلى جاز، كما لو ذبح بدنة مكان شاة.

(٢٧٣٨) فصل: ومن وجب عليه سبع من الغنم في جزاء الصيد، لم يجزئه بدنة في الظاهر؛ لأن سبعا من الغنم أطيب لحما، فلا يعدل عن الأعلى إلى الأدنى، وإن كان ذلك في كفارة محظور، أجزأه بدنة؛ لأن الدم." (١)

"فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع» . يعني لزم. وفي لفظ: «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن يكون البيع كان عن خيار، فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع» . متفق عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٣/٣

والأخذ بالزيادة أولى. والتخاير في ابتداء العقد وبعده في المجلس واحد، فالتخاير في ابتدائه أن يقول: بعتك ولا خيار بيننا. ويقبل الآخر على ذلك، فلا يكون لهما خيار. والتخاير بعده أن يقول كل واحد منهما بعد العقد: اخترت إمضاء العقد، أو إلزامه، أو اخترت العقد، أو أسقطت خياري. فيلزم العقد من الطرفين، وإن اختار أحدهما دون الآخر، لزم في حقه وحده، كما لو كان خيار الشرط لهما، فأسقط أحدهما خياره دون الآخر. وقال أصحاب الشافعي: في التخاير في ابتداء العقد قولان، أظهرهما لا يقطع الخيار؛ لأنه إسقاط للحق قبل سببه، فلم يجز، كخيار الشفعة.

فعلى هذا، هل يبطل العقد بهذا الشرط؟ على وجهين، بناء على الشروط الفاسدة. ولنا، قوله - عليه السلام -: «فإن خير أحدهما صاحبه، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع» . وقوله: «إلا أن يكون البيع كان عن خيار، فإن كان البيع عن خيار وجب البيع» .

وهذا صريح في الحكم، فلا يعول على ما خالفه. ولأن ما أثر في الخيار في المجلس، أثر فيه مقارنا للعقد، كاشتراط الخيار. ولأنه أحد الخيارين في البيع، فجاز إخلاؤه عنه، كخيار الشرط. وقولهم: إنه إسقاط للخيار قبل سببه. ليس كذلك، فإن سبب الخيار البيع المطلق، فأما البيع مع التخاير فليس بسبب له. ثم لو ثبت أنه سبب الخيار، لكن المانع مقارن له، فلم يثبت حكمه، وأما الشفيع، فإنه أجنبي من العقد، فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد، بخلاف مسألتنا. فإن قال أحدهما لصاحبه: اختر. ولم يقل الآخر شيئا، فالساكت منهما على خياره؛ لأنه لم يوجد منه ما يبطل خياره.

وأما القائل، فيحتمل أن يبطل خياره؛ لما روى ابن عمر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر» . رواه البخاري، وأبو داود، والنسائي، ولأنه جعل لصاحبه ما ملكه من الخيار، فسقط خياره، وهذا ظاهر مذهب الشافعي. ويحتمل أن لا يبطل خياره؛ لأنه خيره، فلم يختر، فلم يؤثر فيه، كما لو جعل لزوجته الخيار، فلم تختر، شيئا، ويحمل الحديث على أنه خيره فاختار، والأول أولى؛ لظاهر الحديث. ولأنه جعل الخيار لغيره، ويفارق الزوجة؛ لأنه ملكها ما لا تملك، فإذا لم تقبل، سقط، وها هنا كل واحد منهما يملك الخيار، فلم يكن قوله تمليكا، إنما كان إسقاطا، فسقط.

[مسألة تلفت السلعة أو كان عبدا فأعتقه المشتري أو مات]

(٢٧٥٨) مسألة؛ قال: (فإن تلفت السلعة، أو كان عبدا فأعتقه المشتري، أو مات، بطل الخيار) أما إذا

تلفت السلعة في مدة الخيار، فلا يخلو، إما أن تكون قبل القبض، أو بعده، فإن كان قبل القبض، وكان مكيلا، أو موزونا، انفسخ البيع، وكان من مال البائع، ولا أعلم في هذا خلافا، إلا أن يتلفه المشتري، فيكون من ضمانه، ويبطل خياره. وفي خيار البائع روايتان.

وإن كان المبيع غير." (١)

"قال: لا، حتى يبلغ منها ما لا يحل لغيره. قلت: فإن مشطها، أو خضبها، أو حفها، هل يستوجبها بذلك؟ قال: قد بطل خياره؛ لأنه وضع يده عليها. وذلك لأن الاستخدام لا يختص الملك، ويراد لتجربة المبيع، فأشبه ركوب الدابة ليعلم سيرها. ونقل حرب، عن أحمد، أنه يبطل خياره؛ لأنه انتفاع بالمبيع، أشبه لمسها لشهوة. ويمكن أن يقال: ما قصد به من الاستخدام، تجربة المبيع، لا يبطل الخيار، كركوب الدابة ليعلم سيرها، وما لا يقصد به ذلك يبطل الخيار، كركوب الدابة لحاجته، وإن قبلت الجارية المشتري لم يبطل خياره، وهذا مذهب الشافعي.

وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يبطل خياره إذا لم يمنعها؛ لأن إقراره لها على ذلك يجري مجرى استمتاعه بها. وقال أبو حنيفة: إن قبلته لشهوة بطل خياره، لأنه استمتاع يختص الملك، فأبطل خياره، كقبلته لها.

ولنا: أنها قبلة لأحد المتعاقدين، فلم يبطل خياره، كما لو قبلت البائع. ولأن الخيار له، لا لها، فلو ألزمناه بفعلها لألزمناه بغير رضاه، ولا دلالة عليه، وفارق ما إذا قبلها؛ فإنه وجد منه ما يدل على الرضا بها. ومتى بطل خيار المشتري بتصرفه، فخيار البائع باق بحاله؛ لأن خياره لا يبطل برضا غيره، إلا أن يكون تصرف المشتري بإذن البائع، فإنه يبطل خيارهما معا؛ لوجود الرضا منهما بإبطاله.

وإن تصرف البائع في المبيع بما يفتقر إلى الملك، كان فسخا للبيع، وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي؛ لما ذكرناه في المشتري. ولأنه أحد المتعاقدين، فتصرفه في المبيع اختيار له، كالمشتري. وعن أحمد رواية أخرى، أنه لا ينفسخ البيع بذلك؛ لأن الملك انتقل عنه، فلم يكن تصرفه فيه استرجاعا له، كمن وجد ماله عند مفلس، فتصرف فيه.

[فصل ينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد]

(٢٧٦٠) فصل: وينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد في ظاهر المذهب، ولا فرق بين كون الخيار لهما. أو لأحدهما، أيهما كان، وهذا أحد أقوال الشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٨٦

وعن أحمد: أن الملك لا ينتقل حتى ينقضي الخيار، وهو قول مالك، والقول الثاني للشافعي، وبه قال أبو حنيفة إذا كان الخيار لهما وللبائع، وإن كان للمشتري خرج عن ملك البائع، فلم يدخل في ملك المشتري؛ لأن البيع الذي فيه الخيار عقد قاصر، فلم ينقل الملك، كالهبة قبل القبض. والقول الثالث للشافعي: أن الملك موقوف مراعى، فإن أمضيا البيع تبينا أن الملك للمشتري، وإلا تبينا أنه لم ينتقل عن البائع.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» . رواه مسلم، وقوله: «من باع نخلا بعد أن تؤبر فثمرته للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع» . متفق عليه. فجعله للمبتاع بمجرد اشتراطه، وهو عام في كل بيع. ولأنه بيع صحيح، فنقل الملك عقيبه، كالذي لا خيار له. ولأن البيع تمليك، بدليل قوله: ملكتك. فيثبت به الملك، كسائر البيع. يحققه." [1]

"أن التمليك يدل على نقل الملك إلى المشتري، ويقتضيه لفظه، والشرع قد اعتبره وقضى بصحته، فيجب أن يعتبره فيما يقتضيه ويدل عليه لفظه، وثبوت الخيار فيه لا ينافيه، كما لو باع عرضا بعرض، فوجد كل واحد منهما بما اشتراه عيبا.

وقولهم: إنه قاصر. غير صحيح، وجواز فسخه لا يوجب قصوره، ولا يمنع نقل الملك كبيع المعيب، وامتناع التصرف إنما كان لأجل حق الغير، فلا يمنع ثبوت الملك، كالمرهون، والمبيع قبل القبض. وقولهم: إنه يخرج من ملك البائع، ولا يدخل في ملك المشتري. لا يصح؛ لأنه يفضي إلى وجود ملك لا مالك له، وهو محال، ويفضي أيضا إلى ثبوت الملك للبائع في الثمن من غير حصول عوضه للمشتري، أو إلى نقل ملكه عن المبيع من غير ثبوته في عوضه، وكون العقد معاوضة يأبى ذلك.

وقول أصحاب الشافعي: إن الملك موقوف، إن أمضيا البيع تبينا أنه انتقل، وإلا فلا. غير صحيح أيضا؛ فإن انتقال الملك إنما ينبني على سببه الناقل له، وهو البيع، وذلك لا يختلف بإمضائه وفسخه، فإن إمضاءه ليس من المقتضي ولا شرطا فيه، إذ لو كان كذلك لما ثبت الملك قبله، والفسخ ليس بمانع؛ فإن المنع لا يتقدم المانع، كما أن الحكم لا يسبق سببه ولا شرطه. ولأن البيع مع الخيار سبب يثبت الملك عقيبه فيما إذا لم يفسخ، فوجب أن يثبته وإن فسخ، كبيع المعيب، وهذا ظاهر إن شاء الله.

[فصل ما يحصل من غلات المبيع ونمائه المنفصل في مدة الخيار]

(٢٧٦١) فصل: وما يحصل من غلات المبيع؛ ونمائه المنفصل في مدة الخيار، فهو للمشتري، أمضيا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٨/٣

العقد، أو فسخاه، قال أحمد في من اشترى عبدا، فوهب له مال قبل التفرق، ثم اختار البائع العبد: فالمال للمشتري. وقال الشافعي: إن أمضيا العقد، وقلنا: الملك للمشتري، أو موقوف. فالنماء المنفصل له، وإن قلنا: الملك للبائع. فالنماء له.

وإن فسخا العقد، وقلنا: الملك للبائع، أو موقوف. فالنماء له، وإلا فهو للمشتري. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الخراج بالضمان» . قال الترمذي: هذا حديث صحيح.

وهذا من ضمان المشتري، فيجب أن يكون خراجه له. ولأن الملك ينتقل بالبيع على ما ذكرنا، فيجب أن يكون نماؤه له، كما بعد انقضاء الخيار. ويتخرج أن يكون النماء المنفصل للبائع إذا فسخا العقد، بناء على الرواية التي قلنا: إن الملك لا ينتقل. فأما النماء المتصل فهو تابع للمبيع، أمضيا العقد، أو فسخاه، كما يتبعه في الرد بالعيب والمقايلة.

[فصل ضمان المبيع على المشتري إذا قبضه]

(٢٧٦٢) فصل: وضمان المبيع على المشتري إذا قبضه، ولم يكن مكيلا، ولا موزونا. فإن تلف، أو نقص، أو حدث به عيب في مدة الخيار، فهو من ضمانه؛ لأنه ملكه، وغلته له، فكان من ضمانه، كما بعد انقضاء الخيار،." (١)

"ومؤنته عليه.

وإن كان عبدا، فهل هلال شوال، ففطرته عليه لذلك. فإن اشترى حاملا، فولدت عنده في مدة الخيار، ثم ردها على البائع، لزمه رد ولدها؛ لأنه مبيع حدثت فيه بزيادة متصلة، فلزمه رده بزيادته، كما لو اشترى عبدين، فسمن أحدهما عنده. وقال الشافعي في أحد قوليه: لا يرد الولد؛ لأن الحمل لا حكم له؛ لأنه جزء متصل بالأم، فلم يأخذ قسطا من الثمن، كأطرافها. **ولنا**، أن كل ما يقسط عليه الثمن إذا كان منفصلا، يقسط عليه إذا كان متصلا، كاللبن. وما قالوه يبطل بالجزء المشاع، كالثلث، والربع، والحكم في الأصل ممنوع، ثم يفارق الحمل الأطراف؛ لأنه يئول إلى الانفصال، وينتفع به منفصلا، ويصح إفراده بالعتق، والوصية به، وله، ويرث إن كان من أهل الميراث، ويفرد بالدية، ويرثها ورثته. ولا يصح قولهم: إنه لا حكم للحمل. لهذه الأحكام وغيرها مما ذكرناه في غير هذا الموضع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٨٩

[فصل تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع]

(٢٧٦٣) فصل: وإن تصرف أحد المتبايعين في مدة الخيار في المبيع تصرفا ينقل المبيع، كالبيع، والهبة، والوقف، أو يشغله، كالإجارة، والتزويج، والرهن، والكتابة، ونحوها، لم يصح تصرفه، إلا العتق، سواء وجد من البائع، أو المشتري؛ لأن البائع تصرف في غير ملكه، والمشتري يسقط حق البائع من الخيار، واسترجاع المبيع، فلم يصح تصرفه فيه، كالتصرف في الرهن، إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده، فينفذ تصرفه، ويبطل خياره؛ لأنه لا حق لغيره فيه، وثبوت الخيار له لا يمنع تصرفه فيه، كالمعيب. قال أحمد: إذا اشترط الخيار، فباعه قبل ذلك بربح، فالربح للمبتاع؛ لأنه قد وجب عليه حين عرضه. يعني بطل خياره، ولزمه.

وهذا والله أعلم فيما إذا شرط الخيار له وحده، وكذلك إذا قلنا: إن البيع لا ينقل الملك، وكان الخيار لهما، أو للبائع وحده، فتصرف فيه البائع، نفذ تصرفه، وصح؛ لأنه ملكه، وله إبطال خيار غيره، وقال ابن أبي موسى: في تصرف المشتري في المبيع قبل التفرق ببيع أو هبة روايتان؛ إحداهما، لا يصح؛ لأن في صحته إسقاط حق البائع من الخيار. والثانية، هو موقوف؛ فإن تفرقا قبل الفسخ صح، وإن اختار البائع الفسخ بطل بيع المشتري. قال أحمد في رواية أبي طالب: إذا اشترى ثوبا بشرط، فباعه بربح قبل انقضاء الشرط، يرده إلى صاحبه إن طلبه، فإن لم يقدر على رده، فللبائع قيمة الثوب؛ لأنه استهلك ثوبه، أو يصالحه. فقوله: يرده إن طلبه. يدل على أن وجوب رده مشروط بطلبه. وقد

روى البخاري، عن «ابن عمر، أنه كان مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في سفر، فكان على بكر صعب، وكان يتقدم النبي - صلى الله عليه وسلم -." (١)

"فيقول له أبوه: لا يتقدم النبي - صلى الله عليه وسلم - أحد. فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم -: بعنيه. فقال عمر: هو لك يا رسول الله. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: هو لك يا عبد الله بن عمر، فاصنع به ما شئت» .

وهذا يدل على أن التصرف قبل التفرق جائز، وذكر أصحابنا في صحة تصرف المشتري بالوقف وجها آخر؛ لأنه تصرف يبطل الشفعة، فأشبه العتق، والصحيح أنه لا يصح شيء من هذه التصرفات؛ لأن المبيع يتعلق به حق البائع تعلقا يمنع جواز التصرف، فمنع صحته، كالرهن. ويفارق الوقف العتق؛ لأن العتق مبني على التغليب والسراية، بخلاف الوقف.

وأما حديث ابن عمر، فليس فيه تصريح بالبيع، فإن قول عمر: هو لك. يحتمل أنه أراد هبة، وهو الظاهر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٩٠

فإنه لم يذكر ثمنا، والهبة لا يثبت فيها الخيار. وقال الشافعي: تصرف البائع في المبيع بالبيع والهبة ونحوهما صحيح؛ لأنه إما أن يكون على ملكه فيملك بالعقد عليه، وإما أن يكون للمشتري، والبائع يملك فسخه، فجعل البيع والهبة فسخا.

وأما تصرف المشتري، فلا يصح إذا قلنا: الملك لغيره. وإن قلنا: الملك له. ففي صحة تصرفه وجهان. **ولنا**، على إبطال تصرف البائع، أنه تصرف في ملك غيره بغير ولاية شرعية، ولا نيابة عرفية، فلم يصح، كما بعد الخيار. وقولهم: يملك الفسخ. قلنا: إلا أن ابتداء التصرف لم يصادف ملكه، فلم يصح، كتصرف الأب فيما وهب لولده قبل استرجاعه، وتصرف الشفيع في الشقص المشفوع قبل أخذه.

[فصل تصرف المشتري بإذن البائع أو البائع بوكالة المشتري]

(٢٧٦٤) فصل: وإن تصرف المشتري بإذن البائع، أو البائع بوكالة المشتري، صح التصرف، وانقطع خيارهما؛ لأن ذلك يدل على تراضيهما بإمضاء البيع، فيقطع به خيارهما، كما لو تخايرا، ويصح تصرفهما؛ لأن قطع الخيار حصل بالإذن في البيع، فيقع البيع بعد انقطاع الخيار.

وإن تصرف البائع بإذن المشتري، احتمل أن يقع صحيحا؛ لأن ذلك دليل على فسخ البيع، أو استرجاع المبيع، فيقع تصرفه بعد استرجاعه، ويحتمل أن لا يصح؛ لأن البائع لا يحتاج إلى إذن المشتري في استرجاع المبيع، فيصير كتصرفه بغير إذن المشتري، وقد ذكرنا أنه لا يصح، كذا هاهنا. وكل موضع قلنا: إن تصرف البائع لا ينفذ، ولكن ينفسخ به البيع. فإنه متى أعاد ذلك التصرف، أو تصرف تصرفا سواه، صح؛ لأنه بفسخ البيع عاد إليه الملك، فصح تصرفه فيه، كما لو فسخ البيع بصريح قوله، ثم تصرف فيه، وكذلك إن تقدم تصرفه ما ينفسخ به البيع، صح تصرفه؛ لما ذكرنا.

(٢٧٦٥) فصل: وإن تصرف أحدهما بالعتق، نفذ عتق من حكمنا بالملك له، وظاهر المذهب أن الملك للمشتري، فينفذ عتقه، سواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما؛ لأنه عتق من مالك جائز التصرف، فنفذ، كما بعد المدة. وقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» . يدل بمفهومه على أنه ينفذ في الملك." (١)

"وملك البائع للفسخ لا يمنع نفوذ العتق، كما لو باع عبدا بجارية معينة، فإن مشتري العبد ينفذ عتقه، مع أن للبائع الفسخ.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩١/٣

ولو وهب رجل ابنه عبدا، فأعتقه، نفذ عتقه، مع ملك الأب لاسترجاعه. ولا ينفذ عتق البائع في ظاهر المذهب. وقال أبو حنيفة، والشافعي، ومالك ينفذ عتقه؛ لأنه ملكه، وإن كان الملك انتقل فإنه يسترجعه بالعتق. **ولنا**، أنه إعتاق من غير مالك، فلم ينفذ، كعتق الأب عبد ابنه الذي وهبه إياه، وقد دللنا على أن الملك انتقل إلى المشتري.

وإن قلنا بالرواية الأخرى، وأن الملك لم ينتقل إلى المشتري، نفذ عتق البائع دون المشتري. وإن أعتق البائع والمشتري جميعا، فإن تقدم عتق المشتري، فالحكم على ما ذكرنا، وإن تقدم عتق البائع، فينبغي أن لا ينفذ عتق واحد منهما؛ لأن البائع لم ينفذ عتقه؛ لكونه أعتق غير مملوكه، ولكن حصل بإعتاقه فسخ البيع، واسترجاع العبد، فلم ينفذ عتق المشتري. ومتى أعاد البائع الإعتاق مرة ثانية، نفذ إعتاقه؛ لأنه عاد العبد إليه، فأشبه ما لو استرجعه بصريح قوله.

ولو اشترى من يعتق عليه، جرى مجرى إعتاقه بصريح قوله، وقد ذكرنا حكمه. وإن باع عبدا بجارية، بشرط الخيار، فأعتقهما، نفذ عتق الأمة دون العبد.

وإن أعتق أحدهما، ثم أعتق الآخر، نظرت، فإن أعتق الأمة أولا، نفذ عتقها، وبطل خياره، ولم ينفذ عتق العبد، وإن أعتق العبد أولا، انفسخ البيع، ورجع إليه العبد، ولم ينفذ إعتاقه، ولا ينفذ عتق الأمة؛ لأنها خرجت بالفسخ عن ملكه، وعادت إلى سيدها البائع لها.

[فصل قال لعبده إذا بعتك فأنت حر ثم باعه]

(٢٧٦٦) فصل: إذا قال لعبده: إذا بعتك فأنت حر. ثم باعه، صار حرا، نص عليه أحمد، وبه قال الحسن، وابن أبي ليلى، ومالك، والشافعي. وسواء شرطا الخيار أو لم يشرطاه، وقال أبو حنيفة، والثوري: لا يعتق؛ لأنه إذا تم بيعه زال ملكه عنه. فلم ينفذ إعتاقه له. **ولنا**، أن زمن انتقال الملك زمن الحرية؛ لأن البيع سبب لنقل الملك، وشرط للحرية. فيجب تغليب الحرية، كما لو قال لعبده: إذا مت فأنت حر، ولأنه علق حريته على فعله للبيع. والصادر منه في البيع إنما هو الإيجاب، فمتى قال للمشتري: بعتك. فقد وجد شرط الحرية، فيعتق قبل قبول المشتري، وعلله القاضي بأن الخيار ثابت في كل بيع، فلا ينقطع تصرفه فيه.

فعلى هذا لو تخايرا ثم باعه لم يعتق، ولا يصح هذا التعليل على مذهبنا. فإننا ذكرنا أن البائع لو أعتق في مدة الخيار لم ينفذ إعتاقه.

[فصل وطء الجارية في مدة الخيار]

(٢٧٦٧) فصل: ولا يجوز للمشتري وطء الجارية في مدة الخيار إذا كان الخيار لهما أو للبائع وحده؛ لأنه يتعلق بها حق البائع، فلم يبح له وطؤها كالمرهونة، ولا نعلم في هذا اختلافا، فإن وطئها فلا حد عليه؛ لأن الحد يدرأ بشبهة الملك فبحقيقته أولى، ولا مهر لها؛ لأنها مملوكته، وإن علقت منه، فالولد حر يلحقه." (١)

"نسبه؛ لأنه من أمته، ولا يلزمه قيمته، وتصير أم ولد له، وإن فسخ البائع البيع رجع بقيمتها؛ لأنه تعذر الفسخ فيها، ولا يرجع بقيمة ولدها؛ لأنه حدث في ملك المشتري.

وإن قلنا: إن الملك لا ينتقل إلى المشتري، فلا حد عليه أيضا؛ لأن له فيها شبهة لوجود سبب نقل الملك إليه، واختلاف أهل العلم في ثبوت الملك له، والحد يدرأ بالشبهات، وعليه المهر، وقيمة الولد يكون حكمها حكم نمائها، وإن علم التحريم، وأن ملكه غير ثابت، فولده رقيق.

وأما البائع فلا يحل له الوطء قبل فسخ البيع. وقال بعض أصحاب الشافعي: له وطؤها؛ لأن البيع ينفسخ بوطئه، فإن كان الملك انتقل رجعت إليه، وإن لم يكن انتقل انقطع حق المشتري منها، فيكون واطئا لمملوكته التي لا حق لغيره فيها. **ولنا** أن الملك انتقل عنه فلم يحل له وطؤها؛ لقول الله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٦] ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ [المؤمنون: ٧] ، ولأن ابتداء الوطء يقع في غير ملكه، فيكون حراما.

ولو انفسخ البيع قبل وطئه، لم تحل له حتى يستبرئها، ولا يلزمه حد. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وقال بعض أصحابنا: إن علم التحريم، وأن ملكه قد زال، ولا ينفسخ بالوطء، فعليه الحد. وذكر أن أحمد نص عليه؛ لأن وطأه لم يصادف ملكا ولا شبهة ملك. **ولنا**، أن ملكه يحصل بابتداء وطئه، فيحصل تمام الوطء في ملكه، مع اختلاف العلماء في كون الملك له، وحل الوطء له، ولا يجب الحد مع واحدة من هذه الشبهات، فكيف إذا اجتمعت، مع أنه يحتمل أن يحصل الفسخ بالملامسة قبل الوطء، فيكون الملك قد رجع إليه قبل وطئه، ولهذا قال أحمد في المشتري: إنها قد وجبت عليه حين وضع يده عليها. فيما إذا مشطها، أو خضبها، أو حفها، فبوضع يده عليها للجماع ولمس فرجها بفرجه أولى. فعلى هذا يكون ولده منها حرا، ونسبه لاحق به، ولا يلزمه قيمته، ولا مهر عليه، وتصير الأمة أم ولده.

وقال أصحابنا: إن علم التحريم فولده رقيق، ولا يلحقه نسبه. فإن لم يعلم لحقه النسب، وولده حر، وعليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٩٢

قيمته يوم الولادة، وعليه المهر، ولا تصير الأمة أم ولده، لأنه وطئها في غير ملكه.

[فصل نقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار]

(٢٧٦٨) فصل: ولا بأس بنقد الثمن وقبض المبيع في مدة الخيار. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي وكرهه مالك. قال: لأنه في معنى بيع وسلف إذا أقبضه الثمن ثم تفاسخا البيع، صار كأنه أقرضه إياه. **ولنا**، أن هذا حكم من أحكام البيع، فجاز في مدة الخيار، كالإجارة، وما ذكره لا يصح؛ لأننا لم نجز له التصرف فيه." (١)

"(٢٧٦٩) فصل: قول الخرقي: " أو مات " الظاهر أنه أراد العبد، ورد الضمير إليه، وهو في معنى قوله: " أو تلفت السلعة ". ويحتمل أنه رد الضمير إلى المشتري، وأراد إذا مات المشتري بطل الخيار؛ لأن موت العبد قد تناوله بقوله: " أو تلفت السلعة ". والحكم في موت البائع والمشتري واحد. والمذهب أن خيار الميت منهما يبطل بموته، ويبقى خيار الآخر بحاله، إلا أن يكون الميت قد طالب بالفسخ قبل موته فيه، فيكون لورثته. وهو قول الثوري، وأبي حنيفة. ويتخرج أن الخيار لا يبطل، وينتقل إلى ورثته؛ لأنه حق مالي، فينتقل إلى الوارث، كالأجل وخيار الرد بالعيب، ولأنه حق فسخ للبيع، فينتقل إلى الوارث، كالرد بالعيب، والفسخ بالتحالف، وهذا قول مالك، والشافعي **ولنا**، أنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه؛ فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة.

[مسألة إذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما رده إلا بعيب أو خيار]

(٢٧٧٠) مسألة؛ قال: (وإذا تفرقا من غير فسخ لم يكن لأحدهما رده إلا بعيب أو خيار) لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه، وقد دل عليه قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع» ، وقوله: «البيعان بالخيار حتى يتفرقا» . جعل التفرق غاية للخيار. وما بعد الغاية يجب أن يكون مخالفا لما قبلها، إلا أن يجد بالسلعة عيبا فيردها به، أو يكون قد شرط الخيار لنفسه مدة معلومة، فيملك الرد أيضا. ولا خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين.

وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - «المؤمنون على شروطهم» . استشهد به البخاري. وفي معنى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٩٣

العيب أن يدلس المبيع بما يختلف به الثمن، أو يشترط في المبيع صفة يختلف بها الثمن، فيتبين بخلافه، فيثبت له الخيار أيضا. ويقرب منه ما لو أخبره في المرابحة في الثمن أنه حال، فبان مؤجلا، ونحو ه ذا، ونذكر هذا في مواضعه.

(٢٧٧١) فصل: ولو ألحقا في العقد خيارا بعد لزومه لم يلحقه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة وأصحابه: يلحقه؛ لأن لهما فسخ العقد، فكان لهما إلحاق الخيار به كحالة المجلس. **ولنا**، أنه عقد لازم فلم يصر جائزا بقولهما، كالنكاح. وفارق حال المجلس؛ لأنه جائز.

[فصل بيوع الأعيان المرئية]

(٢٧٧٢) فصل: وكلام الخرقي يحتمل أن يريد به بيوع الأعيان المرئية، فلا يكون فيه تعرض لبيع الغائب، ويحتمل أنه أراد كل ما يسمى خيارا، فيدخل فيه خيار الرؤية وغيره. وفي بيع الغائب روايتان؛ أظهرهما، أن الغائب الذي لم يوصف، ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه. وبهذا قال الشعبي، والنخعي، والحسن،." (١)

"فباع ما لم يره، فله الخيار عند الرؤية، وإن لم يره المشتري أيضا، فلكل واحد منهما الخيار. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس له الخيار؛ لحديث عثمان وطلحة، ولأننا لو جعلنا له الخيار لثبت لتوهم الزيادة، والزيادة في المبيع لا تثبت الخيار. وكذلك لو باع شيئا على أنه معيب، فبان غير معيب، لم يثبت له الخيار.

ولنا، أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبه المشتري، فأما الخبر، فإنه قول جبير وطلحة، وقد خالفهما عثمان، وقوله أولى؛ لأن البيع يعتبر فيه الرضى منهما، فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضى منهما.

[فصل إذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم]

(٢٧٧٤) فصل: وإذا وصف المبيع للمشتري، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم، صح بيعه في ظاهر المذهب. وهو قول أكثر أهل العلم. وعن أحمد، لا يصح حتى يراه؛ لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع، فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه.

ولنا، أنه بيع بالصفة، فصح كالسلم، ولا نسلم أنه لا تحصل به معرفة المبيع، فإنها تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهرا، وهذا يكفي؛ بدليل أنه يكفي في السلم، وأنه لا يعتبر في الرؤية الاطلاع على

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٩٤

الصفات الخفية، وأما ما لا يصح السلم فيه، فلا يصح بيعه بالصفة؛ لأنه لا يمكن ضبطه بها.

إذا ثبت هذا، فإنه متى وجده على الصفة، لم يكن له الفسخ. وبهذا قال محمد بن سيرين، وأيوب، ومالك، والعنبري، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال الثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه: له الخيار بكل حال؛ لأنه يسمى بيع خيار الرؤية، ولأن الرؤية من تمام العقد، فأشبه غير الموصوف.

ولأصحاب الشافعي وجهان كالمذهبين. **ولنا**، أنه سلم له المعقود عليه بصفاته، فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه، ولأنه مبيع موصوف، فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الأحوال، كالسلم. وقولهم: إنه يسمى بيع خيار الرؤية. لا نعرف صحته، فإن ثبت، فيحتمل أن يسميه من يرى ثبوت الخيار، ولا يحتج به على غيره، فأما إن وجده بخلاف الصفة فله الخيار، ويسمى خيار الخلف في الصفة؛ لأنه وجد الموصوف بخلاف الصفة، فلم يلزمه كالسلم.

وإن اختلفا، فقال البائع: لم تختلف الصفة. وقال المشتري: قد اختلفت. فالقول قول المشتري؛ لأن الأصل براءة ذمته من الثمن، فلا يلزمه، ما لم يقر به، أو يثبت ببينة أو ما يقوم مقامها.

[فصل البيع بالصفة نوعان]

(٢٧٧٥) فصل: والبيع بالصفة نوعان؛ أحدهما، بيع عين معينة، مثل أن يقول: بعتك عبدي التركي. ويذكر سائر صفاته، فهذا ينفسخ." (١)

"البيع وليس له فسخه.

وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي؛ لأن نقصان قيمة السلعة مع سلامتها لا يمنع لزوم العقد، كبيع غير المسترسل، وكالغبن اليسير. **ولنا**، أنه غبن حصل لجهله بالمبيع، فأثبت الخيار، كالغبن في تلقي الركبان، فأما غير المسترسل، فإنه دخل على بصيرة بالغبن، فهو كالعالم بالعيب، وكذا لو استعجل، فجهل ما لو تثبت لعلمه، لم يكن له خيار؛ لأنه انبنى على تقصيره وتفريطه. والمسترسل هو الجاهل بقيمة السلعة، ولا يحسن المبايعة.

قال أحمد: المسترسل، الذي لا يحسن أن يماكس. وفي لفظ، الذي لا يماكس. فكأنه استرسل إلى البائع، فأخذ ما أعطاه من غير مماكسة، ولا معرفة بغبنه. فأما العالم بذلك، والذي لو توقف لعرف، إذا استعجل في الحال فغبن، فلا خيار لهما. ولا تحديد للغبن في المنصوص عن أحمد، وحده أبو بكر في " التنبيه "،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٤٩٦

وابن أبي موسى في " الإرشاد " بالثلث. وهو قول مالك؛ لأن الثلث كثير؛ بدليل قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «والثلث كثير» . وقيل: بالسدس، وقيل: ما لا يتغابن الناس به في العادة؛ لأن ما لا يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلى العرف.

[فصل إذا وقع البيع على غير معين]

(٢٧٧٨) فصل: وإذا وقع البيع على غير معين، كقفيز من صبرة، ورطل زيت من دن، فمقتضى قول الخرقي، إذا تفرقا من غير فسخ، لم يكن لأحدهما رده، إلا بعيب أو خيار؛ لأن البيع هاهنا يلزم بالتفرق، سواء تقابضا أو لم يتقابضا. وقال القاضي: البيع لا يلزم إلا بالقبض، كالمكيل والموزون.

وهذا تصريح بأنه لا يلزم قبل قبضه. وذكر في موضع آخر، من اشترى قفيزين من صبرتين، فتلفت إحداهما قبل القبض، بطل العقد في التالف دون الباقي، رواية واحدة، ولا خيار للبائع. وهذا يدل على اللزوم في حق البائع قبل القبض، فإنه لو كان جائزا كان له الخيار، سواء تلفت إحداهما أو لم تتلف، ووجه الجواز، أنه مبيع لا يملك بيعه، ولا التصرف فيه، فكان البيع فيه جائزا كما قبل التفرق، ولأنه لو تلف لكان من ضمان البائع. ووجه الأول، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «وإن تفرقا بعد أن تبايعا، ولم يترك أحدهما البيع، فقد وجب البيع» .

وما ذكرناه للقول الآخر ينتقض ببيع ما تقدمت رؤيته، وبيع الموصوف، والسلم، فإن ذلك لازم مع ما ذكرناه، وكذلك سائر المبيع على إحدى الروايتين.

[مسألة الخيار يجوز أكثر من ثلاث يعني ثلاث ليال بأيامها]

(٢٧٧٩) مسألة؛ قال: (والخيار يجوز أكثر من ثلاث) يعني ثلاث ليال بأيامها. وإنما ذكر الليالي؛ لأن التاريخ يغلب فيه التأنيث، قال الله تعالى: ﴿وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر فتم ميقات ربه أربعين ليلة﴾ [الأعراف: ١٤٢] . وقال تعالى: ﴿يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾ [البقرة: ٢٣٤] .

وفي حديث حبان: «ولك الخيار ثلاثا» . ويجوز اشتراط الخيار ما يتفقان عليه من المدة المعلومة، قلت مدته أو كثرت، وبذلك قال أبو يوسف، ومحمد،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩٨/٣

"[فصل شرط الخيار لأجنبي]

(٢٧٨١) فصل: وإن شرط الخيار لأجنبي، صح، وكان اشتراطا لنفسه، وتوكيلا لغيره، وهذا قول أبي حنيفة، ومالك. وللشافعي فيه قولان؛ أحدهما، لا يصح، وكذلك قال القاضي: إذا أطلق الخيار لفلان، أو قال لفلان دوني. لم يصح؛ لأن الخيار شرط لتحصيل الحظ لكل واحد من المتعاقدين بنظره، فلا يكون لمن لا حظ له فيه.

وإن جعل الأجنبي وكيلا، صح. **ولنا**، أن الخيار يعتمد شرطهما، ويفوض إليهما، وقد أمكن تصحيح شرطهما، وتنفيذ تصرفهما على الوجه الذي ذكرناه، فلا يجوز إلغاؤه مع إمكان تصحيحه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون على شروطهم» . فعلى هذا، يكون لكل واحد من المشترط ووكيله الذي شرط الخيار له الفسخ.

ولو كان المبيع عبدا، فشرط الخيار له، صح، سواء شرطه له البائع، أو المشتري؛ لأنه بمنزلة الأجنبي. وإن كان العاقد وكيلا، فشرط الخيار لنفسه، صح، فإن النظر في تحصيل الحظ مفوض إليه. وإن شرطه للمالك، صح؛ لأنه هو المالك، والحظ له. وإن شرطه لأجنبي، لم يصح؛ لأنه ليس له أن يوكل غيره، ويحتمل الجواز، بناء على الرواية التي تقول: للوكيل التوكيل.

[فصل قال بعتك على أن أستأمر فلانا]

(٢٧٨٢) فصل: ولو قال: بعتك على أن أستأمر فلانا. وحدد ذلك بوقت معلوم، فهو خيار، صحيح، وله الفسخ قبل أن يستأمره؛ لأنا جعلنا ذلك كناية على الخيار، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وإن لم يضبطه بمدة معلومة، فهو خيار مجهول، حكمه حكمه.

[فصل شرط الخيار يوما أو ساعات معلومة]

(٢٧٨٣) فصل: وإن شرط الخيار يوما أو ساعات معلومة، اعتبر ابتداء مدة الخيار من حين العقد في أحد الوجهين. والآخر، من حين التفرق؛ لأن الخيار ثابت في المجلس حكما، فلا حاجة إلى إثباته بالشرط. ولأن حالة المجلس كحالة العقد، لأن لهما فيه الزيادة والنقصان، فكان كحالة العقد في ابتداء مدة الخيار بعد انقضائه. و ا لأول أصح؛ لأنها مدة ملحقة بالعقد، فكان ابتداؤها منه، كالأجل.

ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار، فيجب أن يتعقبه حكمه، كالملك في البيع. ولأننا لو جعلنا ابتداءه من حين التفرق، أدى إلى جهالته؛ لأننا لا نعلم متى يتفرقان، فلا نعلم متى ابتداؤه، ولا متى انتهاؤه. ولا يمنع

ثبوت الحكم بسببين، كتحريم الوطء بالصيام والإحرام والظهار، وعلى هذا، لو شرطا ابتداءه من حين التفرق، لم يصح لذلك، إلا." [1]

"على الرواية التي تقول بصحة الخيار المجهول.

وإن قلنا: ابتداؤه من حين التفرق. فشرطا ثبوته من حين العقد، صح؛ لأنه معلوم الابتداء والانتهاء. ويحتمل أن لا يصح؛ لأن الخيار في المجلس يغني عن خيار آخر، فيمنع ثبوته، والأول أولى. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كما ذكرنا.

[فصل شرطا الخيار إلى الليل أو الغد]

(٢٧٨٤) فصل: وإن شرطا الخيار إلى الليل أو الغد، لم يدخل الليل والغد في مدة الخيار. وهذا مذهب الشافعي ويتخرج أن يدخل، وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن " إلى " تستعمل بمعنى " مع "، كقوله تعالى ﴿وأيديكم إلى المرافق﴾ [المائدة: ٦] ، ﴿ولا تأكلوا أموالهم إلى أموالكم﴾ [النساء: ٢] ، والخيار ثابت بيقين، فلا نزيله بالشك.

ولنا، أن موضوع " إلى " لانتهاء الغاية، فلا يدخل ما بعدها فيما قبلها، كقوله سبحانه: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧] . وكالأجل. ولو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث. أو: له علي من درهم إلى عشرة. لم يدخل الدرهم العاشر، والطلقة الثالثة، وليس هاهنا شك؛ فإن الأصل حمل اللفظ على موضوعه، فكأن الواضع قال: متى سمعتم هذه اللفظة، فافهموا منها انتهاء الغاية.

وفي المواضع التي استشهدوا بها، حملت على معنى " مع " بدليل، أو لتعذر حملها على موضوعها، كما تصرف سائر حروف الصلات عن موضوعها لدليل، والأصل حملها على موضوعها. ولأن الأصل لزوم العقد، وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط، فيثبت ما يتيقن منه، وما شككنا فيه رددناه إلى الأصل.

[فصل شرط الخيار إلى طلوع الشمس أو إلى غروبها]

(٢٧٨٥) فصل: وإن شرط الخيار إلى طلوع الشمس، أو إلى غروبها، صح. وقال بعض أهل العلم: لا يصح توقيته بطلوعها؛ لأنها قد تتغيم، فلا يعلم وقت طلوعها. **ولنا**، أنه تعليق للخيار بأمر ظاهر معلوم، فصح، كتعليقه بغروبها. وطلوع الشمس، بروزها من الأفق، كما أن غروبها سقوط القرص. ولذلك لو علق طلاق

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٠٠

امرأته، أو عتق عبده، بطلوع الشمس، وقع ببروزها من الأفق. وإن عرض غيم يمنع المعرفة بطلوعها، فالخيار ثابت حتى يتيقن طلوعها، كما لو علقه بغروبها، فمنع الغيم المعرفة بوقته.

ولو جعل الخيار إلى طلوع الشمس من تحت السحاب، أو إلى غيبتها تحته، كان خيارا مجهولا، لا يصح في الصحيح من المذهب.

[فصل شرطا الخيار أبدا أو متى شئنا]

(٢٧٨٦) فصل: وإذا شرطا الخيار أبدا، أو متى شئنا، أو قال أحدهما: ولي الخيار. ولم يذكر مدته، أو شرطاه إلى مدة مجهولة، كقدوم زيد، أو هبوب ريح، أو نزول مطر، أو مشاورة إنسان، ونحو ذلك، لم." (١)

"يصح في الصحيح من المذهب. وهذا اختيار القاضي، وابن عقيل، ومذهب الشافعي.

وعن أحمد، أنه يصح، وهما على خيارهما أبدا، أو يقطعاه، أو تنتهي مدته إن كان مشروطا إلى مدة. وهو قول ابن شبرمة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون على شروطهم» . وقال مالك يصح، وتضرب لهما مدة يختبر المبيع في مثلها في العادة؛ لأن ذلك مقدر في العادة، فإذا أطلقا، حمل عليه.

وقال أبو حنيفة: إن أسقطا الشرط قبل مضي الثلاث، أو حذفا الزائد عليها وبينا مدته، صح لأنهما حذفا المفسد قبل اتصاله بالعقد، فوجب أن يصح، كما لو لم يشرطاه. **ولنا**، أنها مدة ملحقة بالعقد، فلا تجوز مع الجهالة، كالأجل. ولأن اشتراط الخيار أبدا يقتضي المنع من التصرف على الأبد، وذلك ينافي مقتضى العقد، فلم يصح، كما لو قال: بعتك بشرط أن لا تتصرف. وقول مالك: إنه يرد إلى العادة. لا يصح، فإنه لا عادة في الخيار يرجع إليها. واشتراطه م ع الجهالة نادر.

وقول أبي حنيفة لا يصح، فإن المفسد هو الشرط، وهو مقترن بالعقد. ولأن العقد لا يخلو من أن يكون صحيحا، أو فاسدا، فإن كان صحيحا مع الشرط، لم يفسد بوجود ما شرطاه فيه، وإن كان فاسدا، لم ينقلب صحيحا، كما لو باع درهما بدرهمين، ثم حذف أحدهما. وعلى ق**ولنا**: الشرط فاسد. هل يفسد به البيع؟ على روايتين: إحداهما، يفسد، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه عقد قارنه شرط فاسد، فأفسده، كنكاح الشغار، والمحلل. ولأن البائع إنما رضي ببذله بهذا الثمن، مع الخيار في استرجاعه، والمشتري إنما رضي ببذل هذا الثمن فيه، مع الخيار في فسخه، فلو صححناه لأزلنا ملك كل واحد منهما عنه بغير رضاه، وألزمناه ما لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٠١

يرض به.

ولأن الشرط يأخذ قسطا من الثمن، فإذا حذفناه وجب رد ما سقط من الثمن من أجله، وذلك مجهول، فيكون الثمن مجهولا، فيفسد العقد. والثانية، لا يفسد العقد به، وهو قول ابن أبي ليلى؛ لحديث بريرة. ولأن العقد قد تم بأركانه، والشرط زائد، فإذا فسد وزال، سقط الفاسد، وبقي العقد بركنيه، كما لو لم يشترط.

[فصل شرط الخيار إلى الحصاد أو الجذاذ]

(٢٧٨٧) فصل: وإن شرطه إلى الحصاد، أو الجذاذ، احتمل أن يكون كتعليقه على قدوم زيد؛ لأن ذلك يختلف، ويتقدم، ويتأخر، فكان مجهولا. واحتمل أن يصح؛ لأن ذلك يتقارب في العادة، ولا يكثر تفاوته. وإن شرطه إلى العطاء، وأراد وقت العطاء، وكان معلوما، صح، كما لو شرطه إلى يوم معلوم. وإن أراد نفس العطاء، فهو مجهول؛ لأنه يختلف.

[فصل شرط الخيار شهرا]

(٢٧٨٨) فصل: وإن شرط الخيار شهرا، يوم يثبت، ويوم لا يثبت. فقال ابن عقيل: يصح في اليوم الأول؛ لإمكانه." (١)

"جعل الخيار لمن قال: لا خلابة. وقال بعض أصحاب الشافعي: إن كانا عالمين أن ذلك عبارة عن خيار الثلاث، ثبت، وإن علم أحدهما دون الآخر، فعلى وجهين؛ لأنه روي أن حبان بن منقذ بن عمرو، كان لا يزال يغبن، فأتى النبي – صلى الله عليه وسلم – فذكر ذلك له، فقال له: «إذا أنت بايعت فقل: لا خلابة، ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت أمسكت، وإن سخطت فارددها على صاحبها» .

وما ثبت في حق واحد من الصحابة يثبت في حق سائر الناس، ما لم يقم على تخصيصه دليل. **ولنا**، أن هذا اللفظ لا يقتضي الخيار مطلقا، ولا يقتضي تقييده بثلاث، والأصل اعتبار اللفظ فيما يقتضيه، والخبر على الوجه الذي احتجوا به إنما رواه ابن ماجه مرسلا، وهم لا يرون المرسل حجة، ثم لم يقولوا بالحديث على وجهه، إنما قالوا به في حق من يعلم أن مقتضاه ثبوت الخيار ثلاثا، ولا يعلم ذلك أحد؛ لأن اللفظ لا يقتضيه، فكيف يعلم أن مقتضاه ما ليس بمقتضاه، وعلى أنه إنما كان خاصا لحبان؛ بدليل ما رويناه، ولأنه

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٠٢

كان يثبت له الرد على من لم يعلم مقتضاه.

[فصل شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض]

(٢٧٩٢) فصل: إذا شرط الخيار حيلة على الانتفاع بالقرض، ليأخذ غلة المبيع ونفعه في مدة انتفاع المقترض بالثمن، ثم يرد المبيع بالخيار عند رد الثمن، فلا خير فيه؛ لأنه من الحيل. ولا يحل لآخذ الثمن الانتفاع به في مدة الخيار، ولا التصرف فيه.

قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يشتري من الرجل الشيء، ويقول: لك الخيار إلى كذا وكذا مثل العقار؟ قال: هو جائز إذا لم يكن حيلة؛ أراد أن يقرضه، فيأخذ منه العقار، فيستغله، ويجعل له فيه الخيار، ليربح فيما أقرضه بهذه الحيلة. فإن لم يكن أراد هذا، فلا بأس.

قيل لأبي عبد الله: فإن أراد إرفاقه، أراد أن يقرضه مالا يخاف أن يذهب، فاشترى منه شيئا، وجعل له الخيار، ولم يرد الحيلة؟ فقال أبو عبد الله: هذا جائز، إلا أنه إذا مات انقطع الخيار، لم يكن لورثته. وقول أحمد بالجواز في هذه المسألة محمول على المبيع الذي لا ينتفع به إلا بإتلافه، أو على أن المشتري لا ينتفع بالمبيع في مدة الخيار؛ لئلا يفضي إلى أن القرض جر منفعة.

[فصل قال بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث أو مدة معلومة وإلا فلا بيع بيننا]

(٢٧٩٣) فصل: فإن قال: بعتك على أن تنقدني الثمن إلى ثلاث، أو مدة معلومة، وإلا فلا بيع بيننا. فالبيع صحيح. نص عليه. وبه قال أبو حنيفة، والثوري، وإسحاق، ومحمد بن الحسن. وبه قال أبو ثور، إذا كان الشرط إلى ثلاث. وحكي مثل قوله عن ابن عمر.

وقال مالك: يجوز في اليومين والثلاثة ونحوها، وإن كان عشرين ليلة فسخ البيع. وقال الشافعي، وزفر: البيع فاسد؛ لأنه علق فسخ البيع على غرر، فلم يصح، كما لو علقه بقدوم زيد.." (١)

"والصوف، والإبريسم، فالمنصوص عن أحمد في الثياب والأكسية أنه لا يجري فيها الربا، فإنه قال: لا بأس بالثوب بالثوبين، والكساء بالكساءين.

وهذا قول أكثر أهل العلم، وقال: لا يباع الفلس بالفلسين، ولا السكين بالسكينين، ولا إبرة بإبرتين، أصله الوزن. ونقل القاضي حكم إحدى المسألتين إلى الأخرى، فجعل فيهما جميعا روايتين؛ إحداهما، لا يجري

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥٠٤

في الجميع. وهو قول الثوري، وأبي حنيفة، وأكثر أهل العلم؛ لأنه ليس بموزون ولا مكيل، وهذا هو الصحيح. إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة، وعدم النص والإجماع فيه. والثانية، يجري الربا في الجميع. اختارها ابن عقيل؛ لأن أصله الوزن، فلا يخرج بالصناعة عنه كالخبز، وذكر أن اختيار القاضي؛ أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله كالأسطال ففيه الربا، وما لا فلا.

(٢٨٠٠) فصل: ويجري الربا في لحم الطير، وعن أبي يوسف: لا يجري فيه؛ لأنه يباع بغير وزن. **ولنا**، أنه لحم فجرى فيه الربا، كسائر اللحمان. وقوله: لا يوزن. قلنا: هو من جنس ما يوزن، ويقصد ثقله، وتختلف قيمته بثقله وخفته، فأشبه ما يباع من الخبز بالعدد.

[فصل جواز البيع مع التماثل وتحريمه مع التفاضل]

(٢٨٠١) فصل: والجيد والرديء، والتبر والمضروب، والصحيح والمكسور، سواء في جواز البيع مع التماثل، وتحريمه مع التفاضل. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ أبو حنيفة، والشافعي. وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه، وأنكر أصحابه ذلك، ونفوه عنه. وحكى بعض أصحابنا عن أحمد رواية، لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة. ولأن للصناعة قيمة؛ بدليل حالة الإتلاف، فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الذهب بالذهب مثلا بمثل، والفضة بالفضة مثلا بمثل» . وعن عبادة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الذهب بالذهب تبرها وعينها، والفضة بالفضة تبرها وعينها» رواه أبو داود.

وروى مسلم، عن أبي الأشعث، أن معاوية أمر ببيع آنية من فضة في أعطيات الناس، فبلغ عبادة فقال: «إني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ينهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عينا بعين، فمن زاد أو ازداد فقد أربى» .

وروى الأثرم، عن عطاء بن يسار، أن معاوية." (١)

"وأصح الروايات هي الأولى؛ لموافقتها الأصل.

والأحاديث المخالفة لها، قال أبو عبد الله: ليس فيها حديث يعتمد عليه، ويعجبني أن يتوقاه. وذكر له حديث ابن عباس وابن عمر في هذا، فقال: هما مرسلان. وحديث سمرة يرويه الحسن عن سمرة، قال الأثرم، قال أبو عبد الله: لا يصح سماع الحسن من سمرة. وحديث جابر، قال أبو عبد الله: هذا حجاج

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٨

زاد فيه: " نساء "، وليث بن سعد سمعه من أبي الزبير، ولا يذكر فيه: " نساء "، وحجاج هذا هو حجاج بن أرطاة، قال يعقوب بن شيبة: هو واهي الحديث، وهو صدوق.

وإن كان أحد المبيعين مما لا ربا فيه، والآخر فيه ربا كالمكيل بالمعدود، ففيهما روايتان، إحداهما: يحرم النساء فيهما. والثانية: لا يحرم، كما لو باع معدودا بمعدود من غير جنسه.

[مسألة لا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه إلا العرايا]

مسألة؛ قال: (ولا يباع شيء من الرطب بيابس من جنسه إلا العرايا) أراد الرطب مما يجري فيه الربا، كالرطب بالتمر، والعنب بالزبيب، واللبن بالجبن، والحنطة المبلولة أو الرطبة باليابسة، أو المقلية بالنيئة، ونحو ذلك. وبه قال سعد بن أبي وقاص، وسعيد بن المسيب، والليث، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد.

وقال ابن عبد البر: جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرطب بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال، وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك؛ لأنه لا يخلو، إما أن يكون من جنسه، فيجوز؛ لقوله – عليه السلام –: «التمر بالتمر مثلا بمثل» . أو من غير جنسه، فيجوز؛ لقوله – عليه السلام –: «فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم» . ولنا، قوله – عليه السلام –: «لا تبيعوا التمر بالتمر» . وفي لفظ، «نهى عن بيع التمر بالتمر، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطبا» . متفق عليه.

وعن سعد: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال: أينقص الرطب إذا يبس قالوا: نعم. فنهى عن ذلك.» . رواه مالك، وأبو داود، والأثرم، وابن ماجه. ولفظ رواية الأثرم، قال: «فلا إذن» .." (١)

"نهى وعلل بأنه ينقص إذا يبس. وروى مالك، عن نافع، عن ابن عمر: أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «نهى عن المزابنة» . والمزابنة بيع الرطب بالتمر كيلا، وبيع العنب بالزبيب كيلا؛ ولأنه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان، فلم يجز، كبيع المقلية بالنيئة، ولا يلزم الحديث بالعتيق؛ لأن التفاوت يسير. قال الخطابي: وقد تكلم بعض الناس في إسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر.

وقال: زيد أبو عياش راويه ضعيف. وليس الأمر على ما توهمه، وأبو عياش مولى بني زهرة معروف، وقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٢

ذكره مالك في " الموطأ "، وهو لا يروي عن متروك الحديث.

[فصل بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب]

(٢٨٠٧) فصل: فأما بيع الرطب بالرطب، والعنب بالعنب ونحوه من الرطب بمثله، فيجوز مع التماثل في قول أكثر أهل العلم، ومنع منه الشافعي فيما ييبس. أما ما لا ييبس كالقثاء، والخيار، ونحوه، فعلى قولين؛ لأنه لا يعلم تساويهما حالة الادخار، فأشبه الرطب بالتمر.

وذهب أبو حفص العكبري من أصحابنا إلى هذا، وحمل كلام الخرقي عليه؛ لقوله في اللحم: لا يجوز بيع بعضه ببعض رطبا، ويجوز إذا تناهى جفافه مثلا بمثل. ومفهوم كلام الخرقي هاهنا: إباحة ذلك؛ لأن مفهوم نهيه – عليه السلام – عن بيع التمر بالتمر إباحة بيع كل واحد منهما بمثله، ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان، فجاز، كبيع اللبن باللبن، والتمر بالتمر، ولأن قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] عام خرج منه المنصوص عليه، وهو بيع التمر بالتمر، وليس هذا في معناه، فبقي على العموم، وما ذكره لا يصح، فإن التفاوت كثير، وينفرد أحدهما بالنقصان، بخلاف مسألتنا. ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق؛ لأن التفاوت في ذلك يسير، ولا يمكن ضبطه، فعفي عنه.

[مسألة المماثلة في بيع الأموال التي يحرم التفاضل فيها]

(٢٨٠٨) مسألة؛ قال: (ولا يباع ما أصله الكيل بشيء من جنسه وزنا، ولا ما أصله الوزن كيلا) لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المماثلة في بيع الأموال التي يحرم التفاضل فيها، وأن المساواة المرعية هي المساواة في المكيل كيلا وفي الموزون وزنا، ومتى تحققت هذه المساواة، لم يضر اختلافهما فيما سواها. وإن لم يوجد، لم يصح البيع، وإن تساويا في غيرها، وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي، وجمهور أهل العلم، لا نعلم أحدا خالفهم إلا مالكا قال: يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزافا. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «الذهب بالذهب وزنا بوزن، والفضة بالفضة وزنا بوزن، والبر بالبر كيلا بكيل، والشعير بالشعير كيلا بكيل» . رواه الأثرم في حديث." (١)

"**ولنا**، أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان، فجاز، كبيع التمر بالتمر. إذا ثبت هذا، فإنما يباع بعضه ببعض كيلا؛ لأن الحنطة مكيلة، ولم يوجد في الدقيق والسويق ما ينقلهما عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣

ذلك. ويشترط أن يتساويا في النعومة. ذكره أبو بكر، وغيره من أصحابنا. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنهما إذا تفاوتا في النعومة تفاوتا في ثاني الحال، فيصير كبيع الحنطة بالدقيق. وذكر القاضي أن الدقيق يباع بالدقيق وزنا. ولا وجه له، وقد سلم في السويق أنه يباع بالكيل، والدقيق مثله. فأما بيع الدقيق بالسويق، فالصحيح أنه لا يجوز. وهو مذهب الشافعي.

وروي عن أحمد، أنه يجوز؛ لأن كل واحد منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره، فأشبه الدقيق بالدقيق، والسويق بالسويق. **ولنا**، أن النار قد أخذت من أحدهما، فلم يجز بيع بعضه ببعض، كالمقلية بالنيئة.

وروي عن مالك، وأبي يوسف، ومحمد، وأبي ثور، أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلا؛ لأنهما جنسان. **ولنا**، أنهما أجزاء جنس واحد، فلم يجز التفاضل بينهما، كالدقيق مع الدقيق، والسويق بالسويق.

[فصل بيع ما فيه غيره كالخبز والنشاء]

(٢٨٢٥) فصل: فأما ما فيه غيره، كالخبز، وغيره، فهو نوعان؛ أحدهما، أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود في نفسه، إنما جعل فيه لمصلحته، كالخبز والنشاء، فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه، إذا تساويا في النشافة والرطوبة. ويعتبر التساوي في الوزن؛ لأنه يقدر به في العادة، ولا يمكن كيله.

وقال مالك: إذا تحرى أن يكون مثلا بمثل، فلا بأس به، وإن لم يوزن. وبه قال الأوزاعي، وأبو ثور. وحكي عن أبي حنيفة: لا بأس به قرصا بقرصين.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال، إلا أن ييبس، ويدق دقا ناعما، ويباع بالكيل، ففيه قولان؛ لأنه مكيل يجب التساوي فيه، ولا يمكن كيله، فتعذرت المساواة فيه، ولأن في كل واحد منهما من غير جنسه، فلم يجز بيعه به، كالمغشوش من الذهب والفضة، وغيرهما.

ولنا، على وجوب التساوي، أنه مطعوم موزون، فحرم التفاضل فيهما، كاللحم، واللبن، ومتى وجب التساوي، وجبت معرفة حقيقة التساوي في المعيار الشرعي، كالحنطة بالحنطة، والدقيق بالدقيق. **ولنا** على الشافعي، أن معظم نفعه في حال رطوبته، فجاز بيعه به، كاللبن باللبن. ولا يمتنع أن يكون موزونا، أصله غير موزون، كاللحم، والأدهان.

ولا يجوز بيع الرطب باليابس؛ لانفراد أحدهما بالنقص في ثاني الحال، فأشبه الرطب بالتمر. ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر حال رطوبتهما إذا لم يكثر؛ لأن ذلك يسير، ولا يمكن التحرز منه، أشبه بيع الحديثة بالعتيقة. ولا يلزم ما فيه من الملح والماء؛ لأن ذلك ليس بمقصود فيه، ويراد لمصلحته،

فهو كالملح في الشيرج.

وإن يبس." [1]

"رطب بيابس من جنسه. ولا يجوز بيع شيء من الزبد والسمن والمخيض بشيء من أنواع اللبن، كالجبن واللبأ ونحوهما؛ لأن هذه الأنواع لم ينتزع منها شيء، فيكون حكمها حكم اللبن الذي فيه زبده، فلم يجز بيعها، كبيع اللبن بها.

وأما بيع الجبن بالأقط، فلا يجوز مع رطوبتهما، أو رطوبة أحدهما، كما لا يجوز بيع الرطب بالتمر. وإن كانا يابسين احتمل أن لا يجوز أيضا؛ لأن الجبن موزون والأقط مكيل، فلم يجز بيع أحدهما بالآخر، كالخبز بالدقيق، ويحتمل الجواز، إذا تماثلا، كبيع الخبز بالخبز.

[مسألة بيع اللحم بالحيوان]

(٢٨٣٣) مسألة؛ قال: (ولا يجوز بيع اللحم بالحيوان) لا يختلف المذهب أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان من جنسه. وهو مذهب مالك، والشافعي، وقول فقهاء المدينة السبعة. وحكي عن مالك، أنه لا يجوز بيع اللحم بحيوان معد للحم، ويجوز بغيره.

وقال أبو حنيفة: يجوز مطلقا؛ لأنه باع مال الربا بما لا ربا فيه، أشبه بيع اللحم بالدراهم، أو بلحم من غير جنسه. **ولنا**، ما روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن بيع اللحم بالحيوان» . رواه مالك في الموطأ، عن زيد بن أسلم، عن سعيد بن المسيب، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -. قال ابن عبد البر: هذا أحسن أسانيده. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه «نهى أن يباع حي بميت» . ذكره الإمام أحمد. وروي عن ابن عباس، أن جزورا نحرت، فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني جزءا بهذا العناق. فقال أبو بكر: لا يصلح هذا. قال الشافعي: لا أعلم مخالفا لأبي بكر في ذلك.

وقال أبو الزناد: وكل من أدركت ينهى عن بيع اللحم بالحيوان. ولأن اللحم نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه، فلم يجز، كبيع السمسم بالشيرج. وبهذا فارق ما قاسوا عليه.

وأما بيع اللحم بحيوان من غير جنسه، فظاهر كلام أحمد والخرقي، أنه لا يجوز، فإن أحمد سئل عن بيع الشاة باللحم، فقال: لا يصح؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى أن يباع حي بميت» . واختار القاضي جوازه وللشافعي فيه قولان. واحتج من منعه بعموم الأخبار، وبأن اللحم كله جنس واحد. ومن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٢

أجازه قال: مال الربا بيع بغير أصله ولا جنسه، فجاز، كما لو باعه بالأثمان. وإن باعه بحيوان غير مأكول اللحم، جاز، في ظاهر قول أصحابنا. وهو قول عامة الفقهاء.

[فصل بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه]

(٢٨٣٤) فصل: ولا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله الذي فيه منه، كالسمسم بالشيرج، والزيتون بالزيت، وسائر الأدهان بأصولها، والعصير بأصله، كعصير العنب، والرمان، والتفاح، والسفرجل، وقصب السكر، لا يباع شيء منها بأصله. وبه قال الشافعي وابن المنذر.

وقال أبو ثور: يجوز؛ لأن الأصل مختلف، والمعنى." [١]

"مختلف. وقال أبو حنيفة يجوز إذا علم يقينا أن ما في الأصل من الدهن والعصير أقل من المنفرد، وإن لم يعلم، لم يجز.

ولنا، أنه مال ربا بيع بأصله الذي فيه منه، فلم يجز، كبيع اللحم بالحيوان، وقد أثبتنا ذلك بالنص. (٢٨٣٥) فصل: فأما بيع شيء من هذه المعتصرات بجنسه، فيجوز متماثلا. ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلا، وكيف شاء؛ لأنهما جنسان، ويعتبر التساوي فيهما بالكيل؛ لأنه يقدر به ويباع به عادة، وهذا مذهب الشافعي، وسواء كانا مطبوخين أو نيئين.

وقال أصحاب الشافعي: لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه؛ لأن النار تعقد أجزاءهما، فيختلف ويؤدي إلى التفاضل. **ولنا**، أنهما متساويان في الحال، على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص. فأشبه النيء بالنيء. فأما بيع النيء بالمطبوخ من جنس واحد، فلا يجوز؛ لأن أحدهما ينفرد بالنقص في ثاني الحال، فلم يجز بيعه به، كالرطب بالتمر.

وإن باع عصير شيء من ذلك بثفله. فإن كانت فيه بقية من المستخرج منه، لم يجز بيعه به، فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب، ولا الزيت بثفله الذي فيه بقية من الزيت، إلا على الرواية التي يجوز فيها مسألة مد عجوة. فإن لم يبق فيه شيء من عصيره، جاز بيعه به متفاضلا، ومتماثلا؛ لأنهما جنسان.

[فصل بيع شيء فيه الربا بعضه ببعض]

(٢٨٣٦) فصل: وإن باع شيئا فيه الربا، بعضه ببعض، ومعهما، أو مع أحدهما من غير جنسه، كمد ودرهم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٧

بمد ودرهم، أو بمدين، أو بدرهمين. أو باع شيئا محلى بجنس حليته، فهذه المسألة تسمى مسألة مد عجوة. والمذهب أنه لا يجوز ذلك. نص على ذلك أحمد، في مواضع كثيرة، وذكره قدماء الأصحاب، قال ابن أبي موسى في السيف المحلى والمنطقة والمراكب المحلاة بجنس ما عليها: لا يجوز، قولا واحدا.

وروي هذا عن سالم بن عبد الله، والقاسم بن محمد، وشريح، وابن سيرين وبه قال الشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وعن أحمد، رواية أخرى، تدل على أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه، فإن مهنا نقل عن أحمد في بيع الزبد باللبن، يجوز، إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن.

وروى حرب، قال: قلت لأحمد: دفعت دينارا كوفيا ودرهما، وأخذت دينارا شاميا، وزنهما سواء، لكن الكوفي أوضع؟ قال: لا يجوز، إلا أن ينقص الدينار، فيعطيه بحسابه فضة. وكذلك روى عنه محمد بن أبي حرب الجرجرائي. وروى الميموني أنه سأله: لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها؟ فقال: لا يشتريها حتى يفصلها. إلا أن هذا أهون من ذلك؛ لأنه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله وفيه غير النوع الذي." (١)

"يشتري به، فإذا كان من فضل الثمن، إلا أن من ذهب إلى ظاهر القلادة لا يشتريه حتى يفصله. قيل له: فما تقول أنت؟ قال: هذا موضع نظر.

وقال أبو داود: سمعت أحمد سئل عن الدراهم المسيبية، بعضها صفر وبعضها فضة، بالدراهم؟ قال: لا أقول فيه شيئا، قال أبو بكر: روى هذه المسألة عن أبي عبد الله خمسة عشر نفسا. كلهم اتفقوا على أنه لا يجوز حتى يفصل، إلا الميموني. ونقل مهنا كلاما آخر.

وقال حماد بن أبي سليمان وأبو حنيفة: يجوز. هذا كله إذا كان المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو كان مع كل واحد منهما من غير جنسه.

وقال الحسن: لا بأس ببيع السيف المحلى بالفضة بالدراهم. وبه قال الشعبي، والنخعي، واحتج من أجاز ذلك بأن العقد إذا أمكن حمله على الصحة، لم يحمل على الفساد؛ لأنه لو اشترى لحما من قصاب، جاز مع احتمال كونه ميتة. ولكن وجب حمله على أنه مذكى، تصحيحا للعقد. ولو اشترى من إنسان شيئا، جاز، م ع احتمال كونه غير ملكه، ولا إذن له في بيعه، تصحيحا للعقد أيضا.

وقد أمكن التصحيح هاهنا، بجعل الجنس في مقابلة غير الجنس، أو جعل غير الجنس في مقابلة الزائد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٨

على المثل. ولنا، ما روى فضالة بن عبيد، قال: «أتي النبي - صلى الله عليه وسلم - بقلادة فيها ذهب وخرز، ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: لا، حتى تميز بينهما» . قال: فرده حتى ميز بينهما. رواه أبو داود. وفي لفظ رواه مسلم. قال: فأمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالذهب الذي في القلادة فنزع وحده ثم قال لهم رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «الذهب بالذهب وزنا بوزن» .

ولأن العقد إذا جمع عوضين مختلفي الجنس، وجب أن ينقسم أحدهما على الآخر، على قدر قيمة الآخر في نفسه، فإذا اختلفت القيمة اختلف ما يأخذه من العوض. بيانه أنه إذا اشترى عبدين، قيمة أحدهما مثل نصف قيمة الآخر بعشرة، كان ثمن أحدهما ثلثي العشرة، والآخر ثلثها، فلو رد أحدهما بعيب، رده بقسطه من الثمن، ولذلك إذا اشترى شقصا وسيفا بثمن أخذ الشفيع الشقص بقسطه من الثمن، فإذا فعلنا هذا في من باع درهما ومدا قيمته درهمان، بمدين قيمتهما ثلاثة، حصل الدرهم في مقابلة ثلثي مد.

والمد الذي مع الدرهم في مقابلة مد وثلث، فهذا إذا تفاوتت القيم، ومع التساوي يجهل ذلك؛ لأن التقويم ظن وتخمين، والجهل بالتساوي كالعلم بعدمه في باب الربا، ولذلك لم يجز بيع صبرة بصبرة، بالظن والخرص. وقولهم: يجب تصحيح العقد. ليس كذلك، بل يحمل على ما يقتضيه من صحة وفساد. ولذلك لو باع بثمن وأطلق، وفي البلاد نقود بطل، ولم يحمل على نقد أقرب البلاد إليه." (١)

"مغشوشا بمثله والغش فيهما متفاوت، أو غير معلوم المقدار، لم يجز؛ لأنه يخل بالتماثل المقصود. وإن علم التساوي في الذهب والغش الذي فيهما، خرج على الوجهين، أولاهما الجواز؛ لأنهما تماثلا في المقصود وفي غيره، ولا يفضي إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة؛ لكون الغش غير مقصود، فكأنه لا قيمة له.

(٢٨٤٠) فصل: ولو دفع إليه درهما، فقال: أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم، وبنصفه فلوسا، أو حاجة أخرى. جاز؛ لأنه اشترى نصفا بنصف، وهما متساويان، فصح، كما لو دفع إليه درهمين، وقال: بعني بهذا الدرهم فلوسا، وأعطني بالآخر نصفين.

وإن قال: أعطني بهذا الدرهم نصفا وفلوسا. جاز أيضا؛ لأن معناه ذلك، ولأن ذلك لا يفضي إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة؛ فإن قيمة النصف الذي في الدرهم، كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقينا، وقيمة الفلوس، كقيمة النصف الآخر، سواء.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٢٩

[فصل بيع ما كان مشتملا على جنسين بأصل الخلقة]

(١٤٢٨) فصل وما كان مشتملا على جنسين بأصل الخلقة، كالتمر الذي اشتمل على النوى وما عليه، والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره، وأشباه ذلك، فهذا إذا قوبل بمثله، جاز بيعه به، ولا نظر إلى ما فيه، فإن «النبي - صلى الله عليه وسلم - أجاز بيع التمر بالتمر، والحيوان بالحيوان» .

وقد علم اشتمالهما على ما فيهما، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه، كبيع التمر الذي فيه النوى بالنوى، ففيه عن أحمد روايتان، قد ذكرناهما فيما مضى، فأما العسل قبل تصفيته، فقال أصحابنا: لا يجوز بيع بعضه ببعض؛ لاشتماله على عسل وشمع، وذلك بفعل النحل فأشبه السيف المحلى.

[فصل الربا في دار الحرب]

(٢٨٤٢) فصل: ويحرم الربا في دار الحرب، كتحريمه في دار الإسلام. وبه قال مالك، والأوزاعي، وأبو يوسف، والشافعي، وإسحاق. وقال أبو حنيفة: لا يجري الربا بين مسلم وحربي في دار الحرب.

وعنه في مسلمين أسلما في دار الحرب، لا ربا بينهما. لما روى مكحول، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب» . ولأن أموالهم مباحة، وإنما حظرها الأمان في دار الإسلام، فما لم يكن كذلك كان مباحا. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وحرم الربا﴾ [البقرة: ٢٧٥] . وقوله: ﴿الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس﴾ [البقرة: ٢٧٥] . وقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا﴾ [البقرة: ٢٧٨] . وعموم الأخبار يقتضي تحريم التفاضل. وقوله: «من زاد أو ازداد فقد أربى» . عام، وكذلك سائر الأحاديث. ولأن ما كان محرما في دار الإسلام كان محرما في دار الحرب، كالربا بين المسلمين، وخبرهم مرسل لا نعرف صحته، ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك، ولا يجوز ترك ما ورد." (١)

"وتبقى قيمة العيب في ذمة من تلف في يده، فيرد مثلها، أو عوضها إن اتفقا على ذلك، سواء كان الصرف بجنسه أو بغير جنسه. ذكره ابن عقيل، وهو قول الشافعي. قال ابن عقيل: وقد روي عن أحمد جواز أخذ الأرش، والأول أولى، إلا أن يكونا في المجلس، والعوضان من جنسين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٢

[فصل إذا علم المصطرفان قدر العوضين]

(٢٨٤٧) فصل: إذا علم المصطرفان قدر العوضين، جاز أن يتبايعا بغير وزن. وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه، فصدقه، فإذا باع دينارا بدينار كذلك، وافترقا، فوجد أحدهما ما قبضه ناقصا، بطل الصرف؛ لأنهما تبايعا ذهبا بذهب متفاضلا، فإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادة على الدينار نظرت في العقد، فإن كان قال: بعتك هذا الدينار بهذا. فالعقد باطل؛ لأنه باع ذهبا بذهب متفاضلا،

وإن قال: بعتك دينارا بدينار. ثم تقابضا، كان الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه؛ لأنه قبضه على أنه عوض، ولم يفسد العقد؛ لأنه إنما باع دينارا بمثله، وإنما وقع القبض للزيادة على المعقود عليه، فإن أراد دفع عوض الزائد، جاز سواء كان من جنسه، أو من غير جنسه؛ لأنه معاوضة مبتدأة، وإن أراد أحدهما الفسخ، فله ذلك؛ لأن آخذ الزائد وجد المبيع مختلطا بغيره معيبا بعيب الشركة، ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه، إلا أن يكون في المجلس، فيرد الزائد، ويدفع بدله. ولو كان لرجل على رجل عشرة دنانير، فوفاه عشرة عددا، فوجدها أحد عشر، كان هذا الدينار الزائد في يد القابض مشاعا مضمونا لمالكه؛ لأنه قبضه على أنه عوض عن ماله، فكان مضمونا بهذا القبض، ولمالكه التصرف فيه كيف شاء.

[فصل الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في النقد]

(٢٨٤٨) فصل: والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في النقد، بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه، ويتعين عوضا فيه، فلا يجوز إبداله، وإن خرج مغصوبا بطل العقد. وبهذا قال مالك والشافعي.

وعن أحمد، أنه لا تتعين بالعقد، فيجوز إبدالها، ولا يبطل العقد بخروجها مغصوبة. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأنه يجوز إطلاقها في العقد، فلا تتعين بالتعيين فيه، كالمكيال والصنجة **ولنا**، أنه عوض في عقد، فيتعين بالتعيين كسائر الأعواض، ولأنه أحد العوضين فيتعين بالتعيين كالآخر، ويفارق ما ذكروه فإنه ليس بعوض، وإنما يراد لتقدير العقود عليه، وتعريف قدره، ولا يثبت فيها الملك بحال، بخلاف مسألتنا.

[مسألة إذا تبايعا المصطرفان ذلك بغير عينه فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا]

(٢٨٤٩) مسألة؛ قال: (وإذا تبايعا ذلك بغير عينه، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيبا، فله البدل، إذا كان العيب ليس بدخيل عليه من غير جنسه، كالوضوح في الذهب والسواد في الفضة) يعني اصطرفا في الذمة، نحو أن يقول: بعتك دينارا مصريا بعشرة دراهم. فيقول الآخر: قبلت. فيصح البيع، سواء كانت الدراهم

والدنانير عندهما، أو لم يكونا، إذا تقابضا قبل الافتراق، بأن يستقرضا أو غير ذلك. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وحكي عن مالك، لا يجوز الصرف، إلا أن تكون." (١)

"العينان حاضرتين.

وعنه، لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتعين. وعن زفر مثله؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا تبيعوا غائبا منها بناجز» . ولأنه إذا لم يعين أحد العوضين، كان بيع دين بدين، وهو غير جائز **ولنا**، أنهما تقابضا في المجلس، فصح كما لو كانا حاضرين. والحديث يراد به أن لا يباع عاجل بآجل، أو مقبوض بغير مقبوض؛ بدليل ما لو عين أحدهما فإنه يصح، وإن كان الآخر غائبا، والقبض في المجلس يجري مجرى القبض حالة العقد، ألا ترى إلى قوله: «عينا بعين» . «يدا بيد» . والقبض يجري في المجلس، كذا التعين.

فإذا ثبت هذا، فلا بد من تعيينهما بالتقابض في المجلس، ومتى تقابضا، فوجد أحدهما بما قبضه عيبا قبل التفرق، فله المطالبة بالبدل، سواء كان العيب من جنسه، أو من غير جنسه؛ لأن العقد وقع على مطلق، لا عيب فيه، فله المطالبة بما وقع عليه العقد، كالمسلم فيه. وإن رضيه بعيبه، والعيب من جنسه جاز، كما لو رضي بالمسلم فيه معيبا، وإن اختار أخذ الأرش، فإن كان العوضان من جنس واحد، لم يجز؛ لإفضائه إلى التفاضل فيما يشترط فيه التماثل، وإن كانا من جنسين جاز.

فأما إن تقابضا وافترقا، ثم وجد العيب من جنسه، فله إبداله في إحدى الروايتين. اختارها الخلال، والخرقي. وروي ذلك عن الحسن، وقتادة. وبه قال أبو يوسف ومحمد، وهو أحد قولي الشافعي؛ لأن ما جاز إبداله قبل التفرق، جاز بعده، كالمسلم فيه. والرواية الثانية، ليس له ذلك وهو قول أبي بكر، ومذهب أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي؛ لأنه يقبضه بعد التفرق، ولا يجوز ذلك في الصرف، ومن صار إلى الرواية الأولى قال: قبض الأول صح به العقد، وقبض الثاني يدل على الأول. ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الرد، فإن تفرقا من غير قبض بطل العقد، وإن وجد البعض رديئا فرده، فعلى الرواية الأولى له البدل، وعلى الثانية يبطل في المردود. وهل يصح فيما لم يرد؟ على وجهين، بناء على تفريق الصفقة، ولا فرق بين كون المبيع من جنس أو من جنسين.

وقال مالك: إن وجد درهما زيفا فرضي به، جاز، وإن رده، انتقض الصرف في دينار، وإن رد أحد عشر درهما، انتقض الصرف في دينارين، وكلما زاد على دينار، انتقض الصرف في دينار آخر. **ولنا** أن ما لا

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٥

عيب فيه لم يرد، فلم ينتقض الصرف فيما يقابله، كسائر العوض. وإن اختار واجد العيب الفسخ، فعلى قولنا له البدل، ليس له الفسخ إذا أبدل له؛ لأنه يمكنه أخذ حقه غير معيب، وعلى الرواية الأخرى، له الفسخ، أو الإمساك في الجميع؛ لأنه تعذر عليه الوصول إلى ما عقد عليه مع." (١)

"أكثر أهل العلم، ومنع منه ابن عباس، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وابن شبرمة، وروي ذلك عن ابن مسعود؛ لأن القبض شرط وقد تخلف. ولنا، ما روى أبو داود، والأثرم، في " سننهما "، عن ابن عمر، قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - في بيت حفصة، فقلت: يا رسول الله، رويدك، أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير، وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم، وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه؟ فقال رسول الله: - صلى الله عليه وسلم - لا بأس أن تأخذها بسعر يومها، ما لم تفترقا وبينكما شيء» .

قال أحمد: إنما يقضيه إياها بالسعر. لم يختلفوا أنه يقضيه إياها بالسعر، إلا ما قال أصحاب الرأي، إنه يقضيه مكانها ذهبا على التراضي؛ لأنه بيع في الحال، فجاز ما تراضيا عليه إذا اختلف الجنس، كما لو كان العوض عرضا. ووجه الأول قول النبي: - صلى الله عليه وسلم - " لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ". وروي عن ابن عمر: أن بكر بن عبد الله المزني، ومسروقا العجلي، سألاه عن كري لهما، له عليهما دراهم، وليس معهما إلا دنانير؟ فقال ابن عمر: أعطوه بسعر السوق. ولأن هذا جرى مجرى القضاء، فيقيد بالمثل، كما لو قضاه من الجنس، والتماثل هاهنا من حيث القيمة؛ لتعذر التماثل من حيث الصورة. قيل لأبي عبد الله: فإن أهل السوق يتغابنون بينهم بالدانق في الدينار وما أشبهه؟ فقال: إذا كان مما يتغابن الناس به فسهل فيه، ما لم يكن حيلة، ويزاد شيئا كثيرا.

(٢٨٥٣) فصل: فإن كان المقضي الذي في الذمة مؤجلا، فقد توقف أحمد فيه. وقال القاضي: يحتمل وجهين؛ أحدهما المنع وهو قول مالك، ومشهور قولي الشافعي؛ لأن ما في الذمة لا يستحق قبضه، فكان القبض ناجزا في أحدهما، والناجز يأخذ قسطا من الثمن والآخر الجواز، وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض، فكأنه رضي بتعجيل المؤجل. والصحيح الجواز، إذا قضاه بسعر يومها، ولم يجعل للمقضي فضلا لأجل تأجيل ما في الذمة؛ لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئا، فقد رضي بتعجيل ما في الذمة بغير عوض، فأشبه ما لو قضاه من جنس الدين، ولم يستفصل النبي - صلى الله عليه وسلم -

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٣٦

ابن عمر حين سأله، ولو افترق الحال لسأل واستفصل. (٢٨٥٤)

فصل: قال أحمد: ولو كان لرجل على رجل عشرة دراهم، فدفع إليه دينارا، فقال:." [١]

"استوف حقك منه. فاستوفاه بعد يومين، جاز. ولو كان عليه دنانير، فوكل غريمه في بيع داره، واستيفاء حقه من ثمنها، فباعها بدراهم، لم يجز أن يأخذ منها قدر حقه؛ لأنه لم يأذن له في مصارفة نفسه، ولأنه متهم. ولو باع جارية بدنانير، فأخذ بها دراهم، فردت الجارية بعيب أو إقالة، لم يكن للمشتري إلا الدنانير؛ لأنه الثمن الذي وقع عليه العقد، وإنما أخذ الدراهم بعقد صرف مستأنف. نص أحمد على هذه المسائل.

[فصل عليه دين مؤجل فقال لغريمه ضع عني بعضه وأعجل لك بقيته]

(٢٨٥٥) فصل: إذا كان عليه دين مؤجل، فقال لغريمه: ضع عني بعضه، وأعجل لك بقيته. لم يجز. كرهه زيد بن ثابت، وابن عمر، والمقداد، وسعيد بن المسيب، وسالم، والحسن، وحماد، والحكم، والشافعي، ومالك، والثوري، وهشيم، وابن علية، وإسحاق، وأبو حنيفة. وقال المقداد لرجلين فعلا ذلك: كلاكما قد آذن بحرب من الله ورسوله. وروي عن ابن عباس: أنه لم ير به بأسا. وروي ذلك عن النخعي، وأبي ثور؛ لأنه آخذ لبعض حقه، تارك لبعضه، فجاز، كما لو كان الدين حالا.

وقال الخرقي: لا بأس أن يعجل المكاتب لسيده، ويضع عنه بعض كتابته. ولنا أنه بيع الحلول، فلم يجز، كما لو زاده الذي له الدين، فقال له: أعطيك عشرة دراهم وتعجل لي المائة التي عليك. فأما المكاتب فإن معاملته مع سيده، وهو يبيع بعض ماله ببعض، فدخلت المسامحة فيه. ولأنه سبب للعتق، فسومح فيه، بخلاف غيره.

[مسألة إن كان العيب دخيلا عليه من غير جنسه كان الصرف فيه فاسدا]

(٢٨٥٦) مسألة؛ قال (فإن كان العيب دخيلا عليه من غير جنسه، كان الصرف فيه فاسدا) يعني إذا وجد أحدهما ما قبضه مغشوشا بغش من غير جنسه، فينظر فيه؛ فإن كان الصرف عينا بعين، فهو فاسد؛ لما أسلفناه. وإن كان بغير عين، وعلم ذلك في المجلس، فرده، وأخذ بدله، فالصرف صحيح؛ لأنه عين المعقود عليه، وإن افترقا قبل رده، فالصرف فيه فاسد أيضا؛ لأنهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه، ولم يقبض ما

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٨

يصلح عوضا عن المعقود عليه. وهذا ظاهر كلام الخرقي.
وقيل عن أحمد: إنه إذا أخذ البدل في مجلس الرد، لم يبطل، كما لو كان العيب من جنسه. وهذا فيما إذا لم يكن مشتري المعيب عالما بعيبه، فأما إن علم بعيبه، فاشتراه على ذلك، والعيب من جنسه، جاز، ولا خيار له، ولا بدل. وإن كان من غير جنسه، وكان الصرف ذهبا بذهب، أو فضة بمثلها، فالصرف فيه فاسد؛ لأنه يخل بالتماثل، إلا أن يبيع ذهبا أو فضة مغشوشا بمثل غشه، كبيعه دينارا صوريا بمثله، مع علمه بتساوي غشهما، وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه.
وإن باع مغشوشا بغير مغشوش، لم يجز، إلا أن يكون للغش قيمة، فيخرج على مسألة مد عجوة. وإن كان الصرف في جنسين، كذهب بفضة، انبنى على إنفاق المغشوشة.

[فصل إنفاق المغشوش من النقود]
(٢٨٥٧) فصل: وفي إنفاق المغشوش من النقود روايتان؛." (١)
"وإن طال، ويكون الزائد أمانة في يده، لا شيء عليه في تلفه. نص أحمد على أكثر هذه المسائل.
فإن لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم، فاشترى بها نصف دينار، وقبض دينارا كاملا، ودفع إليه الدراهم، ثم اقترضها منه، فاشترى بها النصف الباقي، أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداء، ودفع إليه الخمسة، ثم اقترضها منه، ودفعها إليه عوضا عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة، فلا بأس.

[فصل باع مدي تمر رديء بدرهم ثم اشترى بالدرهم تمرا جنيبا]
(٢٨٦٠) فصل: وإذا باع مدي تمر رديء بدرهم، ثم اشترى بالدرهم تمرا جنيبا، أو اشترى من رجل دينارا صحيحا بدراهم، وتقابضاها، ثم اشترى منه بالدراهم قراضة من غير مواطأة، ولا حيلة، فلا بأس به.
وقال ابن أبي موسى: لا يجوز، إلا أن يمضي إلى غيره ليبتاع منه، فلا يستقيم له، فيجوز أن يرجع إلى البائع، فيبتاع منه. وقال أحمد في رواية الأثرم: يبيعها من غيره أحب إلي. قلت له: قال لم يعلمه أنه يريد أن يبيعها منه؟ فقال: يبيعها من غيره، فهو أطيب لنفسه وأحرى أن يستوفي الذهب منه، فإنه إذا ردها إليه لعله أن لا يوفيه الذهب، ولا يحكم الوزن، ولا يستقصي، يقول: هي ترجع إليه.
قيل لأبي عبد الله: فذهب ليشتري الدراهم بالذهب الذي أخذها منه من غيره، فلم يجدها، فرجع إليه؟

---
(١) المغني لابن قدامة ٣٩/٤

فقال: إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره، فنعم. فظاهر أن هذا على وجه الاستحباب، لا الإيجاب. ولعل أحمد إنما أراد اجتناب المواطأة على هذا، ولهذا قال: إذا كان لا يبالي اشترى منه أو من غيره، فنعم. وقال مالك: إن فعل ذلك مرة، جاز، وإن فعله أكثر من مرة، لم يجز؛ لأنه يضارع الربا. **ولنا** ما روى أبو سعيد، قال: «جاء بلال إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – بتمر برني، فقال له النبي – صلى الله عليه وسلم –: من أين هذا؟ . قال بلال: كان عندنا تمر رديء، فبعت صاعين بصاع؛ ليطعم النبي – صلى الله عليه وسلم –. فقال له النبي – صلى الله عليه وسلم –: أوه، عين الربا، لا تفعل، ولكن إذا أردت أن تشتري، فبع التمر ببيع آخر، ثم اشتر به.» وروى أيضا أبو سعيد، وأبو هريرة: «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – استعمل رجلا على خيبر، فجاءه بتمر جنيب، فقال: أكل تمر خيبر هكذا؟ . قال: لا والله. إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاثة. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: لا تفعل، بع التمر بالدراهم، ثم اشتر بالدراهم جنيبا.» متفق عليهما. ولم يأمره أن يبيعه من غير من يشتري منه، ولو كان ذلك محرما لبينه له، وعرفه إياه.

ولأنه باع الجنس بغيره من غير شرط، ولا مواطأة، فجاز، كما لو باعه من غيره. ولأن ما جاز من البياعات مرة، جاز على الإطلاق، كسائر البياعات. فأما إن تواطآ على ذلك لم يجز، وكان حيلة محرمة، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة، والشافعي: يجوز، ما لم يكن مشروطا في العقد.." (١)

"**ولنا** أنه إذا كان عن مواطأة كان حيلة، والحيل محرمة على ما سنذكره.

[فصل الحيل كلها محرمة غير جائزة في شيء من الدين]

(٢٨٦١) فصل: والحيل كلها محرمة، غير جائزة في شيء من الدين، وهو أن يظهر عقدا مباحا يريد به محرما، مخادعة وتوسلا إلى فعل ما حرم الله، واستباحة محظوراته، أو إسقاط واجب، أو دفع حق، ونحو ذلك. قال أيوب السختياني: إنهم ليخادعون الله، كأنما يخادعون صبيا، لو كانوا يأتون الأمر على وجهه كان أسهل علي. فمن ذلك؛ ما لو كان مع رجل عشرة صحاح، ومع الآخر خمسة عشر مكسرة، فاقترض كل واحد منهما ما مع صاحبه، ثم تباريا، توصلا إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلا، أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة، ثم وهبه الخمسة الزائدة، أو اشترى منه بها أوقية صابون، أو نحوها ما يأخذه بأقل من قيمته، أو اشترى منه بعشرة إلا حبة من الصحيح مثلها من المكسرة، ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوبا قيمته

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٤٢

خمسة دنانير. وهكذا لو أقرضه شيئا، أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها، أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلا إلى أخذ عوض عن القرض، فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيث محرم. وبهذا قال مالك.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: ذلك كله وأشباهه جائز، إذا لم يكن مشروطا في العقد. وقال بعض أصحاب الشافعي: يكره أن يدخلا في البيع على ذلك لأن كل ما لا يجوز شرطه في العقد يكره أن يدخلا عليه.

ولنا، أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها، فمسخهم قردة، وسماهم معتدين، وجعل ذلك نكالا وموعظة للمتقين؛ ليتعظوا بهم، ويمتنعوا من مثل أفعالهم. وقال بعض المفسرين في قوله تعالى ﴿وموعظة للمتقين﴾ [البقرة: ٦٦] . أي لأمة محمد - صلى الله عليه وسلم -.

فروي أنهم كانوا ينصبون شباكهم للحيتان يوم الجمعة، ويتركونها إلى يوم الأحد، ومنهم من كان يحفر حفائر، ويجعل إليها مجاري، فيفتحها يوم الجمعة، فإذا جاء السمك يوم السبت، جرى مع الماء في المجاري، فيقع في الحفائر، فيدعها إلى يوم الأحد، ثم يأخذها، ويقول: ما اصطدت يوم السبت، ولا اعتديت فيه. فهذه حيلة. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أدخل فرسا بين فرسين، وقد أمن أن يسبق، فهو قمار، ومن أدخل فرسا بين فرسين، وهو لا يأمن أن يسبق، فليس بقمار.» رواه أبو داود، وغيره. فجعله قمارا مع إدخاله الفرس الثالث؛ لكونه لا يمنع معنى القمار، وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذا، أو مأخوذا منه، وإنما دخل صورة، تحيلا على إباحة المحرم، وسائر الحيل مثل ذلك.

ولأن الله تعالى إنما حرم هذه المحرمات لمفسدتها، والضرر الحاصل منها. ولا تزول مفسدتها مع إبقاء معناها، بإظهارهما صورة غير صورتها، فوجب أن لا يزول التحريم، كما لو سمى الخمر بغير اسمها، لم يبح ذلك شربها." (١)

"الشك وروى ابن المنذر، بإسناده، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «رخص في بيع العرية في الوسق والوسقين والثلاثة والأربعة.» والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه، كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة؛ لتخصيصه إياها بالذكر.

وروى مسلم عن سهل، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رخص في بيع العرية؛ النخلة والنخلتين.» ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها؛ بدليل وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها، ولأنها قدر تجب

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣/٤

الزكاة فيه، فلم يجز بيعه عرية، كالزائد عليها. فأما قولهم: أرخص في العرية مطلقا، فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة، ولا متأخرة عنها، بل الرخصة واحدة، رواها بعضهم مطلقة وبعضهم مقيدة، فيجب حمل المطلق على المقيد، ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر، ولذلك يقيد فيما زاد على الخمسة، اتفاقا.

[فصل لا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة]

(٢٨٦٨) فصل: ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق، فيما زاد على صفقة، سواء اشتراها من واحد أو من جماعة. وقال الشافعي: يجوز للإنسان بيع جميع ثمر حائطه عرايا، من رجل واحد، ومن رجال، في عقود متكررة؛ لعموم حديث زيد وسهل، ولأن كل عقد جاز مرة، جاز أن يتكرر، كسائر البيوع.

ولنا، عموم النهي عن المزابنة، استثنى منه العرية فيما دون خمسة أوسق، فما زاد يبقى على العموم في التحريم. ولأن ما لا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعا واحدا، لا يجوز في عقدين، كالذي على وجه الأرض، وكالجمع بين الأختين، فأما حديث سهل فإنه مقيد بالنخلة والنخلتين؛ بدليل ما روينا، فيدل على تحريم الزيادة عليهما، ثم إن المطلق يحمل على المقيد كما في العقد الواحد. فأما إن باع رجل عريتين من رجلين فيهما أكثر من خمسة أوسق جاز.

وقال أبو بكر والقاضي: لا يجوز؛ لما ذكرنا في المشتري. **ولنا** أن المغلب في التجويز حاجة المشتري؛ بدليل ما روى محمود بن لبيد قال: «قلت لزيد بن ثابت: ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار، شكوا إلى رسول الله أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه، وعندهم فضول من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطبا.» وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري، لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع، فلا يتقيد في حقه بخمسة أوسق.

ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع، أفضى إلى أن لا يحصل الإرفاق، إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين." (١)

"أن يكون التمر الذي يشتري به معلوما بالكيل، ولا يجوز جزافا. لا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافا؛ لما روى زيد بن ثابت، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا.» متفق عليه ولمسلم، أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا يأكلها أهلها رطبا. ولأن الأصل اعتبار

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٦

الكيل من الطرفين، سقط في أحدهما للتعذر، فيجب في الآخر بقضية الأصل. ولأن ترك الكيل من الطرفين يكثر الغرر، وفي تركه من أحدهما يقلل الغرر، ولا يلزم من صحته مع قلة الغرر، صحته مع كثرته.

ومعنى خرصها بمثلها من التمر، أن يطيف الخارص بالعرية، فينظر كم يجيء منها تمرا، فيشتريها المشتري بمثلها تمرا. وبهذا قال الشافعي. ونقل حنبل عن أحمد، أنه قال: يخرصها رطبا، ويعطي تمرا رخصة. وهذا يحتمل الأول، ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها؛ لأنه بيع اشترطت المماثلة فيه، فاعتبرت حال البيع كسائر البيوع. ولأن الأصل اعتبار المماثلة في الحال، وأن لا يباع الرطب بالتمر. خولف الأصل في بيع الرطب بالتمر، فيبقى فيما عداه على قضية الدليل.

وقال القاضي: الأول أصح؛ لأنه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح، ثم خرصه تمرا. ولأن المماثلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادخار، وبيع الرطب بمثله تمرا يفضي إلى فوات ذلك. فأما إن اشتراها بخرصها رطبا، لم يجز. وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي. والثاني يجوز. والثالث، لا يجوز مع اتفاق النوع، ويجوز مع اختلافه.

ووجه جوازه، ما روى الجوزجاني، عن أبي صالح، عن الليث، عن ابن شهاب، عن سالم، عن ابن عمر، عن زيد بن ثابت، «عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه أرخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب، أو التمر، ولم يرخص في غير ذلك.» ولأنه إذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثاني الحال، فلأن يجوز مع عدم ذلك أولى. **ولنا**، ما روى مسلم بإسناده عن زيد بن ثابت، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمرا.» وعن سهل بن أبي حثمة، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نهى عن بيع الثمر بالتمر، وقال: ذلك الربا، تلك المزابنة. إلا أنه رخص في العرية، النخلة والنخلتين، يأخذها أهل البيت بخرصها تمرا، يأكلونها رطبا.»

ولأنه مبيع يجب فيه مثله تمرا، فلم يجز بيعه بمثله رطبا، كالتمر الجاف. ولأن من له رطب فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده، وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري، على ما أسلفناه.

وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر، فلا يجوز العمل به مع الشك، سيما وهذه الأحاديث تبينه، وتزيل الشك.

[فصل يشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس]

(٢٨٧١) فصل: ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس. وهذا قول الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفا؛ لأنه بيع تمر بتمر، فاعتبر فيه شروطه، إلا ما استثناه الشرع مما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا.." (١)

"والقبض في كل واحد منهما على حسبه، ففي التمر اكتياله أو نقله، وفي الثمرة التخلية. وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل، بل لو تبايعا بعد معرفة التمر والثمرة، ثم مضيا جميعا إلى النخلة، فسلمها إلى مشتريها، ثم مشيا إلى التمر فتسلمه من مشتريها، أو تسلم التمر ثم مضيا إلى النخلة جميعا فسلمها إلى مشتريها، أو سلم النخلة، ثم مضيا إلى التمر فتسلمه، جاز؛ لأن التفرق لا يحصل قبل القبض.

إذا ثبت هذا، فإن بيع العرية يقع على وجهين؛ أحدهما، أن يقول: بعتك ثمرة هذه النخلة بكذا وكذا من التمر. ويصفه. والثاني، أن يكيل من التمر بقدر خرصها، ثم يقول: بعتك هذا بهذا، أو يقول: بعتك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر، ونحو هذا.

وإن باعه بمعين فقبضه بنقله وأخذه، وإن باع بموصوف فقبضه باكتياله. (٢٨٧٢) الفصل الخامس: أنه لا يجوز بيعها إلا لمحتاج إلى أكلها رطبا، ولا يجوز بيعها لغني. وهذا أحد قولي الشافعي، وأباحها في القول الآخر مطلقا لكل أحد؛ لأن كل بيع جاز للمحتاج، جاز للغني، كسائر البياعات، ولأن حديث أبي هريرة وسهل مطلقان.

ولنا حديث «زيد بن ثابت، حين سأله، محمود بن لبيد ما عراياكم هذه؟ فسمى رجالا محتاجين من الأنصار، شكوا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن الرطب يأتي ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطبا يأكلونه، وعندهم فضول من التمر، فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر يأكلونه رطبا.» ومتى خولف الأصل بشرط، لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط.

ولأن ما أبيح للحاجة، لم يبح مع عدمها، كالزكاة للمساكين، والترخص في السفر. فعلى هذا، متى كان صاحبها غير محتاج إلى أكل الرطب، أو كان محتاجا، ومعه من الثمن ما يشتري به العرية، لم يجز له شراؤها بالتمر، وسواء باعها لواهبها تحرزا من دخول صاحب العرية حائطه كمذهب مالك، أو لغيره، فإنه لا يجوز.

وقال ابن عقيل يباح. ويحتمله كلام أحمد؛ لأن الحاجة وجدت من الجانبين، فجاز. كما لو كان المشتري محتاجا إلى أكلها. **ولنا**، حديث زيد الذي ذكرناه، والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه، ولأن في حديث زيد وسهل: «يأكلها أهلها رطبا» . ولو جاز لتخليص المعري لما شرط ذلك. فيشترط إذا في بيع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٤٨

العرية شروط خمسة، أن يكون فيما دون خمسة أوسق، وبيعها بخرصها من التمر، وقبض ثمنها قبل التفرق، وحاجة المشتري إلى أكل الرطب، وأن لا يكون معه ما يشتري به سوى التمر. واشترط القاضي وأبو بكر شرطا سادسا، وهو حاجة البائع إلى البيع.

واشترط الخرقي، كونها موهوبة لبائعها. واشترط أصحابنا لبقاء العقد، بأن يأكلها أهلها رطبا. فإن تركها حتى تصير تمرا بطل العقد. وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى.." (١)

"[مسألة ترك المشتري المبيع حتى يتمر]

(٢٨٧٣) مسألة؛ قال: فإن تركه المشتري حتى يتمر بطل العقد يعني إن لم يأخذها المشتري رطبا بطل العقد، خلافا للشافعي في قوله: لا يبطل. وعن أحمد مثله؛ لأن كل ثمرة جاز بيعها رطبا، لا يبطل العقد إذا صارت تمرا، كغير العرية. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يأكلها أهلها رطبا» . ولأن شراءها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب، فإذا أتمرت تبينا عدم الحاجة، فيبطل العقد. ثم لا فرق بين تركه لغناه عنها، أو مع حاجته إليها، أو تركها لعذر، أو لغير عذر؛ للخبر. ولو أخذها رطبا فتركها عنده فأتمرت، أو شمسها، حتى صارت تمرا، جاز؛ لأنه قد أخذها.

ونقل عن أحمد رواية أخرى في من اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها، ثم تركها حتى بدا صلاحها، لا يبطل البيع. فيخرج هاهنا مثله. فإن أخذ بعضها رطبا، وترك باقيها حتى أتمر، فهل يبطل البيع في الباقي؟ على وجهين.

[فصل بيع العرية في غير النخيل]

(٢٨٧٤) فصل: ولا يجوز بيع العرية في غير النخيل، وهو اختيار ابن حامد، وقول الليث بن سعد. إلا أن يكون مما ثمرته لا يجري فيها الربا، فيجوز بيع رطبها بيابسها؛ لعدم جريان الربا فيها. ويحتمل أن يجوز في العنب والرطب دون غيرهما. وهو قول الشافعي؛ لأن العنب كالرطب في وجوب الزكاة فيهما، وجواز خرصهما، وتوسيقهما، وكثرة تيبيسهما، واقتياتهما في بعض البلدان والحاجة إلى أكل رطبهما، والتنصيص على الشيء يوجب ثبوت الحكم في مثله. ولا يجوز في غيرهما؛ لاختلافهما في أكثر هذه المعاني، فإنه لا يمكن خرصها؛ لتفرقها في الأغصان، واستتارها بالأوراق، ولا يقتات يابسها، فلا يحتاج إلى الشراء به.

وقال القاضي: يجوز في سائر الثمار. وهو قول مالك والأوزاعي قياسا على ثمرة النخيل. **ولنا**، ما روى

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٩

الترمذي، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «نهى عن المزابنة، الثمر بالتمر، إلا أصحاب العر ايا، فإنه قد أذن لهم، وعن بيع العنب بالزبيب، وكل ثمرة بخرصها.» وهذا حديث حسن. وهذا يدل على تخصيص العرية بالتمر.

وعن زيد بن ثابت، «عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه رخص بعد ذلك في بيع العرية بالرطب أو بالتمر ولم يرخص في غير ذلك» . وعن ابن عمر قال: «نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن المزابنة» ، والمزابنة: بيع ثمر النخل بالتمر كيلا، وبيع العنب بالزبيب كيلا، وعن كل ثمرة بخرصه. ولأن الأصل يقتضي تحريم بيع العرية، وإنما جازت في ثمرة النخيل رخصة، ولا يصح قياس غيرها عليها لوجهين؛." (١)

"أحدهما، أن غيرها لا يساويها في كثرة الاقتيات بها، وسهولة خرصها، وكون الرخصة في الأصل لأهل المدينة، وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره.

الثاني، أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصا، وقياسهم يخالف نصوصا غير مخصوصة، وإنما يجوز التخصيص بالقياس على المحل المخصوص، «ونهي النبي – صلى الله عليه وسلم – عن بيع العنب بالزبيب» لم يدخله تخصيص فيقاس عليه، وكذلك سائر الثمار. والله أعلم.

[باب بيع الأصول والثمار]

[مسألة ومن باع نخلا مؤبرا]

[الفصل الأول البيع متى وقع على نخل مثمر ولم يشترط الثمرة وكانت مؤبرة]

باب بيع الأصول والثمار (٢٨٧٥) مسألة: قال أبو القاسم، – رحمه الله –: (ومن باع نخلا مؤبرا، وهو ما قد تشقق طلعه، فالثمرة للبائع متروكة في النخل إلى الجزاز إلا أن يشترطها المبتاع) . أصل

الإبار عند أهل العلم: التلقيح. قال ابن عبد البر: إلا أنه لا يكون حتى يتشقق الطلع، وتظهر الثمرة، فعبر به عن ظهور الثمرة؛ للزومه منه. والحكم متعلق بالظهور، دون نفس التلقيح، بغير اختلاف بين العلماء، يقال: أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد، فهي مؤبرة ومأبورة. ومنه قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «خير المال سكة مأبورة.» والسكة: النخل المصفوف. وأبرت النخلة آبرها أبرا، وإبارا، وأبرتها تأبيرا، وتأبرت النخلة، وائتبرت، ومنه قول الشاعر:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥٠

تأبري يا خيرة الفسيل

وفسر الخرقي المؤبر بما قد تشقق طلعه؛ لتعلق الحكم بذلك، دون نفس التأبير. قال القاضي: وقد يتشقق الطلع بنفسه فيظهر، وقد يشقه الصعاد فيظهر. وأيهما كان فهو التأبير المراد هاهنا.

وفي هذه المسألة فصول ثلاثة: (٢٨٧٦) الفصل الأول: أن البيع متى وقع على نخل مثمر، ولم يشترط الثمرة، وكانت الثمرة مؤبرة، فهي للبائع. وإن كانت غير مؤبرة، فهي للمشتري. وبهذا قال مالك، والليث، والشافعي. وقال ابن أبي ليلى: هي للمشتري في الحالين؛ لأنها متصلة بالأصل اتصال خلقة، فكانت تابعة له، كالأغصان.

وقال أبو حنيفة، والأوزاعي: هي للبائع في الحالين؛ لأن هذا نماء له حد، فلم يتبع أصله في البيع، كالزرع في الأرض. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر، فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع» . متفق عليه. وهذا صريح في رد قول ابن أبي ليلى، وحجة على أبي حنيفة والأوزاعي." (١)

"بمفهومه؛ لأنه جعل التأبير حدا لملك البائع للثمرة، فيكون ما قبله للمشتري، وإلا لم يكن حدا، ولا كان ذكر التأبير مفيدا. ولأنه نماء كامن لظهوره غاية، فكان تابعا لأصله قبل ظهوره، وغير تابع له بعد ظهوره، كالحمل في الحيوان.

فأما الأغصان، فإنها تدخل في اسم النخل، وليس لانفصالها غاية، والزرع ليس من نماء الأرض، وإنما هو مودع فيها.

[الفصل الثاني متى اشترط الثمرة أحد المتبايعين فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة]

(٢٨٧٧) الفصل الثاني: أنه متى اشترطها أحد المتبايعين، فهي له مؤبرة كانت أو غير مؤبرة، البائع فيه والمشتري سواء. وقال مالك: إن اشترطها المشتري بعد التأبير، جاز؛ لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها، وإن اشترطها البائع قبل التأبير، لم يجز؛ لأن اشتراطه لها بمنزلة شرائه لها قبل بدو صلاحها بشرط تركها. **ولنا**، أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم، فصح، كما لو باع حائطا، واستثنى نخلة بعينها، «ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن الثنيا، إلا أن تعلم» . ولأنه أحد المتبايعين، فصح اشتراطه للثمرة، كالمشتري، وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه، وبقوله – عليه السلام –: «إلا أن يشترطها المبتاع» .

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٥١

ولو اشترط أحدهما جزءا من الثمرة معلوما، كان ذلك كاشتراط جميعها في الجواز في قول جمهور الفقهاء، وقول أشهب من أصحاب مالك. وقال ابن القاسم: لا يجوز اشتراط بعضها؛ لأن الخبر إنما ورد باشتراط جميعها. ولنا، أن ما جاز اشتراط جميعه، جاز اشتراط بعضه، كمدة الخيار، وكذلك القول في مال العبد إذا اشترط بعضه.

[الفصل الثالث الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز]

(٢٨٧٨) الفصل الثالث: إن الثمرة إذا بقيت للبائع، فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز، سواء استحقها بشرطه أو بظهورها. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يلزمه قطعها، وتفريغ النخل منه؛ لأنه مبيع مشغول بملك البائع، فلزم نقله وتفريغه، كما لو باع دارا فيها طعام، أو قماش له. ولنا، أن النقل والتفريغ للمبيع على حسب العرف والعادة، كما لو باع دارا فيها طعام، لم يجب نقله إلا على حسب العادة في ذلك، وهو أن ينقله نهارا، شيئا بعد شيء، ولا يلزمه النقل ليلا، ولا جمع دواب البلد لنقله. كذلك هاهنا، يفرغ النخل من الثمرة في أوان تفريغها، وهو أوان جزازها، وقياسه حجة لنا؛ لما بيناه.

إذا تقرر هذا، فالمرجع في جزه إلى ما جرت به العادة، فإذا كان المبيع نخلا، فحين تتناهى حلاوة ثمره، إلا أن يكون مما بسره خير من رطبه، أو ما جرت العادة بأخذه بسرا، فإنه يجزه حين تستحكم حلاوة بسره؛ لأن هذا هو العادة." (١)

"فإذا استحكمت حلاوته، فعليه نقله. وإن قيل: بقاؤه في شجره خير له وأبقى؛ فعليه النقل؛ لأن العادة في النقل قد حصلت، وليس له إبقاؤه بعد ذلك.

وإن كان المبيع عنبا، أو فاكهة سواه، فأخذه حين يتناهى إدراكه، وتستحكم حلاوته، ويجز مثله. وهذا قول مالك، والشافعي. (٢٨٧٩) فصل: فإن أبر بعضه دون بعض، فالمنصوص عن أحمد، أن ما أبر للبائع، وما لم يؤبر للمشتري. وهو قول أبي بكر للخبر الذي عليه مبنى هذه المسألة، فإن صريحه، أن ما أبر للبائع، ومفهومه، أن ما لم يؤبر للمشتري.

وقال ابن حامد: الكل للبائع. وهو مذهب الشافعي؛ لأنا إذا لم نجعل الكل للبائع، أدى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البستان، فيجب أن يجعل ما لم يؤبر تبعا لما أبر، كثمر النخلة الواحدة، فإنه لا خلاف في أن تأبير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع، وقد يتبع الباطن الظاهر منه، كأساسات الحيطان تتبع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٥٢

الظاهر منه. ولأن البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها بغير شرط القطع، كذا هاهنا، وهذا من النوع الواحد؛ لأن الظاهر أن النوع الواحد يتقارب يتلاحق، فأما إن أبر، لم يتبعه النوع الآخر.

ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع والجنس كله، وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لأنه يفضي إلى سوء المشاركة، واختلاف الأيدي، كما في النوع الواحد. **ولنا**، أن النوعين يتباعدان، ويتميز أحدهما من الآخر، ولا يخشى اختلاطهما واشتباههما. فأشبها الجنسين. وما ذكره يبطل بالجنسين. ولا يصح القياس على النوع الواحد؛ لافتراقهما فيما ذكرناه.

ولو باع حائطين قد أبر أحدهما، لم يتبعه الآخر؛ لأنه يفضي إلى سوء المشاركة، واختلاف الأيدي؛ لانفراد كل واحد منهما عن صاحبه. ولو أبر بعض الحائط، فأفرد بالبيع ما لم يؤبر، فللمبيع حكم نفسه، ولا يتبع غيره. وخرج القاضي وجها في أنه يتبع غير المبيع، ويكون للبائع؛ لأنه قد ثبت للحائط كله حكم التأبير. وهو أحد الوجه ين لأصحاب الشافعي. ولا يصح؛ هذا لأن المبيع لم يؤبر منه شيء، فوجب أن يكون للمشتري، بمفهوم الخبر، وكما لو كان منفردا في بستان وحده. ولأنه لا يفضي إلى سوء المشاركة، ولا اختلاف الأيدي، ولا إلى ضرر، فبقي على حكم الأصل.

فإن بيعت النخلة وقد أبرت كلها، أو بعضها، فأطلعت بعد ذلك، فالطلع للمشتري؛ لأنه حدث في ملكه، فكان له، كما لو حدث بعد جزاز الثمرة. ولأن ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتبه به؛ لتباعد ما بينهما.

(٢٨٨٠) فصل: وطلع الفحال كطلع الإناث. وهو ظاهر كلام الشافعي ويحتمل أن يكون طلع الفحال للبائع قبل ظهوره؛ لأنه يؤخذ للأكل قبل ظهوره، فهو كثمرة لا تخلق إلا ظاهرة، كالتين، ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره.." (١)

"معلوما؛ لأنه مباح حصله بشيء معد له، فملكه، كالصيد يحصل في شبكته، والسمك في بركة معدة له، ولا يجوز أخذ شيء منه إلا بإذن مالكه.

[مسألة لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام]

(٢٨٩٧) مسألة؛ قال: وإذا اشترى الثمرة دون الأصل، ولم يبد صلاحها على الترك إلى الجزاز، لم يجز. وإن اشتراها على القطع، جاز. لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام؛ أحدها، أن يشتريها بشرط التبقية، فلا يصح البيع إجماعا؛ «لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن بيع الثمار حتى يبدو

(١) المغني لابن قدامة ٤/٥٣

صلاحها. نهى البائع والمبتاع.» متفق عليه. النهي يقتضي فساد المنهي عنه.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث. القسم الثاني، أن يبيعها بشرط القطع في الحال، فيصح بالإجماع؛ لأن المنع إنما كان خوفا من تلف الثمرة، وحدوث العاهة عليها قبل أخذها؛ بدليل ما روى أنس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الثمار حتى تزهو. قال: أرأيت إذا منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟» . رواه البخاري. وهذا مأمون فيما يقطع، فصح بيعه كما لو بدا صلاحه.

القسم الثالث، أن يبيعها مطلقا، ولم يشترط قطعا ولا تبقية، فالبيع باطل. وبه قال مالك، والشافعي. وأجازه أبو حنيفة؛ لأن إطلاق العقد يقتضي القطع، فهو كما لو اشترطه، قال: ومعنى النهي، أن يبيعها مدركة قبل إدراكها، بدلالة قوله: " أرأيت إن منع الله الثمرة، بم يأخذ أحدكم مال أخيه؟ ". فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى، وهو مفقود في الحال حتى يتصور المنع. **ولنا**، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.» فيدخل فيه محل النزاع، واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها، في أن إطلاق العقد يقتضي القطع، ويقرر ما قلنا، من أن إطلاق العقد يقتضي التبقية، فيصير العقد الـمطلق كالذي شرطت فيه التبقية، يتناولهما النهي جميعا، ويصح تعليلهما بالعلة التي علل بها النبي - صلى الله عليه وسلم - من منع الثمرة وهلاكها.

[فصل بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع]

(٢٨٩٨) فصل: وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب: أحدها، أن يبيعها مفردة لغير مالك الأصل، فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه، وبينا بطلانه. الثاني، أن يبيعها مع الأصل، فيجوز بالإجماع؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من ابتاع نخلا بعد أن تؤبر، فثمرتها للذي باعها، إلا أن يشترط المبتاع» . ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعا في البيع، فلم يضر احتمال الغرر فيها، كما احتملت الجهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة، والنوى في التمر مع التمر، وأساسات الحيطان في بيع الدار.." (١)

"قلنا: لأن المشتري لا يجب عليه تسليم الثمرة؛ لأنه لم يملكها من جهته، وإنما بقي ملكه عليها، بخلاف مسألتنا، فإن امتنع البائع من السقي، لضرر يلحق بالأصل، أجبر عليه؛ لأنه دخل على ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٦٣

[فصل بيع الثمرة في شجرها]

(٢٩٠٨) فصل: ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها. روي ذلك عن الزبير بن العوام، وزيد بن ثابت، والحسن بن أبي الحسن البصري، وأبي حنيفة، والشافعي، وابن المنذر. وكرهه ابن عباس، وعكرمة، وأبو سلمة؛ لأنه بيع له قبل قبضه، فلم يجز، كما لو كان على وجه الأرض، فلم يقبضه. **ولنا**، أنه يجوز له التصرف فيه، فجاز له بيعه، كما لو جزه. وقولهم: لم يقبضه. لا يصح، فإن قبض كل شيء بحسبه، وهذا قبضه التخلية، وقد وجدت.

[مسألة ثمرة النخل بدو صلاحها أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة]

(٢٩٠٩) مسألة؛ قال: فإن كانت ثمرة نخل، فبدو صلاحها أن تظهر فيها الحمرة أو الصفرة. وإن كانت ثمرة كرم فصلاحها أن تتموه، وصلاح ما سوى النخل والكرم أن يبدو فيها النضج وجملة ذلك، أن ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه، كثمرة النخل، والعنب الأسود، والإجاص، فبدو صلاحه بذلك. وإن كان العنب أبيض، فصلاحه بتموهه؛ وهو أن يبدو فيه الماء الحلو، ويلين، ويصفر لونه. وإن كان مما لا يتلون، كالتفاح ونحوه، فبأن يحلو، أو يطيب.

وإن كان بطيخا، أو نحوه، فبأن يبدو فيه النضج. وإن كان مما لا يتغير لونه، ويؤكل طيبا، صغارا وكبارا، كالقثاء والخيار، فصلاحه بلوغه أن يؤكل عادة. وقال القاضي، وأصحاب الشافعي: بلوغه أن يتناهى عظمه. وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه؛ فإن بدو صلاح الشيء ابتداؤه، وتناهي عظمه آخر صلاحه. ولأن بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزاز، فلا يجوز أن يجعل بدو الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه قطعه عادة؛ إلا أن يريدوا بتناهي عظمه انتهاءه إلى الحال التي جرت العادة بأخذه فيها، فيكون كما ذكرنا. وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك، والشافعي، وكثير من أهل العلم، أو مقارب له. وقال عطاء: لا يباع حتى يؤكل من التمر قليل، أو كثير.

وروي نحوه عن ابن عمر، وابن عباس. ولعلهم أرادوا صلاحه للأكل، فيرجع معناه إلى ما قلنا؛ فإن ابن عباس قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع النخل حتى يأكل منه، أو يؤكل.» متفق عليه. وإن أرادوا حقيقة الأكل كان ما ذكرنا أولى؛ لأن ما رووه يحتمل صلاحه للأكل، فيحمل على ذلك، موافقة لأكثر الأخبار، وهو ما روي «عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه نهى عن بيع الثمرة حتى تطيب» .

متفق عليه. ونهى أن تباع الثمرة حتى تزهو. قيل: وما تزهو؟ قال: (تحمار أو تصفار) . رواه البخاري. «ونهى عن بيع العنب حتى يسود.» رواه." [١]

"الترمذي، وابن ماجه. والأحاديث في هذا كثيرة، كلها تدل على هذا المعنى.

[مسألة بيع القثاء والخيار والباذنجان وما أشبهه]

(٢٩١٠) مسألة؛ قال: ولا يجوز بيع القثاء، والخيار، والباذنجان، وما أشبهه، إلا لقطة لقطة وجملة ذلك؛ أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز إلا بيع الموجود منها، دون المعدوم. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: يجوز بيع الجميع؛ لأن ذلك يشق تمييزه، فجعل ما لم يظهر تبعا لما ظهر، كما أن ما لم يبد صلاحه تبع لما بدا. **ولنا**، أنها ثمرة لم تخلق، فلم يجز بيعها، كما لو باعها قبل ظهور شيء منها، والحاجة تندفع ببيع أصوله، ولأن ما لم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع، بخلاف ما لم يخلق.

ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعا لما خلق، وإن كان ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا. إذا تقرر هذا، فإن باعها قبل بدو صلاحها، لم يجز إلا بشرط القطع، فإن كان بعد بدو صلاحها جاز مطلقا، وبشرط القطع، والتبقية، على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار. وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه.

[فصل بيع أصول البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع]

(٢٩١١) فصل: قال القاضي: ويصح بيع أصول هذه البقول التي تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع. وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي. ولا فرق بين كون الأصول صغارا أو كبارا، مثمرة أو غير مثمرة، لأنه أصل تكرر فيه الثمرة، فأشبه الشجر.

فإن باع المثمر منه، فثمرته الظاهرة للبائع، متروكة إلى حين بلوغها، إلا أن يشترطها المبتاع. فإن حدثت ثمرة أخرى فهي للمشتري. فإن اختلطت بثمرة البائع، ولم تتميز، كان الحكم فيها كثمرة الشجرة إذا اختلطت بثمرة أخرى، على ما مر حكمه.

[فصل بيع ما المقصود منه مستور في الأرض كالجزر وغيره]

(٢٩١٢) فصل: ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض، كالجزر، والفجل، والبصل، والثوم حتى

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٦٩

يقلع، ويشاهد. وهذا قول الشافعي، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. وأباحه مالك، والأوزاعي، وإسحاق؛ لأن الحاجة داعية إليه، فأشبه بيع ما لم يبد صلاحه تبعا لما بدا.

ولنا أنه مبيع مجهول، لم يره، ولم يوصف له، فأشبه بيع الحمل. ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – «نهى عن بيع الغرر.» رواه مسلم. وهذا غرر. وأما بيع ما لم يبد صلاحه، فإنما جاز بيعه لأن الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح، ويتبع بعضه بعضا، فإن كان مما تقصد فروعه وأصوله، كالبصل المبيع أخضر، والكراث، والفجل، أو كان المقصود فروعه، فالأولى جواز بيعه؛ لأن المقصود منه ظاهر، فأشبه الشجر، والحيطان التي لها أساسات مدفونة.

ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعا، فلا تضر جهالته، كالحمل في البطن، واللبن في الضرع مع الحيوان، وإن كان معظم المقصود منه أصوله، لم يجز بيعه في الأرض؛ لأن الحكم للأغلب. فإن تساويا لم يجز؛ لأن الأصل اعتبار الشرط في الجميع، وإنما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهرا تبعا، ففيما عداه يبقى على الأصل.." (١)

"عليها، ليزيد له ما يأخذه، فيفضي إلى التنازع، وهو مفسدة، فيبطل البيع من أجله.

ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه، من اشتراط منفعة البائع في المبيع؛ لما ذكرنا في صدر المسألة. والأول أولى لوجهين؛ أحدهما، أنه قال في موضع آخر: ولا يبطل البيع بشرط واحد. والثاني، أن المذهب، أنه يصح اشتراط منفعة البائع في المبيع، مثل أن يشتري ثوبا، ويشترط على بائعه خياطته قميصا، أو قلعة، ويشترط حذوها نعلا، أو جرزة حطب، ويشترط حملها إلى موضع معلوم. نص عليه أحمد، في رواية مهنا، وغيره. حتى قال القاضي: لم أجد بما قال الخرقي رواية في أنه لا يصح.

واحتج أحمد بأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جرزة حطب، وشارطه على حملها. وبه قال إسحاق، وأبو عبيد. وقال أبو حنيفة: يجوز أن يشتري قلعة، ويشترط على البائع تشريكها. وحكي عن أبي ثور، والثوري أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط؛ لأنه شرط فاسد، فأشبه سائر الشروط الفاسدة، وروي «عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه نهى عن بيع، وشرط» . **ولنا**، ما تقدم، ولم يصح أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن بيع، وشرط.

إنما الصحيح «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن شرطين في بيع.» كذا ذكره الترمذي. وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد. قال أحمد: إنما النهي عن شرطين في بيع، أما الشرط الواحد فلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٧٠

بأس به.

[فصل لا بد من كون المنفعة معلومة للمتبايعين ليصح اشتراطها]

(٢٩١٩) فصل: ولا بد من كون المنفعة معلومة لهما، ليصح اشتراطها، لأننا نزلنا ذلك منزلة الإجارة. فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله، والبائع لا يعرف منزله، لم يصح. ولو اشترط حذوها نعلا، فلا بد من معرفة صفتها، كما لو استأجره على ذلك ابتداء. قال أحمد، في الرجل يشتري النعل، على أن يحذوها: جائز إذا أراد الشراك.

وإن تعذر العمل بتلف المبيع قبله، أو بموت البائع انفسخت الإجارة، ورجع المشتري عليه بعوض ذلك.

وإن تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل، والأجرة عليه، كقولنا في الإجارة.

[فصل يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة]

فصل: ويصح أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة، مثل أن يبيع دارا، ويستثني سكناها شهرا، أو جملا، ويشترط ظهره إلى مكان معلوم، أو عبدا، ويستثني خدمته سنة. نص على هذا أحمد. وهو قول الأوزاعي، وإسحاق، وأبي ثور، وابن المنذر، وقال الشافعي، وأصحاب الرأي:." (١)

"لا يصح الشرط؛ «لنهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع وشرط» ، ولأنه ينافي مقتضى البيع، فأشبه ما لو شرط أن لا يسلمه، وذلك؛ لأنه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعته، ولأن مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه، وهذا شرط ينافيه، وقال ابن عقيل: فيه رواية ثانية، أنه يبطل البيع والشرط، نقلها عبد الله بن محمد الفقيه، في الرجل يشتري من الرجل جارية، ويشترط أن تخدمه، فالبيع باطل.

وهذه الرواية لا تدل على محل النزاع في هذه المسألة، فإن اشتراط خدمة الجارية باطل لوجهين؛ أحدهما، أنها مجهولة، وإطلاقها يقتضي خدمتها أبدا، وهذا لا خلاف في بطلانه، إنما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة. الثاني، أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها، فيفضي إلى الخلوة بها، والخطر برؤيتها، وصحبتها، ولا يوجد هذا في غيرها، ولذلك منع إعارة الجارية الشابة لغير محرمها.

وقال مالك: إذا اشترط ركوبا إلى مكان قريب، جاز، وإن كان إلى مكان بعيد كره؛ لأن اليسير تدخله المسامحة. ولنا، ما روى جابر: «أنه باع النبي - صلى الله عليه وسلم - جملا، واشترط ظهره إلى المدينة»

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٧٣

. وفي لفظ قال: «فبعته بأوقية، واستثنيت حملانه إلى أهلي.» متفق عليه. وفي لفظ «قال: فبعته منه بخمس أواق، قال: قلت: على أن لي ظهره إلى المدينة. قال: ولك ظهره إلى المدينة» . ورواه مسلم. «ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم -: نهى عن الثنيا إلا أن تعلم.» وهذه معلومة، ولأن المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلة مؤبرة، أو أرضا مزروعة، أو دارا مؤجرة، أو أمة مزوجة، فجاز أن يستثنيها، كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير، ولم يصح «نهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيع وشرط. وإنما نهى عن شرطين في بيع»

، فمفهومه إباحة الشرط الواحد، وقياسهم ينتقض باشتراط الخيار والتأجيل في الثمن.

[فصل باعه أمة واستثنى وطأها مدة معلومة]

(٢٩٢١) فصل: وإن باعه أمة، واستثنى وطأها مدة معلومة، لم يجز؛ لأن الوطء لا يباح في غير ملك أو نكاح؛ لقوله تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ [المؤمنون: ٥] ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٦] ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ [المؤمنون: ٧] ، وفارق اشتراط وطء المكاتبة حيث نبيحه؛ لأن المكاتبة مملوكة، فيستباح وطؤها بالشرط في المحل المملوك. واختار ابن عقيل، أنه لا يباح وطؤها أيضا. وهو قول أكثر الفقهاء.

[فصل باع المشتري العين المستثناة منفعتها]

(٢٩٢٢) فصل: وإن باع المشتري العين المستثناة منفعتها، صح البيع، وتكون في يد المشتري الثاني مستثناة أيضا، فإن كان عالما بذلك، فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، فلم يثبت له خيار، كما لو اشترى." (١)

"واستثنى منها مثل ذلك، لم يجز. وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، والحسن، والشافعي، والأوزاعي، وإسحاق، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى، أنه يجوز، وهو قول ابن سيرين، وسالم بن عبد الله، ومالك؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم -: نهى عن بيع الثنيا إلا أن تعلم.» رواه الترمذي وقال: هو حديث حسن صحيح، وهذه ثنيا معلومة، ولأنه استثنى معلوما أشبه ما إذا استثنى منها جزءا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٤/٤

ولنا، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم –: نهى عن الثنيا.» رواه البخاري. ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر، والاستثناء يغير حكم المشاهدة؛ لأنه لا يدري كم يبقى في حكم المشاهدة، فلم يجز، ويخالف الجزء؛ فإنه لا يغير حكم المشاهدة، ولا يمنع المعرفة بها.

[فصل باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالا معلومة]

(٢٩٢٩) فصل: وإن باع شجرة، أو نخلة، واستثنى أرطالا معلومة، فالحكم فيه كما لو باع حائطا واستثنى آصعا. وقال القاضي في " شرحه ": يصح؛ لأن الصحابة، – رضي الله عنهم – أجازوا استثناء سواقط الشاة. والصحيح، ما ذكرناه. وهذا أشبه بمسألة الصاع من الحائط وإليها أقرب، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق هاهنا، فلا يصح. والله أعلم.

[الفصل الثاني استثنى من المبيع نخلة أو شجرة بعينها]

(٢٩٣٠) الفصل الثاني، أنه إذا استثنى نخلة، أو شجرة بعينها، جاز. ولا نعلم في ذلك خلافا؛ وذلك لأن المستثنى معلوم، ولا يؤدي إلى جهالة المستثنى منه. وإن استثنى شجرة غير معينة، لم يجز؛ لأن الاستثناء غير معلوم، فصار المبيع والمستثنى مجهولين.

وروي عن ابن عمر، أنه باع ثمرته بأربعة آلاف، واستثنى طعام القيان. وهذا يحتمل أنه استثنى نخلا معينا بقدر طعام القيان؛ لأنه لو حمل على غير ذلك لكان مخالفا «لنهي النبي – صلى الله عليه وسلم – عن الثنيا إلا أن تعلم.» ولأن المستثنى متى كان مجهولا لزم أن يكون الباقي بعده مجهولا، فلا يصح بيعه، كما لو قال: بعتك من هذه الثمرة طعام القيان.

[فصل استثنى جزءا معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا]

(٢٩٣١) فصل: وإن استثنى جزءا معلوما من الصبرة أو الحائط مشاعا، كثلث، أو ربع، أو أجزاء، كسبعين، أو ثلاثة أثمان، صح البيع والاستثناء. ذكره أصحابنا. وهو مذهب الشافعي. وقال أبو بكر، وابن أبي موسى: لا يجوز. **ولنا** أنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ولا المستثنى منه، فصح، كما لو اشترى شجرة بعينها؛ وذلك لأن معنى: بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها. أي بعتك ثلثيها. وقوله: إلا ربعها معناه: بعتك ثلاثة أرباعها. ولو باع حيوانا، واستثنى ثلثه، جاز، وكان معناه بعتك ثلثيه. ومنع منه القاضي أبو يعلى قياسا على استثناء

الشحم.

ولا يصح؛ لأن الشحم مجهول لا يصح إفراده بالبيع، وهذا معلوم؛ ويصح إفراده بالبيع،." [١]

"يصح؛ لأن دراهم زيد لا يكون عوضها لعمرو. فإن اشترى الطعام بعينها، أو في ذمته، فهو كتصرف الفضولي على ما تبين.

وإن قال: اشتر لي بها طعاما، ثم أقبضه لنفسك، ففعل، صح الشراء، ولم يصح القبض لنفسه، على ما تقدم في مثل هذه الصورة. وإن قال: اقبضه لنفسك ففعل، جاز. نص أحمد على نظير ذلك، وهكذا جميع المسائل التي تقدمت، إذا حصل الطعام في يد عمرو لزيد، فأذن له أن يقبض من نفسه. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح؛ لأنه لا يجوز أن يكون قابضا لنفسه من نفسه. **ولنا**، أنه يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده، ويقبض لنفسه من نفسه، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئا، جاز أن يقبل له من نفسه، ويقبض منها، فكذا هاهنا.

[فصل اشترى اثنان طعاما فقبضاه ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه]

(٢٩٥٩) فصل: وإن اشترى اثنان طعاما، فقبضاه، ثم باع أحدهما للآخر نصيبه قبل أن يقتسماه، احتمل أن لا يجوز ذلك. وهو قول الحسن، وابن سيرين، كرها أن يبيع الرجل من شريكه شيئا مما يكال أو يوزن، قبل أن يقتسماه. لأنه لم يقبض نصيبه منفردا، فأشبه غير المقبوض.

ويحتمل الجواز؛ لأنه مقبوض لهما، يجوز بيعه لأجنبي، فجاز بيعه لشريكه، كسائر الأموال. فإن تقاسماه، وتفرقا، ثم باع أحدهما نصيبه بذلك الكيل الذي كاله، لم يجز. كما لو اشترى من رجل طعاما، فاكتاله، وتفرقا، ثم باعه إياه بذلك الكيل. وإن لم يتفرقا، خرج على الروايتين اللتين تقدمتا.

[مسألة ما يحتاج إلى القبض لا تجوز الشركة فيه ولا توليته ولا الحوالة به قبل قبضه]

(٢٩٦٠) مسألة؛ قال: (والشركة فيه والتولية والحوالة به كالبيع) . وجملته، أن ما يحتاج إلى القبض لا تجوز الشركة فيه، ولا توليته، ولا الحوالة به قبل قبضه. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك: يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه؛ لأنها تختص بمثل الثمن، الأول، فجازت قبل القبض، كالإقالة.

ولنا، أن هذه أنواع بيع، فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه، فإن الشركة بيع بعض

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٧٧

المبيع بقسطه من ثمنه، والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه. ولأنه تمليك لغير من هو في ذمته، فأشبه البيع. وفارق الإقالة، فإنها فسخ للبيع، فأشبهت الرد بالعيب. وكذلك لا تصح هبته ولا رهنه ولا دفعه أجرة، ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المفتقرة إلى القبض؛ لأنه غير مقبوض، فلا سبيل إلى إقباضه.

(٢٩٦١) فصل: وأما التولية والشركة فيما يجوز بيعه فجائزان؛ لأنهما نوعان من أنواع البيع، وإنما اختصا بأسماء، كما اختص بيع المرابحة والمواضعة بأسماء. فإذا اشترى شيئا فقال له رجل: أشركني في نصفه بنصف الثمن. فقال: أشركتك. صح، وصار مشتركا بينهما.

وإن قال: ولني ما اشتريته بالثمن فقال: وليتك. صح، إذا كان الثمن معلوما لهما. فإن جهله أحدهما، لم يصح، كما لو باعه بالرقم.." (١)

"أن أعطاه بدل الحنطة شعيرا، جاز. ولم يجز التفرق قبل القبض وإن أعطاه معينا، لا يشترط فيه التقابض، جاز التفرق قبل القبض، كما لو قال: بعتك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك. ويحتمل أن لا يجوز؛ لأن المبيع في الذمة، فلم يجز التفرق قبل القبض، كالسلم.

[فصل الشروط الفاسدة في البيع هل تبطله]

(٢٩٦٥) فصل: وإذا قال رجل لغريمه: بعني هذا على أن أقضيك دينك منه. ففعل، فالشرط باطل؛ لأنه شرط أن لا يتصرف فيه بغير القضاء، وهل يبطل البيع؟ ينبني على الشروط الفاسدة في البيع، هل تبطله؟ على روايتين، وإن قال: اقضني حقي على أن أبيعك كذا وكذا. فالشرط باطل والقضاء صحيح؛ لأنه قبضه حقه. وإن قال: اقضني أجود من مالي، على أن أبيعك كذا وكذا. فالقضاء والشرط باطلان، وعليه رد ما قبضه والمطالبة بماله.

[مسألة الإقالة بيع]

(٢٩٦٦) مسألة؛ قال: (وليس كذلك الإقالة؛ لأنها فسخ، وعن أبي عبد الله، الإقالة بيع) اختلفت الرواية في الإقالة. فعنه أنها فسخ. وهو الصحيح، واختيار أبي بكر، وهو مذهب الشافعي. والثانية، أنها بيع. وهي مذهب مالك؛ لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه، فلما كان الأول بيعا كذلك الثاني، ولأنه نقل الملك بعوض، على وجه التراضي، فكان بيعا، كالأول.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٩/٤

وحكي عن أبي حنيفة، أنها فسخ في حق المتعاقدين. بيع في حق غيرهما. فلا تثبت أحكام البيع في حقهما، بل تجوز في السلم، وفي المبيع قبل قبضه، ويثبت حكم البيع في حق الشفيع، حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا فيه بالشفعة. **ولنا**، أن الإقالة هي الدفع والإزالة. يقال: أقالك الله عثرتك. أي أزالها. قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من أقال نادما بيعته، أقاله الله عثرته يوم القيامة» .

قال ابن المنذر: وفي إجماعهم «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – نهى عن بيع الطعام قبل قبضه» ، مع إجماعهم على أن له أن يقيل المسلم جميع المسلم فيه، دليل على أن الإقالة ليست بيعا، ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه، فلم تكن بيعا كالإسقاط، ولأنها تتقدر بالثمن الأول. ولو كانت بيعا لم تتقدر به، ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينعقد به البيع، فكان فسخا، كالرد بالعيب.

ويدل على أبي حنيفة بأن ما كان فسخا في حق المتعاقدين، كان فسخا في حق غيرهما، كالرد بالبيع والفسخ بالخيار، ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص، والأصل اعتبار الحقائق.

(٢٩٦٧) فصل: فإن قلنا: هي فسخ جازت قبل القبض وبعده.

وقال أبو بكر: لا بد فيها من كيل ثان، ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان، كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في العدة. **ولنا** أنه فسخ للبيع، فجاز قبل القبض، كالرد بالعيب، والتدليس، والفسخ بالخيار، أو اختلاف." (١)

"المتبايعين. وفارق العدة، فإنها اعتبرت للاستبراء،

والحاجة

داعية إليه في كل فرقة بعد الدخول، بخلاف مسألتنا. فإن قلنا: هي بيع. لم يجز قبل القبض، فيما يعتبر فيه القبض؛ لأن بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز، كما لا يجوز من غيره. ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخا؛ لأنها رفع للعقد، وإزالة له، وليست بمعاوضة، فأشبهت سائر الفسوخ.

ومن حلف لا يبيع فأقال، لم يحنث. ولو كانت بيعا، استحقت بها الشفعة، وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها، كسائر أنواع البيع. ولا يجوز إلا بمثل الثمن، سواء قلنا: هي فسخ أو بيع؛ لأنها خصت بمثل الثمن، كالتولية. وفيه وجه آخر، أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول. وأقل منه إذا قلنا: إنها بيع كسائر البياعات. فإن قلنا: لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول، فأقال بأقل منه أو أكثر، لم تصح الإقالة، وكان الملك باقيا للمشتري. وبهذا قال الشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٩٢

وحكي عن أبي حنيفة، أنها تصح بارثمن الأول، ويبطل الشرط؛ لأن لفظ الإقالة اقتضى مثل الثمن، والشرط ينافيه، فبطل، وبقي الفسخ على مقتضاه، كسائر الفسوخ. **ولنا**، أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل، فبطل، كبيع درهم بدرهمين. ولأن القصد بالإقالة رد كل حق إلى صاحبه، فإذا شرط زيادة أو نقصانا، أخرج العقد عن مقصوده، فبطل، كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه. ويفارق سائر الفسوخ؛ لأنه لا يعتبر فيه الرضا منهما، بل يستقل به أحدهما، فإذا شرط عليه شيء، لم يلزمه؛ لتمكنه من الفسخ بدونه.

وإن شرط لنفسه شيئا، لم يلزمه أيضا؛ لأنه لا يستحق أكثر من الفسخ. وفي مسألتنا لا تجوز الإقالة إلا برضاهما، وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص، فإذا أبطلنا شرطه فات رضاه، فتبطل الإقالة؛ لعدم رضاه بها.

[مسألة بيع الصبرة جزافا مع جهل البائع والمشتري بقدرها]

(٢٩٦٨) مسألة؛ قال: (ومن اشترى صبرة طعام، لم يبعها حتى ينقلها) هذه المسألة تدل على حكمين؛ أحدهما؛ إباحة بيع الصبرة جزافا مع جهل البائع والمشتري بقدرها، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي. ولا نعلم فيه خلافا. وقد نص عليه أحمد.

ودل عليه قول ابن عمر: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا، فنهانا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نبيعه حتى ننقله من مكانه» . متفق عليه، ولأنه معلوم بالرؤية، فصح بيعه، كالثياب والحيوان. ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة، فإن ذلك يشق؛ لكون الحب بعضه على بعض، ولا يمكن بسطها حبة حبة، ولأن الحب تتساوى أجزاؤه في الظاهر، فاكتفي برؤية ظاهره، بخلاف الثوب، فإن نشره لا يشق، ولم تختلف أجزاؤه، ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة؛ لأنه علم ما اشترى بأبلغ الطرق، وهو الرؤية.

وكذلك لو قال: بعتك نصف هذه." (١)

"المذكور. وقد روي عن علي – رضي الله عنه – أنه آجر نفسه كل دلو بتمرة، وجاء النبي – صلى الله عليه وسلم – بالتمر.

[فصل قال بعتك من هذه الصبرة قفيزا أو قال عشرة أقفزة وهما يعلمان أنهما أكثر من ذلك]

(٢٩٧٥) فصل: ولو قال: بعتك من هذه الصبرة قفيزا. أو قال: عشرة أقفزة. وهما يعلمان أنهما أكثر من

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٩٣

ذلك، صح. وحكي عن داود، أنه لا يصح؛ لأنه غير مشاهد، ولا موصوف. **ولنا**، أن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها أشبه إذا باع نصفها، وما ذكره قياس، وهو لا يحتج بالقياس، ثم لا يصح، فإنه إذا شاهد الجملة، فقد شاهد المبيع؛ لأنه بعضها.

[فصل قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم]

(٢٩٧٦) فصل: وإن قال: بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، لم يصح؛ لأن " من " للتبعيض، و "كل " للعدد، فيكون ذلك العدد منها مجهولا. ويحتمل أن يصح البيع، كما يصح في الإجارة، كل دلو بتمرة، وإن قال: بعتك هذه الصبرة ال أ خرى بعشرة دراهم. على أن أزيدك قفيزا، أو أنقصك قفيزا. لم يصح؛ لأنه لا يدري أيزيده أم ينقصه، ولو قال: على أن أزيدك قفيزا. لم يجز؛ لأن القفيز مجهول.

ولو قال: أزيدك قفيزا من هذه الصبرة الأخرى. أو وصفه بصفة يعلم بها، صح؛ لأن معناه، بعتك هذه، وقفيزا من هذه الأخرى بعشرة دراهم. وإن قال: على أن أنقصك قفيزا. لم يصح؛ لأن معناه، بعتك هذه الصبرة، إلا قفيزا، كل قفيز بدرهم، وشيء مجهول. ولو قال: بعتك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم، على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة لأخرى. لم يصح؛ لإفضائه إلى جهالة الثمن في التفصيل؛ لأنه يصير قفيزا وشيئا بدرهم، والشيء لا يعرفانه؛ لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من القفزان.

ولو قصد أني أحط ثمن قفيز من الصبرة لا أحتسب به، لم يصح؛ للجهالة التي ذكرناها. وإن كانت الصبرة معلوما قدر قفزانها لهما، أو قال: هذه عشرة أقفزة بعتكها كل قفيز بدرهم، على أن أزيدك قفيزا من هذه الصبرة. أو وصفه بصفة يعلم بها صح لأن معناه بعتك كل قفير وعشر قفيز بدرهم. وإن لم يعلم القفيز، أو جعله هبة، لم يصح. وإن أراد أني لا أحسب عليك بثمن قفيز منها، صح أيضا؛ لأنهما لما علما جملة الصبرة علما ما ينقص من الثمن.

ولو قال: على أن أنقصك قفيزا. صح؛ لأن معناه، بعتك تسعة أقفزة بعشرة دراهم، وكل قفيز بدرهم وتسع. وحكي عن أبي بكر، أنه يصح في جميع المسائل، على قياس قول أحمد؛ لأنه يجيز الشرط الواحد. ولا يصح هذا؛ لأن المبيع مجهول، فلا يصح بيعه، بخلاف الشرط الذي لا يفضي إلى الجهالة.

[فصل بيع ما لا تتساوي أجزاؤه]

(٢٩٧٧) فصل: ولو باع ما لا تتساوى أجزاؤه، كالأرض والثوب والقطيع من الغنم، ففيه نحو من مسائل

الصبر. وإن قال: بعتك هذه الأرض، أو هذه الدار، أو هذا الثوب، أو هذا القطيع، بألف. صح إذا كان مشاهدا. أو قال: بعتك نصفه، أو ثلثه، أو ربعه، بكذا. صح أيضا. فإن قال:." (١)

"بعتكه كل ذراع بدرهم، أو كل شاة بدرهم. صح، وإن لم يعلما قدر ذلك حال العقد لما ذكرنا في الصبرة، وإن قال: بعتك من الثوب كل ذراع بدرهم، أو من القطيع كل شاة بدرهم. لم يصح؛ لأنه مجهول. وإن باعه شاة من القطيع. لم يصح؛ لأن شياه القطيع غير متساوية القيم، فيفضي ذلك إلي التنازع، بخلاف القفيز من الصبرة، فإنه يصح؛ لأن أجزاءها متساوية. وإن باعه ذراعا من الدار، أو عشرة أذرع منها، يريدان بذلك قدرا غير مشاع، لم يصح؛ كذلك. وإن أرادا مشاعا منها، وهما يعلمان عدد ذرعانها صح. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لا يصح؛ لأن الذراع عبارة عن بقعة بعينها، وموضعه مجهول. **ولنا** أن عشرة من مائة عشرها، ولو قال: بعتك عشرها. صح. فكذلك إذا قال: بعتك عشرة من مائة.

وما ذكروه غير مسلم، بل هو عبارة عن قدر، كما أن المكيال عبارة عن قدر، فإذا أضافه إلى جملة كان ذلك جزءا منها. وإن اتفقا على أنهما أرادا قدرا منها غير مشاع، لم يصح البيع. وإن كانا لا يعلمان ذرعان الدار، لم يصح؛ لأن الجملة غير معلومة، وأجزاء الأرض مختلفة فلا يمكن أن تكون معينة ولا مشاعة. وإن قال: بعتك من الدار من هاهنا إلى هاهنا جاز؛ لأنه معلوم.

وإن قال: عشرة أذرع، ابتداؤها من هاهنا إلى هاهنا إلى حيث ينتهي الذراع. لم يصح؛ لأن الذرع يختلف، والموضع الذي ينتهي إليه لا يعلم حال العقد. ولو قال: بعتك نصيبي من هذه الدار. ولا يعلم قدر نصيبه منها، أو قال: نصيبا منها أو سهما. لم يصح؛ لأنه مجهول.

وإن علما ذلك صح. وإن قال: بعتك نصف داري مما يلي دارك. لم يصح، نص عليه؛ لأنه لا يدري إلى أين ينتهي، فيكون مجهولا.

[فصل باعه عبدا من عبدين أو أكثر]

(٢٩٧٨) فصل: ولو باعه عبدا من عبدين أو أكثر، لم يصح. وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إذا باعه عبدا من عيدين أو من ثلاثة بشرط الخيار له. صح؛ لأن الحاجة تدعو إليه، وإن كانوا أكثر، لم يصح؛ لأنه يكثر الغرر.

ولنا أن ما تختلف أجزاؤه وقيمته لا يجوز شراء بعضه غير معين ولا مشاعا، كالأربعة، وما لا يصح بغير

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٩٨

شرط الخيار، لا يصح بشرطه، كالأربعة، ولا حاجة إلى هذا، فإن الاختيار يمكن قبل العقد، ثم ما قالوه يبطل بالأربعة.

[فصل قال بعتك من هذا الثوب من هذا الموضع إلى هذا الموضع]

(٢٩٧٩) فصل: وحكم الثوب حكم الأرض، إلا أنه إذا قال: بعتك من هذا الثوب، من هذا الموضع إلى هذا الموضع. صح. فإن كان مما لا ينقصه القطع، قطعاه، وإن كان مما ينقصه القطع، وشرط البائع أن يقطعه له، أو رضي بقطعه هو والمشتري، جاز. وإن تشاحا في ذلك كانا شريكين فيه، كما يشتركان." (١)

"في الأرض، وقال القاضي: لا يصح. لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر، فأشبه ما لو باعه نصفا معينا من الحيوان.

ولنا، أن التسليم ممكن، ولحوق الضرر لا يمنع التسليم إذا رضيه البائع، كما لو باعه نصفا من الحيوان مشاعا، وفارق نصف الحيوان المعين فإنه لا يمكنه تسليمه مفردا، إلا بإتلافه وإخراجه عن المالية.

[فصل قال بعتك هذه الأرض أو هذا الثوب على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر]

(٢٩٨٠) فصل: إذا قال: بعتك هذه الأرض، أو هذا الثوب على أنه عشرة أذرع. فبان أحد عشر، ففيه روايتان؛ إحداهما، البيع باطل؛ لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة، وإنما باع عشرة، ولا المشتري على أخذ البعض، وإنما اشترى الكل، وعليه ضرر في الشركة أيضا. والثانية، البيع صحيح والزيادة للبائع لأن ذلك نقص على المشتري، فلا يمنع صحة البيع، كالعيب، ثم يخير البائع بين تسليم المبيع زائدا وبين تسليم العشرة، فإن رضي بتسليم الجميع، فلا خيار للمشتري؛ لأنه زاده خيرا، وإن أبى تسليمه زائدا، فللمشتري الخيار بين الفسخ والأخذ بجميع الثمن المسمى وقسط الزائد، فإن رضي بالأخذ أخذ العشرة، والبائع شريك له بالذراع.

وهل للبائع خيار الفسخ؟ على وجهين؛ أحدهما، له الفسخ؛ لأن عليه ضررا في المشاركة. والثاني، لا خيار له؛ لأنه رضي ببيع الجميع بهذا الثمن. فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه كان زيادة، فلا يستحق بها الفسخ، ولأن هذا الضرر حصل بتغريره وإخباره، بخلاف غيره، فلا ينبغي أن يتسلط به على فسخ عقد المشتري. فإن بذلها البائع للمشتري بثمن، أو طلبها المشتري بثمن، لم يلزم الآخر القبول؛ لأنها معاوضة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٩٩

يعتبر فيها التراضي منهما، فلا يجبر واحد منهما عليه وإن تراضيا على ذلك، جاز، فإن بان تسعة، ففيه روايتان؛ إحداهما، يبطل البيع؛ لما تقدم. والثانية، البيع صحيح، والمشتري بالخيار بين الفسخ والإمساك بتسعة أعشار الثمن.

وقال أصحاب الشافعي: ليس له إمساكه إلا بكل الثمن، أو الفسخ. بناء على قولهم: إن المعيب ليس لمشتريه إلا الفسخ أو إمساكه بكل الثمن. **ولنا** أنه وجد المبيع ناقصا في القدر، فكان له إمساكه بقسطه من الثمن، كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة فبانت خمسين، وسنبين أن المعيب له إمساكه، وأخذ أرشه، فإن أخذها بقسطها من الثمن، فللبائع الخيار بين الرضا بذلك وبين الفسخ؛ لأنه إنما رضي ببيعها بهذا الثمن كله، وإذا لم يصل." (١)

"بقدر الرب سمنا بكل حال. وقال الثوري: إن شاء أخذ الذي وجده، لا يكلف أن يعطيه بقدر الرب سمنا. **ولنا**، أنه وجد المبيع المكيل ناقصا، فأشبه ما لو اشترى صبرة، فوجد تحتها ربوة، أو اشتراها على أنها عشرة أقفزة، فبانت تسعة، وقد بينا أنه يأخذ الموجود بقسطه من الثمن، كذا هاهنا. فعلى هذا إنما يأخذ الموجود من السمن بقسطه من الثمن، ولا يلزم البائع أن يعطيه سمنا، سواء كان موجودا عنده، أو لم يكن، فإن تراضيا على إعطائه سمنا، جاز، والله أعلم.

[باب بيع المصراة]

باب المصراة، وغير ذلك. التصرية: جمع اللبن في الضرع. يقال: صرى الشاة، وصرى اللبن في ضرع الشاة، بالتشديد والتخفيف. ويقال: صرى الماء في الحوض، وصرى الطعام في فيه، وصرى الماء في ظهره.

إذا ترك الجماع. وأنشد أبو عبيدة:

رأت غلاما قد صرى في فقرته ... ماء الشباب عنفوان شرته

وماء صرى، وصر، إذا طال استنقاعه. قال البخاري: أصل التصرية حبس الماء، يقال: صريت الماء.

ويقال للمصراة: المحفلة. وهو من الجمع أيضا، ومنه سميت مجامع الناس محافل والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا تصروا» . وقوله: «من غشنا فليس منا» وروى ابن ماجه، في سننه، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، أنه قال: «بيع المحفلات خلابة، ولا تحل الخلابة لمسلم.» رواه ابن عبد البر،: «ولا يحل خلابة لمسلم.»

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠٠

(٢٩٨٤) مسألة؛ قال: (وإذا اشترى مصراة وهو لا يعلم، فهو بالخيار بين أن يقبلها أو يردها وصاعا من تمر) . الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة (٢٩٨٥) ، الأول، أن من اشترى مصراة من بهيمة الأنعام، لم يعلم تصريتها، ثم علم. فله الخيار في الرد والإمساك.

روي ذلك عن ابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وأنس وإليه ذهب مالك وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو يوسف، وعامة أهل العلم، وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى أنه." (١)

"لا خيار له؛ لأن ذلك ليس بعيب؛ بدليل أنه لو لم تكن مصراة، فوجدها أقل لبنا من أمثالها لم يملك ردها، والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار، كما لو علفها فانتفخ بطنها، فظن المشتري أنها حامل.

ولنا، ما روى أبو هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، أنه قال: «لا تصروا الإبل والغنم فمن ابتاعها بعد فإنه بخير النظرين بعد أن يحتلبها إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعا من تمر» متفق عليه، وروى ابن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحا» . رواه أبو داود. ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه، فوجب به الرد، كما لو كانت شمطاء، فسود شعرها.

وقياسهم يبطل بتسويد الشعر، فإن بياضه ليس بعيب كالكبر، وإذا دلسه ثبت له الخيار، وأما انتفاخ البطن، فقد يكون من الأكل والشرب، فلا معنى لحمله على الحمل، وعلى أن هذا القياس يخالف النص، واتباع قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أولى. إذا تقرر هذا، فإنما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشتري عالما بالتصرية، فإن كان عالما، لم يثبت له الخيار.

وقال أصحاب الشافعي يثبت له الخيار في وجه؛ للخبر، ولأن انقطاع اللبن لم يوجد، وقد يبقى على حاله، فلم يجعل ذلك رضى، كما لو تزوجت عنينا، ثم طلبت الفسخ. **ولنا**، أنه اشتراها عالما بالتدليس، فلم يكن له خيار، كما لو اشترى من سود شعرها عالما بذلك، ولأنه دخل على بصيرة فلم يثبت له الرد، كما لو اشترى معيبا يعلم عيبه، وبقاء اللبن على حاله نادر بعيد، لا يعلق عليه حكم، والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع. ولو اشترى مصراة فصار لبنها عادة، واستمر على كثرته، لم يكن له الرد.

وقال أصحاب الشافعي له الرد، في أحد الوجهين؛ للخبر، ولأن التدليس كان موجودا حال العقد، فأثبت الرد، كما لو نقص اللبن. **ولنا**، أن الرد جعل لدفع الضرر بنقص اللبن، ولم يوجد، فامتنع الرد، ولأن العيب

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٢/٤

لم يوجد، ولم تختلف صفة المبيع عن حالة العقد، فلم يثبت التدليس، ولأن الخيار ثبت لدفع الضرر، ولم يوجد ضرر.

(٢٩٨٦) الفصل الثاني، أنه إذا رد، لزمه رد، بدل اللبن. وهذا قول كل من جوز ردها، وهو مقدر في." [١]

"الشرع بصاع من تمر، كما في الحديث الصحيح الذي أوردناه، وهذا قول الليث وإسحاق والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وذهب مالك، وبعض الشافعية، إلى أن الواجب صاع من غالب قوت البلد، لأن في بعض الحديث: " ورد معها صاعا من طعام ".

وفي بعضها: " ورد معها مثلي أو ميلي لبنها قمحا " فجمع بين الأحاديث، وجعل تنصيصه على التمر؛ لأنه غالب قوت البلد في المدينة، ونص على القمح؛ لأنه غالب قوت بلد آخر. وقال أبو يوسف: يرد قيمة اللبن؛ لأنه ضمان متلف، فكان مقدرا بقيمته، كسائر المتلفات، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وحكي عن زفر أنه يرد صاعا من تمر، أو نصف صاع من بر بناء على قولهم في الفطرة والكفارة. **ولنا**، الحديث الصحيح الذي أوردناه، وهو المعتمد عليه في هذه المسألة.

وقد نص فيه على التمر فقال: «إن شاء ردها وصاعا من تمر» . وفي لفظ للبخاري: «من اشترى غنما مصراة فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففـي حلبتها صاع من تمر» وفي لفظ لمسلم، رواه ابن سيرين، عن أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ورد صاعا من تمر لا سمراء» وفي لفظ له: «طعاما لا سمراء» يعني لا يرد قمحا.

والمراد بالطعام هاهنا التمر؛ لأنه مطلق في أحد الحديثين، مقيد في الآخر، في قضية واحدة والمطلق فيما هذا سبيله يحمل على المقيد. وحديث ابن عمر مطرح الظاهر بالاتفاق؛ إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها أو مثلي لبنها قمحا، ثم قد شك فيه الراوي، وخالفته الأحاديث الصحاح، فلا يعول عليه. وقياس أبي يوسف مخالف للنص، فلا يلتفت إليه ولا يبعد أن يقدر الشرع، بدل هذا المتلف، قطعا للخصومة، ودفعا للتنازع، كما قدر بدل الآدمي ودية أطرافه، ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن، فلذلك أوجبه، لوجوه ثلاثة: أحدها، أن القيمة هي الأثمان لا التمر. الثاني، أنه أوجب في المصراة من الإبل والغنم جميعا صاعا من تمر، مع اختلاف لبنها.

الثالث، أن لفظه للعموم، فيتناول كل مصراة، ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مصراة صاعا، وإن أمكن أن يكون كذلك، فيتعين إيجاب الصاع؛ لأنه القيمة التي عين الشارع إيجابها؛ فلا يجوز أن يعدل عنها، وإذ

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠٣

قد ثبت هذا، فإنه يجب أن يكون الصاع من التمر جيدا، غير معيب؛ لأنه واجب بإطلاق الشارع، فينصرف إلى ما ذكرناه، كالصاع الواجب في الفطرة. ولا يحب أن يكون من الأجود، بل يجوز أن يكن من أدني ما يقع عليه اسم الجيد.

ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة الشاة، أو أقل، أو أكثر، نص عليه أحمد. وليس هذا جمعا بين البدل والمبدل؛ لأن التمر بدل اللبن، قدره الشرع به، كما قدر في يدي العبد قيمته، وفي يديه ورجليه قيمته مرتين، مع بقاء العبد على ملك سيده.." (١)

"وإن عدم التمر في موضعه، فعليه قيمته في الموضع الذي وقع عليه العقد؛ لأنه بمثابة عين أتلفها، فيجب عليه قيمتها.

(٢٩٨٧) فصل: وإن علم بالتصرية قبل حلبها، مثل أن أقر به البائع، أو شهد به من تقبل شهادته، فله ردها، ولا شيء معها؛ لأن التمر إنما وجب بدلا للبن المحتلب، ولذلك قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من اشترى غنما مصراة فاحتلبها، فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها، ففي حلبتها صاع من تمر» . ولم يأخذ لها لبنا هاهنا، فلم يلزمه رد شيء معها. وهذا قول مالك.

قال ابن عبد البر: هذا ما لا خلاف فيه. وأما لو احتلبها وترك اللبن بحاله ثم ردها، رد لبنها، ولا يلزمه أيضا بشيء؛ لأن المبيع إذا كان موجودا فرده، لم يلزمه بدله. فإن أبى البائع قبوله، وطلب التمر، لم يكن له ذلك، إذا كان بحاله لم يتغير. وقيل: لا يلزمه قبوله؛ لظاهر الخبر، ولأنه قد نقص بالحلب، وكونه في الضرع أحفظ له. **ولنا**، أنه قدر على رد المبدل، فلم يلزمه البدل، كسائر المبدلات مع أبدالها. والحديث المراد به رد التمر حالة عدم اللبن؛ لقوله: «ففي حلبتها صاع من تمر» . ولما ذكرنا من المعنى.

وقولهم إن الضرع أحفظ له. لا يصح؛ لأنه لا يمكن إبقاؤه في الضرع على الدوام، وبقاؤه يضر بالحيوان. وإن كان اللبن قد تغير، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يلزمه قبوله. وهذا قول مالك؛ للخبر، ولأنه قد نقص بالحموضة، أشبه ما لو أتلفه. والثاني، يلزمه قبوله لأن النقص حصل بإسلام المبيع، وبتغرير البائع، وتسليطه على حلبه، فلم يمنع الرد، كلبن غير المصراة.

[فصل إذا رضي بالتصرية فأمسكها ثم وجد بها عيبا آخر]

(٢٩٨٨) فصل: وإذا رضي بالتصرية فأمسكها، ثم وجد بها عيبا آخر، ردها به؛ لأن رضاه بعيب لا يمنع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠٤

الرد بعيب آخر، كما لو اشترى أعرج، فرضي بعيبه، ثم أصاب به برصا. وإذا رد لزمه صاع من تمر عوض اللبن؛ لأنه قد جعل عوضا له فيما إذا ردها بالتصرية، فيكون عوضا له مطلقا.

(٢٩٨٩) فصل: ولو اشترى شاة غير مصراة فاحتلبها، ثم وجد بها عيبا، فله الرد، ثم إن لم يكن." [١]

"الخيار بتصرية البقرة؛ لأن الحديث: «لا تصروا الإبل والغنم» . فدل على أن ما عداهما بخلافهما، ولأن الحكم ثبت فيهما بالنص، والقياس لا تثبت به الأحكام. ولنا عموم قوله: «من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام» .

وفي حديث ابن عمر «من ابتاع محفلة» . ولم يفصل، ولأنه تصرية بلبن من بهيمة الأنعام، أشبه الإبل والغنم، والخبر فيه تنبيه على تصرية البقر؛ لأن لبنها أغزر وأكثر نفعا. وقولهم: إن الأحكام لا تثبت بالقياس. ممنوع. ثم هو هاهنا ثبت بالتنبيه، وهو حجة عند الجميع.

[فصل اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد فردهن]

(٢٩٩٢) فصل: إذا اشترى مصراتين أو أكثر في عقد واحد، فردهن، رد مع كل مصراة صاعا. وبهذا قال الشافعي، وبعض أصحاب مالك. وقال بعضهم: في الجميع صاع واحد؛ لأن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «من اشترى غنما مصراة فاحتلبها فإن رضيها أمسكها، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر» . ولنا، عموم قوله: «من اشترى مصراة ومن اشترى محفلة» . وهذا يتناول الواحدة. ولأن ما جعل عوضا عن الشيء في صفقتين، وجب إذا كان في صفقة واحدة، كأرش العيب، وأما الحديث فإن الضمير يعود إلى الواحدة.

[فصل اشترى مصراة من غير بهيمة الأنعام]

(٢٩٩٣) فصل: فإن اشترى مصراة من غير بهيمة الأنعام، كالأمة والأتان والفرس، ففيه وجهان، أحدهما، يثبت له الخيار، اختاره ابن عقيل، وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لعموم قوله: «من اشترى مصراة ومن اشترى محفلة» . ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به، فأثبت الخيار، كتصرية بهيمة الأنعام، وذلك أن لبن الآدمية يراد للرضاع، ويرغب فيها ظئرا ويحسن ثديها، ولذلك لو اشترط كثرة لبنها، فبان بخلافه، ملك الفسخ، ولو لم يكن مقصودا لما ثبت باشتراطه، ولا ملك الفسخ بعدمه. ولأن الأتان والفرس يرادان لولدهما.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠٥

والثاني: لا يثبت به الخيار؛ لأن لبنها لا يعتاض عنه في العادة، ولا يقصد قصد لبن بهيمة الأنعام، والخبر ورد في بهيمة الأنعام، ولا يصح القياس عليه؛ لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثر، واللفظ العام أريد به الخاص؛ بدليل أنه أمر في ردها بصاع من تمر، ولا يجب في لبن غيرها، ولأنه ورد عاما وخاصا في قضية واحدة، فيحمل العام على الخاص، ويكون المراد بالعام في أحد الحديثين الخاص في الحديث الآخر. وعلى الوجه الأول، إذا ردها لم يلزم بدل لبنها، ولا يرد معها شيئا؛ لأن هذا اللبن لا يباع عادة، ولا يعاوض عنه.." (١)

"من الثمن، فنسبته إلى الثمن نسبة النقصان بالعيب من القيمة، مثاله أن يقوم المعيب صحيحا بعشرة، ومعيبا بتسعة، والثمن خمسة عشر، فقد نقصه العيب عشر قيمته، فيرجع على البائع بعشر الثمن، وهو درهم ونصف. وعلة ذلك أن المبيع المضمون على المشتري بثمنه، ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن أيضا.

ولأننا لو ضمناه نقص القيمة، أفضى إلى اجتماع الثمن والمثمن للمشتري، فيما إذا اشترى شيئا بنصف قيمته، فوجد به عيبا ينقصه نصف قيمته، مثل أن يشتريه بعشرة وقيمته عشرون، فوجد به عيبا ينقصه عشرة، فأخذها، حصل له المبيع، ورجع بثمنه. وهذا معنى قول الخرقي: " أو يأخذ ما بين الصحة والعيب ". وقد نص أحمد على ما ذكرناه. وذكره الحسن البصري، فقال: يرجع بقيمة العيب في الثمن يوم اشتراه. قال أحمد: هذا أحسن ما سمعت.

[مسألة الأمة البكر إذا وطئها المشتري ثم ظهر على عيب فردها]

(٣٠٠٥) مسألة؛ قال: (وإن كانت بكرا، فأراد ردها، كان عليه ما نقصها) يعني الأمة البكر إذا وطئها المشتري، ثم ظهر على عيب فردها، كان عليه أن يرد معها أرش النقص. وعن أحمد في جواز ردها روايتان؛ إحداهما، لا يردها، ويأخذ أرش العيب. وبه قال ابن سيرين، والزهري، والثوري، والشافعي، وأبو حنيفة، وإسحاق. قال ابن أبي موسى: وهو الصحيح عن أحمد. والرواية الثانية، يردها، ويرد معها شيئا.

وبه قال شريح، وسعيد بن المسيب، والنخعي، والشعبي، ومالك، وابن أبي ليلى، وأبو ثور. والواجب رد ما نقص قيمتها بالوطء، فإذا كانت قيمتها بكرا عشرة، وثيبا ثمانية، رد دينارين؛ لأنه بفسخ العقد يصير مضمونا عليه بقيمته، بخلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري. وهذا قول مالك، وأبي ثور. وقال شريح، والنخعي:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠٧

يرد عشر ثمنها.

وقال سعيد بن المسيب: يرد عشرة دنانير. وما قلناه أولى، إن شاء الله تعالى. واحتج من منع ردها بأن الوطء نقص عينها وقيمتها، فلم يملك ردها، كما [إذا] اشترى عبدا فخصاه، فنقصت قيمته. **ولنا**، أنه عيب حدث عند أحد المتبايعين لا لاستعلام، فأثبت الخيار، كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض.

[فصل كل مبيع كان معيبا ثم حدث به عند المشتري عيب آخر قبل علمه بالأول]

(٣٠٠٦) فصل: وكل مبيع كان معيبا، ثم حدث به عند المشتري عيب آخر، قبل علمه بالأول، فعن أحمد - رحمه الله - فيه روايتان؛ إحداهما، ليس له الرد، وله أرش العيب القديم. وبه قال الثوري، وابن شبرمة، والشافعي، وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن ابن سيرين، والزهري، والشعبي؛ لأن الرد ثبت لإزالة الضرر، وفي الرد على البائع إضرار به، ولا يزال الضرر بالضرر.." (١)

"والثانية، له الرد، يرد أرش العيب الحادث عنده، ويأخذ الثمن. وإن شاء أمسكه، وله الأرش. وبهذا قال مالك وإسحاق.

وقال النخعي، وحماد بن أبي سليمان: يرده ونقصان العيب. وقال الحكم: يرده. ولم يذكر معه شيئا. **ولنا**، حديث المصراة؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بردها بعد حلبها، ورد عوض لبنها. واحتج أحمد بأن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - قضى في الثوب، إذا كان به عوار، برده وإن كان قد لبسه. ولأنه عيب حدث عند المشتري، فكان له الخيار بين رد المبيع وأرشه، وبين أخذ أرش العيب القديم، كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع.

ولأن العيبين قد استويا، والبائع قد دلس به، والمشتري لم يدلس، فكان رعاية جانبه أولى. ولأن الرد كان جائزا قبل حدوث العيب الثاني، فلا يزول إلا بدليل، وليس في المسألة إجماع ولا نص، والقياس إنما يكون على أصل، وليس لما ذكروه أصل، فيبقى الجواز بحاله. إذا ثبت هذا، فإنه يرد أرش العيب الحادث عنده؛ لأن المبيع بجملته مضمون عليه، فكذلك أجزاؤه. وإن زال العيب الحادث عند المشتري، رده ولا أرش معه، على كلتا الروايتين. وبه قال الشافعي؛ لأنه زال المانع، مع قيام السبب المقتضي للرد، فثبت حكمه.

ولو اشترى أمة، فحملت عنده، ثم أصاب بها عيبا، فالحمل عيب في الآدميات دون غيرهن؛ لأنه يمنع الوطء ويخاف منه التلف. فإن ولدت، فالولد للمشتري. وإن نقصتها الولادة، فذلك عيب أيضا. وإن لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١١٢

تنقصها الولادة ومات الولد، جاز ردها؛ لأنه زال العيب، وإن كان ولدها باقيا، لم يكن له ردها دون ولدها؛ لأن ذلك تفريق بينهما، وهو محرم. وقال الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب في " مسائلهما ": له الفسخ فيها، دون ولدها. وهو قول أكثر أصحاب الشافعي. ولأنه موضع حاجة، فأشبه ما لو ولدت حرا، فإنه يجوز بيعها دون ولدها.

ولنا، عموم قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» . ولأنه أمكن دفع الضرر بأخذ الأرش، أو برد ولدها معها، فلم يجز ارتكاب منهي الشرع بالتفريق بينهما، كما لو أراد الإقالة فيها دون ولدها. وقولهم: إن الحاجة داعية إليه. قلنا: قد اندفعت الحاجة بأخذ الأرش، أما إذا ولدت حرا، فلا سبيل إلى بيعه معها بحال. ولو كان المبيع حيوانا غير الآدمي، فحدث به حمل عند المشتري، لم يمنع الرد بالعيب؛ لأنه زيادة.

وإن علم بالعيب بعد الوضع، ولم تنقصه الولادة، فله إمساك الولد ورد الأم؛ لأن التفريق بينهما جائز. ولا فرق بين حملها قبل القبض، أو بعده. ولو اشتراها حاملا، فولدت عنده، ثم اطلع على العيب فردها، رد الولد معها؛." (١)

"والخوص، والسبل، وهو زيادة في الأجفان، والتخنيث، وكونه خنثى، والخصاء، والتزوج في الأمة، والبخر فيها.

وهذا كله قول أبي حنيفة والشافعي. ولا أعلم فيه خلافا. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تشترى ولها زوج أنه عيب. وكذلك الدين في رقبة العبد إذا كان السيد معسرا، والجناية الموجبة للقود؛ لأن الرقبة صارت كالمستحقة لوجوب الدفع في الجناية والبيع في الدين، ومستحقة للإتلاف بالقصاص، والزنى والبخر عيب في العبد والأمة جميعا. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: ليس ذلك بعيب في العبد؛ لأنه لا يراد للفراش والاستمتاع به، بخلاف الأمة.

ولنا، أن ذلك ينقص قيمته وماليته، فإنه بالزنى يتعرض لإقامة الحد عليه والتعزير، ولا يأمنه سيده على عائلته وحريمه، والبخر يؤذي سيده، ومن جالسه وخاطبه أو ساره. وأما السرقة، والإباق، والبول في الفراش، فهي عيوب في الكبير الذي جاوز العشر. وقال أصحاب أبي حنيفة: في الذي يأكل وحده ويشرب وحده.

وقال الثوري وإسحاق: ليس بعيب فيه حتى يحتلم؛ لأن الأحكام تتعلق به، من التكليف، ووجوب الحدود،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١١٣

بلوغه، فكذلك هذا. **ولنا**، أن الصبي العاقل يتحرز من هذا عادة، كتحرز الكبير، فوجوده منه في تلك الحال يدل على أن البول لداء في باطنه، والسرقة والإباق لخبث في طبعه، وحد ذلك بالعشر لأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها، والتفريق بينهم في المضاجع لبلوغها.

فأما من دون ذلك فتكون هذه الأمور منه لضعف عقله، وعدم تثبته. وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر، أو يسكر من النبيذ. نص عليه أحمد؛ لأنه يوجب عليه الحد، فهو كالزنى. وكذلك الحمق الشديد، والاستطالة على الناس؛ لأنه يحتاج إلى التأديب، وربما تكرر فأفضى إلى تلفه، ولا يكون عيبا إلا في الكبير دون الصغير؛ لأنه منسوب إلى فعله. وعدم الختان ليس بعيب في الصغير؛ لأنه لم يفت وقته، ولا في الأمة الكبيرة. وبهذا قال الشافعي.

وقال أصحاب أبي حنيفة: هو عيب فيها؛ لأنه زيادة ألم، فأشبهت العبد. **ولنا**، أنه ليس بواجب في حقها، والألم فيه يسير لا يخشى منه التلف، بخلاف العبد الكبير. فأما العبد الكبير، فإن كان مجلوبا من الكفار، فليس ذلك بعيب فيه؛ لأن العادة أنهم لا يختتنون، فصار." (١)

"ذلك معلوما عند المشتري، فهو كدينهم. وإن كان مسلما مولدا؛ فهو عيب فيه؛ لأنه يخشى عليه منه، وهو خلاف العادة.

(٣٠١١) فصل: والثيوبة ليست عيبا؛ لأن الغالب على الجواري الثيوبة، فالإطلاق لا يقتضي خلافها، وكونها محرمة على المشتري بنسب أو رضاع، ليس بعيب، إذ ليس في المحل ما يوجب خللا في المالية، ولا نقصا، وإنما التحريم مختص به. وكذلك الإحرام والصيام؛ لأنهما يزولان قريبا. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. ولا نعلم لهما مخالفا. وكذلك عدة البائن.

وأما عدة الرجعية فهي عيب؛ لأن الرجعية زوجة، ولا يؤمن ارتجاعه لها. ومعرفة الغناء والحجامة ليست بعيب. وحكي عن مالك، في الجارية المغنية، أن ذلك عيب فيها؛ لأن الغناء محرم. **ولنا** أن هذا ليس بنقص في عينها، ولا قيمتها، فلم يكن عيبا كالصناعة، ولا نسلم أن الغناء محرم، وإن سلمناه، فالمحرم استعماله، لا معرفته، والعسر ليس بعيب، وكان شريح يرد بهـ.

ولنا، أنه ليس بنقص، وعمله بإحدى يديه يقوم مقام عمله بالأخرى، والكفر ليس بعيب. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: هو عيب؛ لأنه نقص؛ بدليل قول الله تعالى ﴿ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم﴾

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١١٦

[البقرة: ٢٢١] .

ولنا، أن العبيد يكون فيهم المسلم والكافر والأصل فيهم الكفر، فالإطلاق لا يقتضي خلاف ذلك، وكون المؤمن خيرا من الكافر لا يقتضي كون الكفر عيبا، كما أن المتقي خير من غيره، قال الله تعالى: ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات: ١٣] . وليس عدم ذلك عيبا. وكونه ولد زنا ليس بعيب. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: هو عيب في الجارية؛ لأنها تراد للافتراش، بخلاف العبد. **ولنا** أن النسب في الرقيق غير مقصود، بدليل أنهم يشترون مجلوبين، غير معروفي النسب. وكون الجارية لا تحسن الطبخ أو الخبز أو نحو هذا ليس بعيب؛ لأن هذه حرفة، فلم يكن فواتها عيبا، كسائر الصنائع، وكونها لا تحيض، ليس بعيب.

وقال الشافعي: هو عيب إذا كان لكبر؛ لأن من لا تحيض لا تحمل. **ولنا**، أن الإطلاق لا يقتضي الحيض، ولا عدمه، فلم يكن فواته عيبا، كما لو كان لغير الكبر.

[فصل اشترط المشتري في البيع صفة مقصودة مما لا يعد فقده عيبا]

(٣٠١٢) فصل: وإذا اشترط المشتري في البيع صفة مقصودة مما لا يعد فقده عيبا، صح اشتراطه، وصارت مستحقة، يثبت له خيار الفسخ عند عدمها، مثل أن يشترط مسلما، فيبين كافرا، أو يشترط الأمة بكرا أو جعدة أو طباخة، أو ذات صنعة، أو لبن، أو أنها تحيض، أو يشترط في الدابة أنها." (١)

"شرط أنها لا تحمل، لم يصح الشرط؛ لأنه لا يمكن الوفاء به. وقال مالك: لا يصح في المرتفعات. ويصح في غيرهن.

ولنا، أنه باعها بشرط البراءة من الحمل، فلم يصح كالمرتفعات. وإن شرطها حائلا، فبانت حاملا، فإن كان ذلك في الأمة، فهو عيب يثبت الفسخ به، وإن كان في غيرها، فهو زيادة لا يستحق به فسخا، ويحتمل أن يستحق؛ لأنه قد يريدها لسفر، أو لحمل شيء لا يتمكن منه مع الحمل. وإن شرط البيض في الدجاجة، فقد قيل: لا يصح؛ لأنه لا علم عليه، يعرف به، ولم يثبت له في الشرع حكم، والأولى أنه يصح؛ لأنه يعرف بالعادة، فأشبه اشتراط الشاة لبونا.

وإن اشترط الهزار أو القمري مصوتا، فقال بعض أصحابنا: لا يصح. وبه قال أبو حنيفة لأن صياح الطير

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٧/٤

يجوز أن يوجد. ويجوز أن لا يوجد. والأولى جوازه؛ لأن فيه مقصدا صحيحا، وهو عادة له وخلقة فيه، فأشبه الهملجة في الدابة، والصيد في الفهد. وإن شرط في الحمام أنه يجيء من مسافة ذكرها. فقال القاضي: لا يصح. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن فيه تعذيبا للحيوان، والقصد منه غير صحيح.

وقال أبو الخطاب: يصح؛ لأن هذه عادة مستمرة، وفيه قصد صحيح لتبليغ الأخبار وحمل الكتب، فجرى مجرى الصيد في الفهد، والهملجة في الدابة، وإن شرط في الجارية أنها مغنية، لم يصح؛ لأن الغناء مذموم في الشرع، فلم يصح اشتراطه، كالزنى. وإن شرط في الكبش كونه نطاحا، وفي الديك كونه مقاتلا، لم يصح الشرط؛ لأنه منهي عنه في الشرع، فجرى مجرى الغناء في الجارية. وإن شرط في الديك أنه يوقظه للصلاة، لم يصح، لأنه لا يمكنه الوفاء به، وإن شرط كونه يصيح في أوقات معلومة، جرى مجرى اشتراط التصويت في القمري، على ما ذكرنا.

[فصل لا يفتقر الرد بالعيب إلى رضى البائع ولا حضوره ولا حكم حاكم قبل القبض ولا بعده]

(٣٠١٣) فصل: ولا يفتقر الرد بالعيب إلى رضى البائع، ولا حضوره، ولا حكم حاكم، قبل القبض ولا بعده. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن كان قبل القبض، افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه، وإن كان بعده، افتقر إلى رضا صاحبه، أو حكم حاكم؛ لأن ملكه قد تم على الثمن، فلا يزول إلا برضاه. **ولنا**، أنه رفع عقد مستحق له، فلم يفتقر إلى رضا صاحبه، ولا حضوره كالطلاق؛ ولأنه مستحق الرد بالعيب، فلا يفتقر إلى رضا صاحبه، كقبل القبض.

[مسألة اشترى معيبا فباعه ثم ظهر على عيب]

[الفصل الأول اشترى معيبا فباعه]

(٣٠١٤) مسألة؛ قال: (ولو باع المشتري بعضها، ثم ظهر على عيب، كان مخيرا بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن، أو يأخذ أرش العيب بقدر ملكه فيها) الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة: (٣٠١٥) الفصل الأول، أنه إذا اشترى معيبا فباعه، سقط رده؛ لأنه قد زال ملكه عنه. فإن عاد إليه، فأراد رده." (١)

"بالعيب الأول، نظرنا، فإن كان باعه عالما بالعيب، أو وجد منه ما يدل على رضاه به، فليس له رده؛ لأن تصرفه رضا بالعيب، وإن لم يكن علم بالعيب، فله رده على بائعه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١١٩

ليس له رده، إلا أن يكون المشتري فسخ بحكم الحاكم؛ لأنه سقط حقه من الرد ببيعه، فأشبه ما لو علم بعيبه.

ولنا، أنه أمكنه استدراك ظلامته برده، فملك ذلك، كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم، أو كما لو لم يزل ملكه عنه، ولا نسلم سقوط حقه، وإنما امتنع لعجزه عن رده، فإذا عاد إليه زال المانع، فظهر جواز الرد، كما لو امتنع الرد لغيبة البائع، أو لمعنى سواه. وسواء رجع إلى المشتري الأول بالعيب الأول، أو بإقالة، أو هبة، أو شراء ثان، أو ميراث، في ظاهر كلام القاضي.

وقال أصحاب الشافعي: إن رجع بغير الفسخ بالعيب الأول، ففيه وجهان، أحدهما، ليس له رده؛ لأنه استدرك ظلامته ببيعه، ولم يزل بفسخه. **ولنا**، أن سبب استحقاق الرد قائم، وإنما امتنع لتعذره بزوال ملكه، فإذا زال المانع وجب أن يجوز الرد عليه بالعيب. فعلى هذا إذا باعها المشتري لبائعها الأول، فوجد بها عيبا كان موجودا حال العقد الأول، فله الرد على البائع الثاني، ثم للثاني رده. وفائدة الرد هاهنا، اختلاف الثمنين، فإنه قد يكون الثمن الثاني أكثر.

[الفصل الثاني باع المعيب ثم أراد أخذ أرشه]

(٣٠١٦) الفصل الثاني، أنه إذا باع المعيب، ثم أراد أخذ أرشه. فظاهر كلام الخرقي، أنه لا أرش له سواء باعه عالما بعيبه، أو غير عالم. وهذا مذهب أبي حنيفة، والشافعي؛ لأن امتناع الرد كان بفعله، فأشبه ما لو أتلف المبيع، ولأنه قد استدرك ظلامته ببيعه، فلم يكن له أرش، كما لو زال العيب.

وقال القاضي: إن باعه مع علمه بالعيب، فلا أرش له؛ لرضاه به معيبا، وإن باعه غير عالم بالعيب، فله الأرش. نص عليه أحمد؛ لأن البائع لم يوفه ما أوجبه له العقد، ولم يوجد منه الرضا به ناقصا، فكان له الرجوع عليه، كما لو أعتقه. وقياس المذهب، أن له الأرش بكل حال، سواء باعه عالما بعيبه أو جاهلا به؛ لأننا خيرناه ابتداء بين رده، وإمساكه وأخذ الأرش، فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه، ولأن الأرش عوض الجزء الفائت من المبيع، فلم يسقط ببيعه، ولا رضاه، كما لو باعه عشرة أقفزة، وسلم إليه تسعة، فباعها المشتري. وقولهم: إنه استدرك ظلامته. لا يصح، فإن ظلامته من البائع، ولم يستدركها منه، وإنما ظلم المشتري، فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له، وهذا هو الصحيح من قول مالك، وذكر أبو الخطاب عن أحمد، في رجوع بائع المعيب بالأرش، روايتين، من غير تفريق بين علم البائع بالعيب وجهله به.

وعلى قول من قال لا يستحق الأرش، فإذا علم به المشتري الثاني فرده به، أو أخذ أرشه منه، فللأول أخذ أرشه.." (١)

"وعلى الرواية الأخرى، يفسخ الحاكم البيع، ويرد البائع الثمن، ويطالب بقيمة الحلي؛ لأنه لم يمكن إهمال العيب، ولا أخذ الأرش. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهاتين الروايتين. وإن تلف الحلي، فإنه يفسخ العقد ويرد قيمته، ويسترجع الثمن؛ فإن تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ.

وعندي، أن الحاكم إذا فسخ، وجب رد الحلي وأرش نقصه، كما قلنا فيما إذا فسخ المشتري على الرواية الأخرى، وإنما يرجع إلى قيمته عند تعذر رده بتلف أو عجز، وليس في رده ورد أرشه تفاضل؛ لأن المعاوضة زالت بالفسخ، فلم يبق له مقابل، وإنما هذا الأرش بمنزلة أرش الجناية عليه؛ ولأن قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه، أفضى إلى التفاضل؛ لأن قيمته عوض عنه، فلا يجوز ذلك، إلا أن يأخذ قيمته من غير جنسه، ولو باع قفيزا مما فيه الربا بمثله، فوجد أحدهما بما أخذه عيبا ينقص قيمته دون كيله، لم يملك أخذ أرشه، لئلا يفضي إلى التفاضل. والحكم فيه على ما ذكرناه في الحلي بالدراهم.

[مسألة ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو موتها في ملكه]

(٣٠٢٣) مسألة؛ قال: (وإن ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو موتها في ملكه، فله الأرش) وجملته، أنه إذا زال ملك المشتري عن المبيع بعتق، أو وقف، أو موت، أو قتل، أو تعذر الرد، لاستيلاد ونحوه قبل علمه بالعيب، فله الأرش. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة: لا أرش له؛ لأنه زال ملكه بفعل مضمون، أشبه البيع.

ولنا، أنه عيب لم يرض به، ولم يستدرك ظلامته فيه، فكان له الأرش كما لو أعتقه، والبيع لنا فيه منع، ومع تسليمه فإنه استدرك ظلامته فيه. وأما الهبة، فعن أحمد فيها روايتان؛ إحداهما، أنها كالبيع؛ لأنه لم ييأس من إمكان الرد؛ لاحتمال رجوع الموهوب إليه. والثانية له الأرش وهي أولى. ولم يذكر القاضي غيرها؛ لأنه ما استدرك ظلامته، فأشبه ما لو وقفه، وإمكان الرد ليس بمانع من أخذ الأرش عندنا؛ بدليل ما قبل الهبة. وإن أكل الطعام أو لبس الثوب، فأتلفه، رجع بأرشه. وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: لا يرجع بشيء؛ لأنه أهلك العين، فأشبه ما لو قتل العبد. **ولنا** أنه ما استدرك ظلامته، ولا رضي بالعيب، فلم يسقط حقه من الأرش، كما لو تلف بفعل الله تعالى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ١٢٠

(٣٠٢٤) فصل: وإن فعل شيئا مما ذكرناه بعد علمه بالعيب، فمفهوم كلام الخرقي: أنه لا أرش له. وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي. وهو قياس قول القاضي؛ لقوله في من باع المعيب عالما بعيبه: ليس له أرش؛ لأنه رضي به معيبا بتصرفه فيه مع علمه بعيبه. وقياس المذهب، أن له الأرش؛ لأن له إمساك المبيع، والمطالبة بأرشه، وهذا يتنزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه.

ولأن البائع لم يوفه ما أوجبه العقد،." (١)

"فكان له الرجوع بأرشه، كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه. ولأن الأرش عوض الجزء الفائت بالعيب، فلم يسقط بتصرفه فيما سواه؛ كما لو باعه عشرة أقفزة، فأقبضه تسعة، فتصرف فيها.

[فصل تصرف في المبيع تصرفا دالا على الرضا به قبل علمه بالعيب]

(٣٠٢٥) فصل: فإن استغل المبيع، أو عرضه على البيع، أو تصرف فيه تصرفا دالا على الرضا به، قبل علمه بالعيب، لم يسقط خياره؛ لأن ذلك لا يدل على الرضا به معيبا. وإن فعله بعد علمه بعيبه، بطل خياره في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر: وكان الحسن، وشريح، وعبد الله بن الحسن، وابن أبي ليلى، والثوري، وأصحاب الرأي، يقولون: إذا اشترى سلعة، فعرضها على البيع، لزمته. وهذا قول الشافعي. ولا أعلم فيه خلافا، فأما الأرش، فقال ابن أبي موسى: لا يستحقه أيضا.

وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الأرش. قال أحمد: أنا أقول: إذا استخدم العبد، وأراد نقصان العيب، فله ذلك، فأما إن احتلب اللبن الحادث بعد العقد، لم يسقط رده؛ لأن اللبن له، فملك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده. وكذلك إن ركب الدابة لينظر سيرها، أو ليسقيها، أو ليردها على بائعها. وإن استخدم الأمة ليختبرها، أو لبس القميص ليعرف قدره، لم يسقط خياره؛ لأن ذلك ليس برضا بالمبيع، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط.

وإن استخدمها لغير ذلك استخداما كثيرا، بطل رده، فإن كانت يسيرة لا تختص الملك، لم يبطل الخيار. قيل لأحمد: إن هؤلاء يقولون: إذا اشترى عبدا، فوجده معيبا فاستخدمه بأن يقول: ناولني هذا الثوب. يعني بطل خياره. فأنكر ذلك، وقال: من قال هذا؟ أو من أين أخذوا هذا؟ ليس هذا برضى حتى يكون شيء يبين. وقد نقل عنه في بطلان الخيار بالاستخدام روايتان. وكذلك يخرج هاهنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٣/٤

[فصل أبق العبد ثم علم عيبه]

(٣٠٢٦) فصل: وإن أبق العبد، ثم علم عيبه، فله أخذ أرشه. فإن أخذه ثم قدر على العبد، فإن لم يكن معروف الإباق قبل البيع، فقد تعيب عند المشتري، فهل يملك رده ورد أرش العيب الحادث عنده والأرش الذي أخذه؟ على روايتين. وإن كان آبقا، فله رده ورد ما أخذه من الأرش وأخذ ثمنه.

وقال الثوري والشافعي: ليس للمشتري أخذ أرشه، سواء قدر على رده أو عجز عنه، إلا أن يهلك؛ لأنه لم ييأس من رده، فهو كما لو باعه. **ولنا**، أنه معيب لم يرض به، ولم يستدرك ظلامته فيه، فكان له أرشه، كما لو أعتقه، وفي البيع استدرك ظلامته، بخلاف مسألتنا.

[فصل اشترى عبدا فأعتقه ثم علم به عيبا فأخذ أرشه]

(٣٠٢٧) فصل: وإذا اشترى عبدا فأعتقه، ثم علم به عيبا فأخذ أرشه، فهو له. وعن أحمد رواية أخرى، أنه يجعله في الرقاب. وهو قول الشافعي؛ لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله، فلا يرجع إليه شيء من بدلها.." (١)

"**ولنا**، أن العتق إنما صادف الرقبة المعيبة، والجزء الذي أخذ بدله ما تناوله عتق، ولا كان موجودا، ولأن الأرش ليس بدلا عن العبد، إنما هو جزء من الثمن، جعل مقابلا للجزء الفائت، فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع، رجع بقدره من الثمن، فكأنه لم يصح العقد فيه، ولهذا رجع بقدره من الثمن، لا من قيمة العبد.

وكلام أحمد، في الرواية الأخرى، يحمل على استحباب ذلك، لا على وجوبه. قال القاضي: إنما الروايتان فيما إذا أعتقه عن كفارته؛ لأنه إذا أعتقه عن الكفارة، لا يجوز أن يرجع إليه بشيء من بدلها، كالمكاتب إذا أدى من كتابته شيئا. **ولنا**، أنه أرش عبد أعتقه، فكان له، كما لو تبرع بعتقه.

[مسألة المتبايعين إذا اختلفا في العيب]

(٣٠٢٨) مسألة؛ قال: (فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء، أو بعده، حلف المشتري، وكان له الرد أو الأرش) وجملة ذلك، أن المتبايعين إذا اختلفا في العيب، هل كان في المبيع قبل العقد، أو حدث عند المشتري؟ لم يخل من قسمين؛ أحدهما، أن لا يحتمل إلا قول أحدهما، كالإصبع الزائدة، والشجة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٢٤

المندملة، التي لا يمكن حدوث مثلها، والجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديما. فالقول قول من يدعي ذلك، بغير يمين؛ لأننا نعلم صدقه، وكذب خصمه، فلا حاجة إلى استحلافه. والثاني، أن يحتمل قول كل واحد منهما، كالخرق في الثوب والرفو، ونحوهما، ففيه روايتان؛ إحداهما، القول قول المشتري، فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب، أو أنه ما حدث عنده ويكون له الخيار؛ لأن الأصل عدم القبض في الجزء الفائت، واستحقاق ما يقابله من الثمن، ولزوم العقد في حقه، فكان القول قول من ينفي ذلك، كما لو اختلفا في قبض المبيع.

والثانية، القول قول البائع مع يمينه، فيحلف على حسب جوابه، إن أجاب إنني بعته بريئا من العيب، حلف على ذلك، وإن أجاب بأنه لا يستحق، على ما يدعيه من الرد، حلف على ذلك، ويمينه على البت لا على نفي العلم؛ لأن الأيمان كلها على البت، لا على نفي فعل الغير. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي؛ لأن الأصل سلامة المبيع، وصحة العقد، ولأن المشتري يدعي عليه استحقاق فسخ البيع، وهو ينكره، والقول قول المنكر.

[فصل باع الوكيل ثم ظهر المشتري على عيب كان به]

(٣٠٢٩) فصل: وإذا باع الوكيل، ثم ظهر المشتري على عيب كان به، فله رده على الموكل؛ لأن المبيع يرد بالعيب، على من كان له، فإن كان العيب مما يمكن حدوثه، فأقر به الوكيل، وأنكره الموكل، فقال أبو الخطاب: يقبل إقراره على موكله بالعيب؛ لأنه أمر يستحق به الرد، فيقبل إقرار الوكيل به." (١)

"والكسب. والأول أولى؛ لأن هذا معاوضة، فلا يجبر البائع على قبولها، كسائر المعاوضات. وفارق السمن والكسب، فإنه لا يأخذ عن السمن عوضا، والكسب للمشتري لا يرده، ولا يعاوض عنه. وإن قال البائع: أنا آخذه، وأعطي قيمة الصبغ. لم يلزم المشتري ذلك.

وقال الشافعي: ليس للمشتري إلا رده؛ لأنه أمكنه رده، فلم يملك أخذ الأرش، كما لو سمن عبده، أو كسب. **ولنا**، أنه لا يمكنه رده، إلا برد شيء من ماله معه، فلم يسقط حقه من الأرش بامتناعه من رده، كما لو تعيب عنده، فطلب البائع أخذه مع أرش العيب الحادث. والأصل لا نسلمه، فإنه يستحق أخذ الأرش إذا أراده بكل حال.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٢٥

[فصل بيع العبد الجاني]

(٣٠٣٥) فصل: يصح بيع العبد الجاني، سواء كانت الجناية، عمدا أو خطأ، على النفس وما دونها، موجبة للقصاص أو غير موجبة له. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي في أحد قوليه، وقال في الآخر: لا يصح بيعه؛ لأنه تعلق برقبته حق آدمي، فمنع صحة بيعه، كالرهن، بل حق الجناية آكد؛ لأنها تقدم على حق المرتهن.
ولنا، أنه حق غير مستقر في الجاني، يملك أداءه من غيره، فلم يمنع البيع، كالزكاة، أو حق يثبت بغير رضا سيده، فلم يمنع بيعه، كالدين في ذمته، أو تصرف في الجاني، فجاز، كالعتق. وإن كان الحق قصاصا، فهو ترجى سلامته ويخشى تلفه، فأشبه المريض.

أما الرهن، فإن الحق متعين فيه، لا يملك سيده إبداله، ثبت الحق فيه برضاه، وثيقة للدين، فلو أبطله بالبيع، سقط حق الوثيقة الذي التزمه برضاه واختياره. إذا ثبت هذا فمتى باعه، وكانت الجناية موجبة للمال، أو القود، فعفي عنه إلى مال، فعلى السيد فداؤه بأقل الأمرين من قيمته، أو أرش جنايته، ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعه؛ لأن للسيد الخيرة، بين تسليمه وفدائه. فإن باعه تعين عليه فداؤه؛ لإخراج العبد من ملكه. ولا خيار للمشتري؛ لعدم الضرر عليه، إذ الرجوع على غيره، هذا إذا كان السيد موسرا.

وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يلزم السيد فداؤه؛ لأن أكثر ما فيه أنه التزم فداءه، فلا يلزمه ذلك، كما لو قال الراهن: أنا أقضي الدين من الرهن. **ولنا**، أنه زال ملكه عن الجاني، فلزمه فداؤه، كما لو قتله، بخلاف الرهن، وبهذا قال أبو حنيفة. وإن كان البائع معسرا، لم يسقط حق المجني عليه من رقبة الجاني؛ لأن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه أو ما يقوم مقامه، ولا يحصل ذلك في ذمة المعسر، فيبقى الحق في رقبته بحاله مقدما على حق المشتري. وللمشتري خيار الفسخ، إن كان غير عالم ببقاء الحق في رقبته، فإن فسخ رجع بالثمن، وإن لم يفسخ، وكانت الجناية مستوعبة لرقبة العبد، فأخذ بها، رجع المشتري بالثمن أيضا، لأن أرش مثل هذا جميع ثمنه، وإن كانت غير مستوعبة لرقبته، رجع بقدر أرشه.

وإن كان عالما بعيبه، راضيا بتعلق الحق." (١)

"به، لم يرجع بشيء؛ لأنه اشترى معيبا عالما بعيبه. فإن اختار المشتري فداءه، فله ذلك، والبيع بحاله؛ لأنه يقوم مقام البائع في الخيرة بين تسليمه وفدائه، وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه. فإن كانت الجناية موجبة للقصاص، فللمشتري الخيار، بين الرد وأخذ الأرش، فإن اقتص منه تعين الأرش، وهو قسط قيمته ما بينه جانيا وغير جان، ولا يبطل البيع من أصله. وبهذا قال أصحاب

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٢٨

الشافعي.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: يرجع بجميع الثمن؛ لأن تلفه كان بمعنى استحق عند البائع، فجرى مجرى إتلافه إياه. **ولنا**، أنه تلف عند المشتري بالعيب الذي كان فيه، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن، كما لو كان مريضا، فمات بدائه، أو مرتدا، فقتل بردته، وما ذكروه منتقض بما ذكرناه، ولا يصح قياسهم على إتلافه؛ لأنه لم يتلفه، فما اشتركا في المقتضي.

ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده، فقطعت عند المشتري، فقد تعيب في يده؛ لأن استحقاق القطع دون حقيقته، فهل يمنع ذلك رده بعيبه؟ على روايتين. ومتى اشتراه عالما بعيبه، لم يكن له رده؛ ولا أرش، كسائر المعيبات، وهذا قول الشافعي. (٣٠٣٦) فصل: وحكم المرتد حكم القاتل، في صحة بيعه، وسائر أحكامه المذكورة فيه، فإن قتله غير متحتم؛ لاحتمال رجوعه إلى الإسلام. وكذلك القاتل في المحاربة إذا تاب قبل القدرة عليه، فإن لم يتب حتى قدر عليه، فقال أبو الخطاب: هو كالقاتل في غير محاربة؛ لأنه عبد قن، يصح إعتاقه، ويملك استخدامه، فصح بيعه، كغير القاتل، ولأنه يمكنه الانتفاع به إلى حال قتله، ويعتقه فينجر به ولاء أولاده، فجاز بيعه، كالمريض المأيوس من برئه.

وقال القاضي: لا يصح بيعه؛ لأنه تحتم قتله وإتلافه وإذهاب ماليته، وحرم إبقاؤه، فصار بمنزلة ما لا نفع فيه من الحشرات والميتات، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله لا يتمهد بها محلا للبيع، كالمنفعة الحاصلة من الميتة؛ لسد بثق، أو إطعام كلب، والأول أصح، فإنه كان محلا للبيع، والأصل بقاء ذلك فيه، وانحتام إتلافه لا يجعله تالفا؛ بدليل أن أحكام الحياة، من التكليف وغيره، لا تسقط عنه، ولا تثبت أحكام الموتى له، من إرث ماله، ونفوذ وصيته وغيرها، ولأن خروجه عن حكم الأصل، لا يثبت إلا بدليل، ولا نص في هذا ولا إجماع، ولا يصح قياسه على الحشرات والميتات؛ لأن تلك لم تكن فيها منفعة، فيما مضى، ولا في الحال، وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله؛ لزوال ما ثبت به من الرجوع عن الإقرار، وإن كان ثبت به، أو رجوع البينة، ولو لم يمكن زواله، فأكثر ما فيه تحقق تلفه، وذلك يجعله كالمريض المأيوس من برئه، وبيعه جائز.

[مسألة باع عبده أو جاريته وله مال ملكه إياه مولاه أو خصه به]

(٣٠٣٧) مسألة؛ قال: (ومن باع عبدا وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع، إذا كان قصده للعبد لا للمال)." (١)

"وجملة ذلك، أن السيد إذا باع عبده، أو جاريته، وله مال ملكه إياه مولاه، أو خصه به، فهو للبائع؛ لما روى ابن عمر، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «من باع عبدا، وله مال، فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع.» رواه مسلم، وأبو داود، وابن ماجه. ولأن العبد وماله للبائع، فإذا باع العبد اختص البيع به دون غيره، كما لو كان له عبدان فباع أحدهما.

وإن اشترطه المبتاع كان له؛ للخبر، وروى ذلك نافع، عن ابن عمر، عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – وقضى به شريح، وبه قال عطاء، وطاوس، ومالك، والشافعي، وإسحاق. قال الخرقي: إذا كان قصده للعبد لا للمال. هذا منصوص أحمد، وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وعثمان البتي. ومعناه، أنه لا يقصد بالبيع شراء مال العبد، إنما يقصد بقاء المال لعبده، وإقراره في يده، فمتى كان كذلك، صح اشتراطه، ودخل في البيع به، سواء كان المال معلوما أو مجهولا، من جنس الثمن أو من غيره، عينا كان أو دينا، وسواء كان مثل الثمن أو أقل أو أكثر.

قال البتي: إذا باع عبدا بألف درهم، ومعه ألف درهم، فالبيع جائز إذا كانت رغبة المبتاع في العبد لا في الدراهم؛ وذلك لأنه دخل في البيع تبعا غير مقصود، فأشبه أساسات الحيطان، والتمويه بالذهب في السقوف، فأما إن كان المال مقصودا بالشراء، جاز اشتراطه إذا وجدت فيه شرائط البيع، من العلم به، وأن لا يكون بينه وبين الثمن ربا، كما يعتبر ذلك في العينين المبيعتين؛ لأنه مبيع مقصود، فأشبه ما لو ضم إلى العبد عينا أخرى وباعهما.

وقال القاضي: هذا ينبني على كون العبد يملك أو لا يملك، فإن قلنا: لا يملك. فاشترط المشتري ماله صار مبيعا معه، فاشترط فيه ما يشترط في سائر المبيعات. وهذا مذهب أبي حنيفة. وإن قلنا: يملك. احتملت فيه الجهالة وغيرها مما ذكرنا من قبل؛ لأنه تبع في البيع لا أصل، فأشبه طي الآبار. وهذا خلاف نص أحمد وقول الخرقي؛ لأنهما جعلا الشرط الذي يختلف الحكم به قصد المشتري دون غيره، وهو أصح إن شاء الله تعالى، واحتمال الجهالة فيه لكونه غير مقصود، كما ذكرنا، كاللبن في ضرع الشاة المبيعة، والحمل في بطنها، والصوف على ظهرها، وأشباه ذلك، فإنه مبيع، ويحتمل فيه الجهالة وغيرها، لما ذكرنا. وقد قيل: إن المال ليس بمبيع هاهنا، وإنما استبقاء المشتري على ملك العبد لا يزول عنه إلى البائع. وهو

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/٤

قريب من الأول.

[فصل اشترى عبدا واشترط ماله ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة]

(٣٠٣٨) فصل: وإذا اشترى عبدا، واشترط ماله، ثم رد العبد بعيب أو خيار أو إقالة، رد ماله معه. وقال داود: يرد العبد دون ماله؛ لأن ماله لم يدخل في البيع، فأشبه النماء الحادث عنده. **ولنا** أنه عين مال أخذها المشتري، لا تحصل بدون البيع، فيردها بالفسخ، كالعبد، ولأن العبد إذا كان ذا مال كانت قيمته أكثر، فأخذ ماله ينقص قيمته، فلم يملك رده حتى يدفع ما يزيل نقصه.." (١)

"فإن تلف ماله، ثم أراد رده، فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري، هل يمنع الرد؟ على روايتين، فإن قلنا: يرده. فعليه قيمة ما أتلف.

قال أحمد: في رجل اشترى أمة معها قناع، فاشترطه، وظهر على عيب، وقد تلف القناع: غرم قيمته بحصته من الثمن. (٣٠٣٩) فصل: وما كان على العبد أو الجارية من الحلي، فهو بمنزلة ماله، على ما ذكرنا. فأما الثياب فقال أحمد: ما كان يلبسه عند البائع، فهو للمشتري، وإن كانت ثيابا يلبسها فوق ثيابه، أو شيئا يزينه به، فهو للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع. يعني أن الثياب التي يلبسها عادة للخدمة والبذلة، تدخل في البيع، دون الثياب التي يتجمل بها؛ لأن ثياب البذلة جرت العادة ببيعها معه، ولأنها تتعلق بها مصلحته وحاجته، إذ لا غناء له عنها، فجرت مجرى مفاتيح الدار، بخلاف ثياب الجمال، فإنها زيادة على العادة، ولا تتعلق بها حاجة العبد، وإنما يلبسها إياه لينفقه بها، وهذه حاجة السيد، لا حاجة العبد، ولم تجر العادة بالمسامحة فيها، فجرت مجرى الستور في الدار والدابة التي يركبه عليها، مع دخولها في الخبر، وبقائها على الأصل. وقال ابن عمر: من باع وليدة، زينها بثياب، فللذي اشتراها ما عليها، إلا أن يشترطه الذي باعها.

وبه قال الحسن، والنخعي **ولنا**، الخبر الذي رواه ابن عمر. ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع، ولا جرت العادة ببيعها معه، أشبه سائر مال البائع. ولأنه زينة للمبيع، فأشبه ما لو زين الدار ببساط أو ستر.

[فصل لا يملك العبد شيئا إذا لم يملكه سيده]

(٣٠٤٠) فصل: ولا يملك العبد شيئا، إذا لم يملكه سيده. في قول عامة أهل العلم. وقال أهل الظاهر:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٠

يملك؛ لدخوله في عموم قوله تعالى: ﴿خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ [البقرة: ٢٩] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من باع عبدا وله مال» . فأضاف المال إليه فاللام التمليك.

ولنا، قوله تعالى ﴿ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء﴾ [النحل: ٧٥] . ولأن سيده يملك عينه ومنافعه، فما حصل بذلك يجب أن يكون لسيده، كبهيمته. فأما إن ملكه سيده شيئا، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يملكه. وهو ظاهر قول الخرقي؛ فإنه قال: والسيد يزكي عما في يد عبده؛ لأنه مالكه. وقال: والعبد لا يرث، ولا مال له فيورث عنه. وهو اختيار أبي بكر، وقول أبي حنيفة، والثوري، وإسحاق، والشافعي في الجديد؛ لأنه مملوك، فلم يملك، كالبهيمة.

والثاني، يملك. وهي أصح عندي. وهو قول مالك، والشافعي في القديم؛ للآية والخبر، ولأنه آدمي حي، فملك كالحر، ولأنه يملك في النكاح، فملك في المال كالحر، ولأنه يصح الإقرار له، فأشبه الحر، وما ذكروه تعليل بالمانع، ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد المقتضي في الأصل، ولم يوجد." (١)

"[مسألة بيع المرابحة]

(٣٠٤٩) مسألة؛ قال: ومن باع شيئا مرابحة، فعلم أنه زاد في رأس ماله، رجع عليه بالزيادة وحطها من الربح معنى بيع المرابحة، هو البيع برأس المال وربح معلوم، ويشترط علمهما برأس المال فيقول: رأس مالي فيه أو هو علي بمائة بعتك بها، وربح عشرة، فهذا جائز لا خلاف في صحته، ولا نعلم فيه عند أحد كراهة. وإن قال: بعتك برأس مالي فيه وهو مائة، وأربح في كل عشرة درهما، أو قال: ده يازده. أو ده داوزده. فقد كرهه أحمد، وقد رويت كراهته عن ابن عمر، وابن عباس، ومسروق، والحسن وعكرمة، وسعيد بن جبير، وعطاء بن يسار.

وقال إسحاق لا يجوز. لأن الثمن مجهول حال العقد، فلم يجز، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب. ورخص فيه سعيد بن المسيب، وابن سيرين، وشريح، والنخعي، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي وابن المنذر. ولأن رأس المال معلوم والربح معلوم فأشبه ما لو قال: وربح عشرة دراهم.

ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه، ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفا، ولأن فيه نوعا من الجهالة، والتحرز عنها أولى. وهذه كراهة تنزيه، والبيع صحيح؛ لما ذكرنا، والجهالة يمكن إزالتها بالحساب، فلم تضر، كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم، وأما ما يخرج به في الحساب، فمجهول في الجملة والتفصيل. إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب، فنقول: متى باع شيئا برأس ماله، وربح عشرة، ثم علم بتنبيه أو إقرار

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣١

أن رأس ماله تسعون، فالبيع صحيح؛ لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد، كالعيب وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال، وهو عشرة، وحطها من الربح، وهو درهم، فيبقى على المشتري بتسعة وتسعين درهما.

وبهذا قال الثوري، وابن أبي ليلى. وهو أحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة: هو مخير بين الأخذ بكل الثمن، أو يترك قياسا على المعيب. **ولنا**، أنه باعه برأس ماله وما قدره من الربح، فإذا بان رأس ماله قدرا مبيعا به وبالزيادة التي اتفقا عليها، والمعيب كذلك عندنا، فإن له أخذ الأرش، ثم المعيب لم يرض به، إلا بالثمن المذكور، وهاهنا رضي فيه برأس المال والربح المقرر. وهل للمشتري خيار؟ فالمنصوص عن أحمد أن المشتري مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح، وبين تركه.

نقله حنبل، وحكي ذلك قولا للشافعي؛ لأن المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضا، ولأنه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه؛ لكونه حالفا، أو وكيلا، أو غير ذلك. وظاهر كلام الخرقي، أنه لا خيار له؛ لأنه لم يذكره. وحكي ذلك قولا للشافعي؛ لأنه رضيه بمائة وعشرة، فإذا حصل له بتسعة وتسعين، فقد زاده خيرا، فلم يكن له خيار، كما لو اشتراه على أنه معيب، فبان صحيحا، أو أمي، فبان صانعا أو كاتبا أو وكل في شراء معين بمائة،." (١)

"**ولنا** أنه تغرير بالمشتري، فإنه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصلت به لأجل الصناعة، لا يرغب فيه؛ لعدم رغبته في ذلك، فأشبه ما ينقص الحيوان في مؤنته، وكسوته، وعلى المبتاع في خزنه. الضرب الثاني، أن يتغير بنقص، كنقصه بمرض، أو جناية عليه، أو تلف بعضه، أو بولادة، أو عيب، أو يأخذ المشتري بعضه، كالصوف واللبن الموجود ونحوه، فإنه يخبر بالحال على وجهه، لا نعلم فيه خلافا.

وإن أخذ أرش العيب، أو الجناية أخبر بذلك على وجهه. ذكره القاضي. وقال أبو الخطاب يحط أرش العيب من الثمن، ويخبر بالباقي، لأن أرش العيب عوض ما فات به، فكان ثمن الموجود هو ما بقي. وفي أرش الجناية وجهان؛ أحدهما، يحطه من الثمن، كأرش العيب. والثاني، لا يحطه كالنماء.

وقال الشافعي: يحطهما من الثمن، ويقول: تقوم علي بكذا؛ لأنه صادق فيما أخبر به، فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه. **ولنا**، أن الإخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصدق، وأقرب إلى البيان ونفي التغرير بالمشتري والتدليس عليه، فلزمه ذلك، كما لو اشترى شيئين بثمن واحد، وقسط الثمن عليهما. وقياس أرش

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٦

الجناية عليه على النماء والكسب غير صحيح؛ لأن الأرش عوض نقصه الحاصل بالجناية عليه، فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه، وكقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدهما، والنماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ولا هي عوض عن شيء منه، فأما إن جنى المبيع، ففداه المشتري، لم يلحق ذلك بالثمن، ولم يخبر به في المرابحة، بغير خلاف نعلمه، لأن هذا الأرش لم يزد به المبيع قيمة ولا ذاتا، وإنما هو مزيل لنقصه بالجناية والعيب الحاصل بتعلقها برقبته، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري.

فأما الأدوية، والمؤنة، والكسوة، وعمله في السلعة بنفسه، أو عمل غيره له بغير أجرة، فإنه لا يخبر بذلك في الثمن، وجها واحدا، وإن أخبر بالحال على وجهه، فحسن.

[فصل اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة]

فصل وإن اشترى شيئين صفقة واحدة، ثم أراد بيع أحدهما مرابحة، أو اشترى اثنان شيئا، فتقاسماه، وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة، بالثمن الذي أداه فيه، فذلك قسمان: أحدهما، أن يكون البيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة، وأشباه هذا، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة، حتى يخبر بالحال على وجهه. نص عليه أحمد. فقال: كل بيع اشتراه جماعة، ثم اقتسموه، لا يبيع أحدهم مرابحة، إلا أن يقول: اشتريناه جماعة، ثم اقتسمناه.

وهذا مذهب الثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وقال الشافعي يجوز بيعه بحصته من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته؛ بدليل ما لو كان المبيع شقصا وسيفا، أخذ الشفيع الشقص." (١)

"بحصته من الثمن.

ولو اشترى شيئين، فوجد أحدهما معيبا رده بحصته من الثمن. وذكر ابن أبي موسى، فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن أحمد، أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه؛ لأن ذلك ثمنه، فهو صادق فيما أخبر به. **ولنا**، أن قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن والتخمين، واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة، فلم يجز هذا فيه، فصار هذا كالخرص الحاصل بالظن، لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه، وإنما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية إليه، وكونه لا طريق له سوى التقويم، ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذه الناس طريقا لإسقاطها، فيؤدي إلى تفويتها بالكلية، وهاهنا له طريق، وهو الإخبار بالحال على وجهه، أو بيعه مساومة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٨

القسم الثاني، أن يكون المبيع من المتماثلات التي ينقسم الثمن عليها بالأجزاء، كالبر والشعير المتساوي، فيجوز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن. وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه خلافا؛ لأن ثمن الجزء معلوم يقينا، ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة. وإن أسلم في ثوبين بصفة واحدة، فأخذهما على الصفة، وأراد بيع أحدهما مرابحة بحصته من الثمن، فالقياس جوازه؛ لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين، لا باعتبار القيمة. وكذلك لو أقاله في أحدهما، أو تعذر تسليمه، كان له نصف الثمن، من غير اعتبار قيمة المأخوذ منهما، فكأنه أخذ كل واحد منهما منفردا.

ولأن الثمن وقع عليهما متساويا لتساوي صفتهما في الذمة، فهما كقفيزين من صبرة. وإن حصل في أحدهما زيادة على الصفة، جرت مجرى الحادث بعد البيع.

[فصل اشترى شيئا بثمن مؤجل لم يجز بيعه مرابحة]

(٣٠٥٣) فصل: وإن اشترى شيئا بثمن مؤجل، لم يجز بيعه مرابحة، حتى يبين ذلك وإن اشتراه من أبيه، أو ابنه، أو ممن لا تقبل شهادته له، لم يجز بيعه مرابحة، حتى يبين أمره. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد يجوز من غير بيان؛ لأنه أخبر بما اشتراه عقدا صحيحا، فأشبه ما لو اشتراه من أجنبي ولنا، أنه متهم في الشراء منهم؛ لكونه يحابيهم ويسمح لهم، فلم يجز أن يخبر بما اشتراه منهم مطلقا كما لو اشترى من مكاتبه، وفارق الأجنبي؛ فإنه لا يتهم في حقه. وقياسهم يبطل بالشراء من مكاتبه؛ فإنه لا يجوز له بيع ما اشتراه من مكاتبه مرابحة، حتى يبين أمره، ولا نعلم فيه خلافا.

وإن اشتراه من غلام دكانه الحر، فقال القاضي: إذا باعه سلعة ثم اشتراها منه بأكثر من ذلك لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين أمره، ولا نعلم فيه خلافا. ولأنه متهم في حقه فأشبه من لا تقبل شهادته له.

وقال أبو الخطاب إن فعل ذلك حيلة لم يجز. وظاهره الجواز إذا لم يكن حيلة.." (١)

"وهذا أصح؛ لأنه أجنبي، لكن لا يختص هذا بغلام دكانه، بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجز، وكان حراما وتدليسا، على ما ذكرنا من قبل.

[فصل اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة]

(٣٠٥٤) فصل: فإن اشترى ثوبا بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة استحب أن يخبر بالحال

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٣٩

على وجهه، فإن أخبر أنه اشتراه بعشرة ولم يبين، جاز وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لأنه صادق فيما أخبر به، وليس فيه تهمة، ولا تغرير بالمشتري فأشبه ما لو لم يربح فيه، وروي عن ابن سيرين أنه يطرح الربح من الثمن ويخبر أن رأس ماله عليه خمسة. وأعجب أحمد قول ابن سيرين قال: فإن باعه على ما اشتراه، يبين أمره. يعني يخبر أنه ربح فيه مرة ثم اشتراه. وهذا محمول على الاستحباب لما ذكرناه.

وقال أبو حنيفة لا يجوز بيعه مرابحة إلا أن يبين أمره، أو يخبر أن رأس ماله عليه خمسة. وهذا قول القاضي وأصحابه؛ لأن المرابحة تضم فيها العقود فيخبر بما تقوم عليه، كما تضم أجرة الخياط والقصار.

وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الأول لأنه أمن أن يرده عليه، ولأن الربح أحد نوعي النماء، فوجب أن يخبر به في المرابحة كالولد والثمرة. فعلى هذا ينبغي أنه إذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول: تقوم علي بخمسة.

ولا يجوز أن يقول: اشتريته بخمسة لأن ذلك كذب، والكذب حرام ويصير كما لو ضم أجرة القصارة والخياطة إلى الثمن وأخبر به. **ولنا**، ما ذكرناه فيما تقدم وما ذكروه من ضم القصارة والخياطة والولد والثمرة فشيء بنوه على أصلهم لا نسلمه، ثم لا يشبه هذا ما ذكره؛ لأن المؤنة والنماء لزماه في هذا البيع الذي يلي المرابحة وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء فأشبه الخسارة فيه، وأما تقرير الربح، فغير صحيح؛ فإن العقد الأول قد لزم، ولم يظهر العيب، ولم يتعلق به حكمه ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسألة أن للمشتري أن يرده على البائع إذا ظهر على عيب قديم وإذا لم يلزمه طرح النماء والغلة، فهاهنا أولى، ويجيء على هذا القول، أنه لو اشتراه بعشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فإنه يخبر أنها حصلت بغير شيء، وإن اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقومت عليه بدرهمين.

وإن اشتراها بخمسة عشر، أخبر أنها تقومت عليه باثني عشر. نص أحمد على نظير هذا. وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثاني كيفما كان، فإن لم يربح، ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها؛ لأنها ثمن العقد الذي يلي المرابحة. ولو خسر فيها، مثل إن اشتراها بخمسة عشر، ثم باعها بعشرة ثم اشتراها بأي ثمن كان، أخبر به ولم يجز أن يضم الخسارة إلى الثمن الثاني فيخبر به في المرابحة، بغير خلاف نعلمه. وهذا يدل على صحة ما ذكرناه، والله أعلم." (١)

"(٣٠٥٥) فصل: وكل ما قلنا: إنه يلزمه أن يخبر به في المرابحة ويبينه. فلم يفعل، فإن البيع لا يفسد به، ويثبت للمشتري الخيار بين الأخذ به وبين الرد، إلا في الخبر بزيادة على رأس ماله، على ما قدمناه من

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٤٠

القول فيه. وإن اشتراه بثمن مؤجل ولم يبين أمره، فعن أحمد أنه مخير بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالا وبين الفسخ. وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي؛ لأن البائع لم يرض بذمة المشتري، وقد تكون ذمته دون ذمة البائع، فلا يلزمه الرضى بذلك وحكى ابن المنذر عن أحمد أنه إن كان المبيع قائما، كان له ذلك إلى الأجل يعني وإن شاء فسخ وإن كان قد استهلك، حبس المشتري الثمن بقدر الأجل.

وهذا قول شريح؛ لأنه كذلك وقع على البائع فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفته، كما لو أخبر بزيادة على الثمن، وكونه لم يرض بذمة المشتري لا يمنع نفوذ البيع بذلك كما أنه إذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه إلا بما أخبر به، ولم يلتفت إلى رضاه، بل وجب الرجوع إلى ما وقع به البيع الأول. كذا هاهنا

(٣٠٥٦) فصل: فإن ابتاعه بدنانير، فأخبر أنه اشتراه بدراهم أو كان بالعكس، أو اشتراه بعرض فأخبر أنه اشتراه بثمن، أو بثمن، فأخبر أنه اشتراه بعرض، وأشباه هذا، فللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن، وبين الرضى به بالثمن الذي تبايعا به، كسائر المواضع التي ثبت فيها ذلك.

(٣٠٥٧) فصل وإن ابتاع اثنان ثوبا بعشرين، وبذل لهما فيه اثنان وعشرون، فاشترى أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر فإنه يخبر في المرابحة بأحد وعشرين. نص عليه أحمد وهذا قول النخعي وقال الشعبي يبيعه على اثنين وعشرين لأن ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه. ثم رجع بعد ذلك إلى قول إبراهيم ولا نعلم أحدا خالف ذلك؛ لأنه اشترى نصفه الأول بعشرة، ثم اشترى نصفه الثاني بأحد عشر، فصار مجموعهما أحدا وعشرين.

[فصل في من يبيع بالرقم]

(٣٠٥٨) فصل: قال أحمد ولا بأس أن يبيع. بالرقم ومعناه أن يقول: بعتك هذا الثوب برقمه وهو الثمن المكتوب عليه إذا كان معلوما لهما حال العقد، وهذا قول عامة الفقهاء، وكرهه طاوس. **ولنا** أنه بيع بثمن معلوم فأشبه ما لو ذكر مقداره، أو ما لو قال: بعتك هذا بما اشتريته به وقد علما قدره، فإن لم يكن معلوما لهما، أو لأحدهما، لم يصح لأن الثمن مجهول.

قال أحمد والمساومة عندي أسهل من بيع المرابحة، وذلك لأن بيع المرابحة تعتريه أمانة واسترسال من المشتري ويحتاج فيه إلى تبيين الحال على وجهه في المواضع التي ذكرناها، ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل أو غلط فيكون على خطر وغرر وتجنب ذلك أسلم وأولى.

[فصل بيع التولية]

فصل (٣٠٥٩) وبيع التولية هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ولا زيادة وحكمه في الإخبار." [١]

"بثمنه وتبيين ما يلزمه تبيينه حكم المرابحة في ذلك كله، ويصح بلفظ البيع، ولفظ التولية.

[مسألة قال في المرابحة رأس مالي فيه مائة وأربح عشرة ثم عاد فقال غلطت رأس مالي فيه مائة وعشرة]

(٣٠٦٠) مسألة؛ قال وإن أخبر بنقصان من رأس ماله، كان على المشتري رده، أو إعطاؤه ما غلط به، وله أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شراءها بأكثر. وجملة ذلك أنه إذا قال في المرابحة: رأس مالي فيه مائة، وأربح عشرة. ثم عاد فقال: غلطت، رأس مالي فيه مائة وعشرة لم يقبل قوله في الغلط إلا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانيا. وذكره ابن المنذر عن أحمد وإسحاق

وروى أبو طالب عن أحمد إذا كان البائع معروفا بالصدق، قبل قوله، وإن لم يكن صدوقا، جاز البيع. قال القاضي: وظاهر كلام الخرقي أن القول قول البائع مع يمينه، لأنه لما دخل معه في المرابحة فقد ائتمنه، والقول قول الأمين مع يمينه، كالوكيل والمضارب. والظاهر أن الخرقي لم يترك ذكر ما يلزم البائع في إثبات دعواه؛ لكونه يقبل مجرد دعواه، بل لأنه عطفه على المسألة قبلها، وقد ذكر فيها، فعلم أنه زاد في رأس المال، ولم يتعرض لما يحصل به العلم، لكن قد علمنا أن العلم إنما يحصل ببينة أو إقرار، كذلك علم غلطه هاهنا يحصل ببينة أو إقرار من المشتري، وكون البائع مؤتمنا لا يوجب قبول دعواه في الغلط، كالمضارب والوكيل إذا أقرا بربح ثم قالا: غلطنا أو نسينا. واليمين التي ذكرها الخرقي هاهنا، إنما هي على نفي علمه بغلط نفسه وقت البيع، لا على إثبات غلطه.

وعن أحمد رواية ثالثة أنه لا يقبل قول البائع، وإن أقام به بينة حتى يصدقه المشتري وهو قول الثوري والشافعي لأنه أقر بالثمن وتعلق به حق الغير. فلا يقبل رجوعه ولا بينته؛ لإقراره بكذبها ولنا أنها بينة عادلة، شهدت بما يحتمل الصدق، فتقبل، كسائر البينات. ولا يسلم أنه أقر بخلافها؛ فإن الإقرار يكون لغير المقر وحالة إخباره بثمنها لم يكن عليه حق لغيره، فلم يكن إقرار. فإن لم تكن بينة أو كانت له بينة، وقلنا: لا تقبل بينته، فادعى أن المشتري يعلم غلطه فأنكر المشتري، فالقول قوله، وإن طلب يمينه، فقال القاضي: لا يمين عليه لأنه مدع، واليمين على المدعى عليه. ولأنه قد أقر له فيستغني بالإقرار عن اليمين. والصحيح أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك لأنه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة أو زيادة في ثمنها فلزمته اليمين،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٤١

كموضع الوفاق. وليس هو هاهنا مدعيا، إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الأول، ثم قال الخرقي له أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شراءها أكثر. وهذا صحيح، فإنه لو باعها بهذا الثمن عالما بأن ثمنها عليه أكثر، لزمه البيع بما عقد عليه؛ لأنه تعاطى شيئا عالما بالحال، فلزمه، كمشتري المعيب عالما بعيبه، وإذا كان البيع يلزمه بالعلم فادعى عليه، لزمته اليمين. فإن نكل قضي عليه.

وإن حلف خير المشتري بين قبوله بالثمن والزيادة التي غلط بها وحطها من." [1]

"المشتري أخذه بما قال البائع، وإلا يحلف ما اشتريته بعشرين وإنما اشتريته بعشرة. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبتدئ بيمين المشتري لأنه منكر واليمين في جنبته أقوى ولأنه يقضى بنكوله وينفصل الحكم، وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «فالقول ما قال البائع» وفي لفظ «فالقول ما قال البائع والمشتري بالخيار» رواه الإمام أحمد ومعناه: إن شاء أخذ، وإن شاء حلف ولأن البائع أقوى جنبة لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه، فكان أقوى، كصاحب اليد، وقد بينا أن كل واحد منهما منكر، فيتساويان من هذا الوجه. والبائع إذا نكل فهو بمنزلة نكول المشتري، يحلف الآخر، ويقضى له، فهما سواء. (٣٠٦٧)

الفصل الثالث أنه إذا حلف البائع فنكل المشتري عن اليمين، قضي عليه. وإن نكل البائع، حلف المشتري، وقضي له. وإن حلفا جميعا، لم ينفسخ البيع بنفس التحالف لأنه عقد صحيح، فتنازعهما، وتعارضهما لا يفسخه كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه، لكن إن رضي أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما، وإن لم يرضيا، فلكل واحد منهما الفسخ. هذا ظاهر كلام أحمد، ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم. وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم، وإنما يفسخه الحاكم لتعذر إمضائه في الحكم، فأشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان، وجهل السابق منهما.

ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «أو يترادان البيع» وظاهره استقلالهما بذلك، وفي القصة، أن ابن مسعود – رضي الله عنه – باع الأشعث بن قيس رقيقا من رقيق الإمارة، فقال عبد الله بعتك بعشرين ألفا. قال الأشعث اشتريت منك بعشرة آلاف فقال عبد الله سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة، والمبيع قائم بعينه، فالقول قول البائع أو يترادان البيع» قال: فإني أرد البيع رواه سعيد عن هشيم عن ابن أبي ليلى عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابن مسعود، وروى أيضا حديثا عن عبد الملك بن عبيد قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «إذا اختلف المتبايعان استحلف

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٤٢

البائع ثم كان المشتري بالخيار، إن شاء أخذ، وإن شاء ترك» وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم لأنه جعل الخيار إليه، فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ولأنه فسخ لاستدراك." (١)

"وليس ذلك بثابت في شيء من الأخبار.

قال ابن المنذر وليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه. وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى، وجب تعدية الحكم بتعدي ذلك المعنى، فنقيس عليه بل يثبت الحكم بالبينة فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها، فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة، فمع تعذر ذلك أولى.

فإذا تحالفا، فإن رضي أحدهما بما قال الآخر، لم يفسخ العقد؛ لعدم الحاجة إلى فسخه، وإن لم يرضيا، فلكل واحد منهما فسخه، كما له ذلك في حال بقاء السلعة، ويرد الثمن الذي قبضه البائع إلى المشتري، ويدفع المشتري قيمة السلعة إلى البائع، فإن كان من جنس واحد، وتساويا بعد التقابض، تقاصا.

وينبغي أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ، فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذي ادعاه المشتري، ويكون القول قول المشتري مع يمينه لأنه لا فائدة في يمين البائع ولا فسخ البيع؛ لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى ما ادعاه المشتري وإن كانت القيمة أقل، فلا فائدة للبائع في الفسخ، فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ؛ لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة، ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشتري. ومتى اختلفا في قيمة السلعة، رجعا إلى قيمة مثلها، موصوفا بصفاتها، فإن اختلفا في الصفة، فالقول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه غارم، والقول قول الغارم.

[فصل تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا في قدره]

(٣٠٦٩) فصل: وإن تقايلا المبيع، أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن، ثم اختلفا في قدره، فالقول قول البائع؛ لأنه منكر لما يدعيه المشتري بعد انفساخ العقد، فأشبه ما لو اختلفا في القبض.

[فصل قال بعتك هذا العبد بألف فقال بل هو والعبد الآخر بألف]

(٣٠٧٠) فصل: وإن قال: بعتك هذا العبد بألف. فقال: بل هو والعبد الآخر بألف. فالقول قول البائع مع يمينه، وهو قول أبي حنيفة، وقال الشافعي: يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في أصل عوضي العقد، فيتحالفان، كما لو اختلفا في الثمن. **ولنا**، أن البائع ينكر بيع العبد الزائد، فكان القول قوله بيمينه، كما لو ادعى شراءه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٤٥

منفردا.

[فصل اختلفا في عين المبيع]

(٣٠٧١) فصل وإن اختلفا في عين المبيع، فقال: بعتك هذا العبد. قال: بل بعتني هذه الجارية. فالقول قول كل واحد منهما فيما ينكره، مع يمينه؛ لأن كل واحد منهما يدعي عقدا على عين ينكرها المدعى عليه، والقول قول المنكر. فإن حلف البائع: ما بعتك هذه الجارية. أقرت في يده، إن كانت في يده، وردت عليه إن كان مدعيها قد قبضها. وأما العبد، فإن كان في يد البائع، أقر في يده، ولم يكن للمشتري طلبه؛ لأنه لا يدعيه، وعلى البائع رد الثمن إليه؛ لأنه لم يصل إليه المعقود عليه. وإن كان في يد المشتري، فعليه رده إلى البائع؛ لأنه لم يعترف أنه لم يشتره، وليس للبائع طلبه إذا بذل له ثمنه، لاعترافه ببيعه، وإن لم يعطه ثمنه، فله فسخ البيع واسترجاعه؛ لأنه تعذر عليه الوصول." (١)

"وإن قال: بعتك وأنا مجنون. فإن لم يعلم له حال جنون، فالقول قول المشتري؛ لأن الأصل عدمه. وإن ثبت أنه كان مجنونا، فهو كالصبي. ولو قال العبد: بعتك، وأنا غير مأذون لي في التجارة. فالقول قول المشتري. نص عليه، في رواية مهنا؛ لأنه مكلف، والظاهر أنه لا يعقد إلا عقدا صحيحا.

[فصل مات المتبايعان]

(٣٠٧٥) فصل: وإن مات المتبايعان، فورثتهما بمنزلتهما في جميع ما ذكرناه؛ لأنهم يقومون مقامهما، في أخذ مالهما، وإرث حقوقهما، فكذلك ما يلزمهما، أو يصير لهما.

[فصل اختلفا المتبايعان في التسليم]

(٣٠٧٦) فصل: وإن اختلفا في التسليم، فقال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن. وقال المشتري: لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع. والثمن في الذمة، أجبر البائع على تسليم المبيع، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن. فإن كان عينا، أو عرضا بعرض، جعل بينهما عدل، فيقبض منهما، ثم يسلم إليهما. وهذا قول الثوري وأحد قولي الشافعي.

وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق. وهو قول ثان للشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشتري على تسليم الثمن لأن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن، ومن استحق ذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٤٧

لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء، كالمرتهن. **ولنا**، أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه، فكان تقديمه أولى، سيما مع تعلق الحكم بعينه، وتعلق حق البائع بالذمة، وتقديم ما تعلق بالعين أولى؛ لتأكده، ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه على ما تعلق بالذمة، ويخالف الرهن؛ فإنه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن، والتسليم هاهنا يتعلق به مصلحة عقد البيع.

وأما إذا كان الثمن عينا، فقد تعلق الحق بعينه أيضا، كالمبيع، فاستويا، وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق، قد استحق قبضه، فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه. ووجه الرواية الأخرى؛ أن الذي يتعلق به استقرار البيع وتمامه هو المبيع، فوجب تقديمه. ولأن الثمن لا يتعين بالتعيين، فأشبه غير المعين.

إذا ثبت هذا، وأوجبنا التسليم على البائع، فسلمه، فلا يخلو المشتري من أن يكون موسرا، أو معسرا، فإن كان موسرا والثمن معه، أجبر على تسليمه، وإن كان غائبا قريبا في بيته أو بلده، حجر عليه في المبيع وسائر ماله، حتى يسلم الثمن، خوفا من أن يتصرف في ماله تصرفا يضر بالبائع، وإن كان غائبا عن البلد في مسافة القصر، فالبائع مخير بين أن يصبر إلى أن يوجد، وبين فسخ العقد؛ لأنه قد تعذر عليه الثمن، فهو كالمفلس، وإن كان دون مسافة القصر، فله الخيار في أحد الوجهين؛ لأن فيه ضررا عليه. والثاني، لا خيار له؛ لأن ما دون مسافة القصر بمنزلة الحاضر.

وإن كان المشتري معسرا، فللبائع الفسخ في الحال، والرجوع في المبيع. وهذا كله مذهب الشافعي ويقوى عندي أنه لا يجب عليه تسليم المبيع، حتى." (١)

"هذا قول أكثر أهل العلم. روي عن ابن مسعود أنه نهى عنه، قال: إنه غرر. وكره ذلك الحسن والنخعي ومالك وأبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفا؛ لما ذكرنا من الحديث. والمعنى لا يجوز بيعه في الماء إلا أن يجتمع ثلاثة شروط؛ أحدها، أن يكون مملوكا. الثاني، أن يكون الماء رقيقا، لا يمنع مشاهدته ومعرفته. الثالث، أن يمكن اصطياده وإمساكه. فإن اجتمعت هذه الشروط، جاز بيعه؛ لأنه مملوك معلوم مقدور على تسليمه؛ فجاز بيعه، كالموضوع في الطست.

وإن اختل شرط مما ذكرنا، لم يجز بيعه؛ لذلك. وإن اختلت الثلاثة، لم يجز بيعه؛ لثلاث علل. وإن اختل اثنان منها، لم يجز بيعه؛ لعلتين. وروي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى في من له أجمة يحبس السمك فيها، يجوز بيعه؛ لأنه يقدر على تسليمه ظاهرا، أشبه ما يحتاج إلى مؤنة في كيله ووزنه ونقله.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٤٩

ولنا، ما روي عن ابن عمر وابن مسعود أنهما قالا: لا تشتروا السمك في الماء، فإنه غرر. ولأن النبي: - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن بيع الغرر» ، وهذا منه. ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطياده، أشبه الطير في الهواء، والعبد الآبق؛ لأنه مجهول، فلم يصح بيعه، كاللبن في الضرع، والنوى في التمر، ويفارق ما ذكروه؛ لأن ذلك من مؤنة القبض، وهذا يحتاج إلى مؤنة ليمكن قبضه، فأما إن كانت له بركة فيها سمك له يمكن اصطياده بغير كلفة، والماء رقيق لا يمنع مشاهدته، صح بيعه، وإن لم يمكن إلا بمشقة، وكلفة يسيرة، بمنزلة كلفة اصطياده الطائر من البرج، فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج، على ما ذكرنا فيه من الخلاف.

وإن كانت كثيرة، وتتطاول المدة فيه، لم يجز بيعه؛ للعجز عن تسليمه، والجهل لوقت إمكان التسليم.

[فصل إذا أعد بركة أو مصفاة ليصطاد فيها السمك فحصل فيها سمك]

(٣٠٨٢) فصل: إذا أعد بركة، أو مصفاة؛ ليصطاد فيها السمك، فحصل فيها سمك ملكه؛ لأنه آلة معدة للاصطياد، فأشبه الشبكة. ولو استأجر البركة، أو الشبكة، أو استعارهما للاصطياد، جاز، وما حصل فيهما ملكه. وإن كانت البركة غير معدة للاصطياد، لم يملك ما حصل فيها من السمك؛ لأنها غير معدة له، فأشبهت أرضه إذا دخل فيها صيد، أو حصل فيها سمك. ومتى نصب شبكة، أو شركا، أو فخا، أو أحبولة، ملك ما وقع فيها من الصيد؛ لأنه بمنزلة يده. وكذلك لو نصب المناجل للصيد، وسمى فقتلت صيدا حل له أكله، وكان كذبحه.

ولو وقع في شبكته أو شبهها شيء كان مضمونا عليه، فعلم بذلك، أنه كيده. ولو أعد لمياه الأمطار مصانع، أو بركا، أو أواني؛ ليحصل فيها الماء، ملكه بحصوله فيها؛ لأنها في باب الإعداد، كالشباك للاصطياد. ولو أعد سفينة." (١)

"لم يجزه، بطل، وهذا مذهب مالك وإسحاق وقول أبي حنيفة في البيع، فأما الشراء، فعنده يقع للمشتري بكل حال. ووجه هذه الرواية، ما روى عروة بن الجعد البارقي - رضي الله عنه - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أعطاه دينارا ليشتري به شاة، فاشترى شاتين، ثم باع إحداهما بدينار في الطريق، قال: فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - بالدينار والشاة، فأخبرته، فقال: بارك الله في صفقة يمينك.» رواه الأثرم وابن ماجه. ولأنه عقد مجيز حال وقوعه، فيجب أن يقف على إجازته، كالوصية.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٢/٤

ووجه الرواية الأولى، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لحكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك.» رواه ابن ماجه، والترمذي. وقال: حديث حسن صحيح. يعني ما لا تملك؛ لأنه ذكره جوابا له حين سأله، أنه يبيع الشيء، ثم يمضي فيشتريه ويسلمه. ولاتفاقنا على صحة بيع ماله الغائب، ولأنه باع ما لا يقدر على تسليمه، فأشبه الطير في الهواء، والوصية يتأخر فيها القبول عن الإيجاب، ولا يعتبر أن يكون لها مجيز حال وقوع العقد، ويجوز فيها من الغرر، ما لا يجوز في البيع، فأما حديث عروة فنحمله على أن وكالته كانت مطلقة؛ بدليل أنه سلم وتسلم، وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا.

[فصل يبيع عينا لا يملكها ليمضي ويشتريها ويسلمها]

(٣٠٨٦) فصل: ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها، ليمضي ويشتريها، ويسلمها، رواية واحدة. وهو قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا؛ «لأن حكيم بن حزام قال للنبي: - صلى الله عليه وسلم - إن الرجل يأتيني، فيلتمس من البيع ما عندي، فأمضي إلى السوق فأشتريه، ثم أبيعه منه، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لا تبع ما ليس عندك» .

[فصل باع سلعة وصاحبها حاضر ساكت]

(٣٠٨٧) فصل: ولو باع سلعة، وصاحبها حاضر ساكت، فحكمه حكم ما لو باعها من غير علمه، في قول أكثر أهل العلم، منهم: أبو حنيفة وأبو ثور والشافعي. وقال ابن أبي ليلى سكوته إقرار؛ لأنه دليل على الرضى، فأشبه سكوت البكر في الإذن في نكاحها. **ولنا** أن السكوت محتمل، فلم يكن إذنا، كسكوت الثيب، وفارق سكوت البكر؛ لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها، وليس ذلك بموجود هاهنا.

[فصل وكل رجلين في بيع سلعته فباع كل واحد منهما السلعة من رجل بثمن مسمى]

(٣٠٨٨) فصل: وإذا وكل رجلين في بيع سلعته، فباع كل واحد منهما السلعة من رجل، بثمن مسمى، فالبيع للأول منهما، روي هذا عن شريح وابن سيرين والشافعي وابن المنذر وحكي عن ربيعة ومالك أنهما قالا: هي للذي بدأ بالقبض. **ولنا**، أنه قد روي في حديث: «إذا باع المجيزان فهو للأول.» رواه ابن ماجه، ولأن." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٥٥

"[مسألة بيع الحمل في البطن دون الأم]

(٣٠٩٢) مسألة؛ قال: وكذا بيع الحمل غير أمه، واللبن في الضرع. معناه، بيع الحمل في البطن، دون الأم. ولا خلاف في فساده. قال ابن المنذر وقد أجمعوا على أن بيع الملاقيح والمضامين غير جائز، وإنما لم يجز بيع الحمل في البطن؛ لوجهين؛ أحدهما، جهالته، فإنه لا تعلم صفته ولا حياته.

والثاني، أنه غير مقدور على تسليمه، بخلاف الغائب، فإنه يقدر على الشروع في تسليمه. وقد روى سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع المضامين، والملاقيح.» قال أبو عبيد: الملاقيح، ما في البطون، وهي الأجنة. والمضامين، ما في أصلاب الفحول. فكانوا يبيعون الجنين في بطن الناقة، وما يضربه الفحل في عامه، أو في أعوام. وأنشد:

إن المضامين التي في الصلب ... ماء الفحول في الظهور الحدب

وروى ابن عمر «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع المجر» .

قال ابن الأعرابي: المجر ما في بطن الناقة. والمجر الربا. والمجر القمار. والمجر المحاقلة والمزابنة.

[فصل بيع حبل الحبلة]

(٣٠٩٣) فصل: وقد روى ابن عمر «عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه نهى عن بيع حبل الحبلة.» متفق عليه. معناه نتاج النتاج. قاله أبو عبيدة، وعن ابن عمر قال: «كان أهل الجاهلية يتبايعون لحم الجزور إلى حبل الحبلة. وحبل الحبلة أن تنتج الناقة، ثم تحمل التي نتجت، فنهاهم النبي - صلى الله عليه وسلم -» رواه مسلم وكلا البيعين فاسد؛ أما الأول فلأنه بيع معدوم، وإذا لم يجز بيع الحمل، فبيع حمله أولى. وأما الثاني، فلأنه بيع إلى أجل مجهول.

[فصل بيع اللبن في الضرع]

(٣٠٩٤) فصل: ولا يجوز بيع اللبن في الضرع. وبه قال الشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي. ونهى عنه ابن عباس، وأبو هريرة. وكرهه طاوس ومجاهد وحكي عن مالك أنه يجوز أياما معلومة، إذا عرفا حلابها، لسقي الصبي، كلبن الظئر. وأجازه الحسن وسعيد بن جبير ومحمد بن مسلمة **ولنا** ما روى ابن عباس «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى أن يباع صوف على ظهر، أو لبن في ضرع» رواه الخلال بإسناده ولأنه مجهول الصفة والمقدار، فأشبه الحمل؛ لأنه بيع عين لم تخلق، فلم يجز، كبيع ما تحمل الناقة، والعادة في ذلك تختلف. وأما لبن الظئر فإنما جاز للحضانة؛ لأنه موضع حاجة.

[فصل بيع الصوف على الظهر]

(٣٠٩٥) فصل: واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر؛ فروي أنه لا يجوز بيعه لما ذكرنا." [١]

"الرابع، أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح، فقال القاضي: لا تحرم المساومة. وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة، استدلالا بحديث فاطمة.

ولأن الأصل إباحة السوم والخطبة، فحرم منع ما وجد فيه التصريح بالرضا، وما عداه يبقى على الأصل. ولو قيل بالتحريم هاهنا، لكان وجها حسنا، فإن النهي عام خرجت منه الصور المخصوصة بأدلتها، فتبقى هذه الصورة على مقتضى العموم. ولأنه وجد منه دليل الرضا، أشبه ما لو صرح به، ولا يضر اختلاف الدليل بعد التساوي في الدلالة، وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا؛ لأنها جاءت مستشيرة للنبي – صلى الله عليه وسلم – وليس ذلك دليلا على الرضا، فكيف ترضى وقد نهاها النبي – صلى الله عليه وسلم – بقوله: «لا تفوتينا بنفسك.» فلم تكن تفعل شيئا قبل مراجعة النبي – صلى الله عليه وسلم – والحكم في الفساد كالحكم في البيع على بيع أخيه، في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه. .

[فصل بيع التلجئة]

(٣١٠٣) فصل بيع التلجئة باطل. وبه قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة والشافعي: هو صحيح؛ لأن البيع تم بأركانه وشروطه، خاليا عن مقارنة مفسد، فصح، كما لو اتفقا على شرط فاسد، ثم عقدا البيع بغير شرط. **ولنا**، أنهما ما قصدا البيع، فلم يصح منهما كالهازلين، ومعنى بيع التلجئة، أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فيواطئ رجلا على أن يظهرا أنه اشتراه منه، ليحتمي بذلك، ولا يريدان بيعا حقيقيا.

[مسألة لا يبع حاضر لباد]

(٣١٠٤) مسألة؛ قال: (فإن باع حاضر لباد، فالبيع باطل) وهو أن يخرج الحضري إلى البادي، وقد جلب السلعة، فيعرفه السعر، ويقول: أنا أبيع لك. فنهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك، فقال: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» والبادي هاهنا، من يدخل البلدة من غير أهلها، سواء كان بدويا، أو من قرية، أو بلدة أخرى نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – الحاضر أن يبيع له، قال ابن عباس «نهى النبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٥٧

- صلى الله عليه وسلم - أن تتلقى الركبان، وأن يبيع حاضر لباد، قال فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد؟ قال: لا يكون له سمسارا» متفق عليه، وعن جابر قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «لا يبع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض» رواه مسلم وابن عمر وأبو هريرة، وأنس والمعنى في ذلك، أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته، اشتراها الناس برخص، ويوسع عليهم السعر، فإذا تولى الحاضر بيعها، وامتنع من بيعها، إلا بسعر البلد. ضاق على أهل البلد.

وقد أشار النبي - صلى الله عليه وسلم - في تعليله إلى هذا المعنى. وممن كره بيع الحاضر للبادي طلحة بن عبيد الله، وابن عمر وأبو هريرة وأنس وعمر بن عبد العزيز ومالك والليث والشافعي ونقل أبو إسحاق بن شاقلا في جملة سماعاته، أن الحسن بن علي المصري سأل." (١)

"أحمد عن بيع حاضر لباد، فقال: لا بأس به. فقال له: فالخبر الذي جاء بالنهي. قال: كان ذلك مرة. فظاهر هذا صحة البيع، وأن النهي اختص بأول الإسلام؛ لما كان عليهم من الضيق في ذلك.

وهذا قول مجاهد وأبي حنيفة، وأصحابه. والمذهب الأول لعموم النهي، وما يثبت في حقهم يثبت في حقنا، ما لم يقم على اختصاصهم به دليل. وظاهر كلام الخرقي أنه يحرم بثلاثة شروط؛ أحدها، أن يكون الحاضر قصد البادي؛ ليتولى البيع له. والثاني، أن يكون البادي جاهلا بالسعر؛ لقوله: " فيعرفه السعر "، ولا يكون التعريف، إلا لجاهل، وقد قال أحمد، في رواية أبي طالب: إذا كان البادي عارفا بالسعر، لم يحرم. والثالث، أن يكون قد جلب السلع للبيع؛ لقوله: " وقد جلب السلع ". والجالب هو الذي يأتي بالسلع ليبيعها.

وذكر القاضي شرطين آخرين؛ أحدهما، أن يكون مريدا لبيعها بسعر يومها. والثاني، أن يكون بالناس حاجة إلى متاعه، وضيق في تأخير بيعه. وقال أصحاب الشافعي إنما يحرم بشروط أربعة؛ وهي ما ذكرنا إلا حاجة الناس إلى متاعه، فمتى اختل منها شرط، لم يحرم البيع، وإن اجتمعت هذه الشروط، فالبيع حرام، وقد صرح الخرقي ببطلانه. ونص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد قال: سألت أحمد عن الرجل الحضري يبيع للبدوي؟ فقال: أكره ذلك، وأرد البيع في ذلك.

وعن أحمد رواية أخرى، أن البيع صحيح. وهو مذهب الشافعي؛ لكون النهي لمعنى في غير المنهي عنه. ولنا أنه منهي عنه، والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٢/٤

[فصل شراء الحاضر للبادى]

(٣١٠٥) فصل: فأما الشراء لهم، فيصح عند أحمد، وهو قول الحسن. وكرهت طائفة الشراء لهم، كما كرهت البيع. يروى عن أنس قال، كان يقال: هي كلمة جامعة، يقول: لا تبيعن له شيئا، ولا تبتاعن له شيئا. وعن مالك في ذلك روايتان؛ ووجه القول الأول، أن النهي غير متناول للشراء بلفظه، ولا هو في معناه، فإن النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر، ليتسع عليهم السعر، ويزول عنهم الضرر، وليس ذلك في الشراء لهم، إذ لا يتضررون، لعدم الغبن للبادين، بل هو دفع الضرر عنهم، والخلق في نظر الشارع على السواء، فكما شرع ما يدفع الضرر عن أهل الحضر، لا يلزم أن يلزم أهل البدو الضرر. وأما إن أشار الحاضر على البادي من غير أن يباشر البيع له، فقد رخص فيه طلحة بن عبيد الله والأوزاعي وابن المنذر، وكرهه مالك والليث وقول الصحابي حجة، ما لم يثبت خلافه.." (١)

"عن مثله، وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقي ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته، فلا يعرج على مثل هذا. والله أعلم.

[فصل تلقى الركبان فباعهم شيئا]

(٣١٠٨) فصل: فإن تلقى الركبان، فباعهم شيئا، فهو بمنزلة الشراء منهم، ولهم الخيار إذا غبنهم غبنا يخرج عن العادة. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وقالوا في الآخر: النهي عن الشراء دون البيع، فلا يدخل البيع فيه. وهذا مقتضى قول أصحاب مالك؛ لأنهم عللوا ذلك بما ذكرنا عنهم، ولا يتحقق ذلك في البيع لهم. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا تلقوا الركبان.» والبائع داخل في هذا. ولأن النهي عنه لما فيه من خديعتهم وغبنهم، وهذا في البيع كهو في الشراء، والحديث قد جاء مطلقا، ولو كان مختصا بالشراء لألحق به ما في معناه، وهذا في معناه.

[فصل خرج لغير قصد التلقي فلقي ركبا فباع له]

(٣١٠٩) فصل: فإن خرج لغير قصد التلقي، فلقي ركبا، فقال القاضي: ليس له الابتياع منهم، ولا الشراء. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك. وهو قول الليث بن سعد. والوجه الثاني لأصحاب الشافعي؛ لأنه لم يقصد التلقي، فلم يتناوله النهي ووجه الأول، أنه إنما نهى عن التلقي

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٣/٤

دفعا للخديعة والغبن عنهم، وهذا متحقق، سواء قصد التلقي، أو لم يقصده، فوجب المنع منه، كما لو قصد.

[فصل تلقى الجلب في أعلى الأسواق]

(٣١١٠) فصل: وإن تلقى الجلب في أعلى الأسواق، فلا بأس فإن ابن عمر روى «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق» . رواه البخاري. ولأنه إذا صار في السوق، فقد صار في محل البيع والشراء، فلم يدخل في النهي، كالذي وصل إلى وسطها.

[فصل في الاحتكار]

(٣١١١) فصل: والاحتكار حرام لما روي عن الأثرم، عن أبي أمامة، قال: «نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يحتكر الطعام» وروي أيضا، بإسناده عن سعيد بن المسيب، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «من احتكر فهو خاطئ» . وروي «أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – خرج مع أصحابه، فرأى طعاما كثيرا قد ألقي على باب مكة، فقال: ما هذا الطعام؟ فقالوا: جلب إلينا. فقال: بارك الله فيه، وفي من جلبه. فقيل له: فأنه قد احتكر. قال: ومن احتكره؟ قالوا: فلان مولى عثمان، وفلان مولاك. فأرسل إليهما. فقال: ما حملكما على احتكار طعام المسلمين؟ قالا: نشتري بأموالنا ونبيع. قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: من احتكر على المسلمين طعامهم، لم يمت حتى يضربه الله بالجذام أو الإفلاس» قال الراوي: فأما مولى عثمان فباعه، وقال: والله لا أحتكره أبدا وأما مولى عمر فلم يبعه، فرأيته." (١)

"مجذوما.

وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون.»

[فصل الاحتكار المحرم]

فصل: والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط؛ أحدها، أن يشتري، فلو جلب شيئا، أو أدخل من غلته شيئا، فادخره، لم يكن محتكرا. روي [عن] الحسن ومالك وقال الأوزاعي الجالب ليس بمحتكر؛ لقوله: «الجالب مرزوق، والمحتكر ملعون» ولأن الجالب لا يضيق على أحد، ولا يضر به، بل ينفع، فإن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٦/٤

الناس إذا علموا عنده طعاما معدا للبيع، كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه. الثاني، أن يكون المشترى قوتا.

فأما الإدام، والحلواء، والعسل، والزيت، وأعلاف البهائم، فليس فيها احتكار محرم. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل، عن أي شيء الاحتكار؟ قال: إذا كان من قوت الناس فهو الذي يكره. وهذا قول عبد الله بن عمرو. وكان سعيد بن المسيب وهو راوي حديث الاحتكار - يحتكر الزيت. قال أبو داود: كان يحتكر النوى، والخيط، والبزر ولأن هذه الأشياء مما لا تعم الحاجة إليها، فأشبهت الثياب، والحيوانات. الثالث، أن يضيق على الناس بشرائه. ولا يحصل ذلك إلا بأمرين؛ أحدهما، يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار، كالحرمين، والثغور. قال أحمد: الاحتكار في مثل مكة والمدينة، والثغور.

فظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجلب كبغداد، والبصرة ومصر، لا يحرم فيها الاحتكار؛ لأن ذلك لا يؤثر فيها غالبا. الثاني، أن يكون في حال الضيق، بأن يدخل البلد قافلة فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها، ويضيقون على الناس. فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص، على وجه لا يضيق على أحد فليس بمحرم.

[مسألة بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا]

(٣١١٣) مسألة؛ قال: (وبيع العصير ممن يتخذه خمرا باطل) وجملة ذلك؛ أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمرا محرم. وكرهه الشافعي، وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يعصرها خمرا، فهو محرم، وأنما يكره إذا شك فيه. وحكى ابن المنذر عن الحسن وعطاء والثوري أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذه مسكرا. قال الثوري بع الحلال ممن شئت. واحتج لهم بقول الله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] ولأن البيع تم بأركانه وشروطه. **ولنا**، قول الله تعالى ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة: ٢] وهذا نهي يقتضي التحريم وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه لعن في الخمر عشرة.

فروى ابن عباس «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتاه جبريل فقال: يا محمد إن الله لعن الخمر، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه، وشاربها." (١)

"إحداهما، يصح. وهو مذهب مالك وظاهر مذهب الشافعي «لأن عائشة. - رضي الله عنها - اشترت بريرة وشرط أهلها عليها عتقها وولاءها، فأنكر النبي - صلى الله عليه وسلم - شرط الولاء، دون

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٦٧

العتق» والثانية، الشرط فاسد. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، أشبه إذا شرط أن لا يبيعه لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه، أشبه ما لو شرط أن يبيعه. وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق، وإنما أخبرتهم بإرادتها لذلك من غير شرط، فاشترطوا الولاء، فإذا حكمنا بفساده، فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة التي يأتي ذكرها.

وإن حكمنا بصحته، فأعتقه المشتري، فقد وفى بما شرط عليه، وإن لم يعتقه، ففيه وجهان؛ أحدهما، يجبر؛ لأن شرط العتق إذا صح، تعلق بعينه، فيجبر عليه، كما لو نذر عتقه. والثاني، لا يجبر؛ لأن الشرط لا يوجب فعل المشروط، بدليل ما لو شرط الرهن، والضمين، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ، لأنه لم يسلم له ما شرطه له، أشبه ما لو شرط عليه رهنا.

وإن تعيب المبيع، أو كان أمة، فأحبلها، أعتقه، وأجزأه؛ لأن الرق باق فيه. وإن استغله، أو أخذ من كسبه شيئا، فهو له. وإن مات المبيع، رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق، فيقال: كم قيمته لو بيع مطلقا؟ وكم يساوي إذا بيع بشرط العتق؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه، في أحد الوجهين وفي الآخر يضمن ما نقص من قيمته. الضرب الثاني، أن يشترط غير العتق؛ مثل أن يشترط أن لا يبيع، ولا يهب، ولا يعتق، ولا يطأ. أو يشترط عليه أن يبيعه، أو يقفه، أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن، وإن أعتقه فالولاء له. فهذه وما أشبهها شروط فاسدة. وهل يفسد بها البيع؟ على روايتين؛ قال القاضي: المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح. وهو ظاهر كلام الخرقي هاهنا. وهو قول الحسن، والشعبي والنخعي والحكم وابن أبي ليلى، وأبي ثور.

والثانية، البيع فاسد. وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن «النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع وشرط» ولأنه شرط فاسد، فأفسد البيع، كما لو شرط فيه عقدا آخر. ولأن الشرط إذا فسد، وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا. ولأن البائع إنما رضي بزوال ملكه عن المبيع بشرطه، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له، فلو صح البيع بدونه، لزال ملكه بغير رضاه، والبيع من شرطه التراضي. ولنا، ما روت عائشة، قالت: «جاءتني بريرة، فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل." (١)

"عائشة اشترتها بشرط الولاء، فأعتقتها، فأجاز النبي - صلى الله عليه وسلم - العتق، والبيع فاسد. ولأن المشتري على صفة يملك المبيع ابتداء بعقد، وقد حصل عليه الضمان للبدل عن عقد فيه تسليط،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٧١

فوجب أن يملكه، كما لو كان العقد صحيحا. **ولنا**، أنه مقبوض بعقد فاسد، فلم يملكه، كما لو كان الثمن ميتة، أو دما فأما حديث بريرة فإنما يدل على صحة العقد، لا على ما ذكروه. وليس في الحديث أن عائشة اشترتها بهذا الشرط، بل الظاهر أن أهل بريرة حين بلغهم إنكار النبي – صلى الله عليه وسلم – هذا الشرط تركوه، ويحتمل أن الشرط كان سابقا للعقد، فلم يؤثر فيه.

(٣١٢١) فصل: وعليه رد المبيع، مع نمائه المتصل والمنفصل، وأجرة مثله مدة بقائه في يده، وإن نقص ضمن نقصه؛ لأنها جملة مضمونة، فأجزاؤها تكون مضمونة أيضا. فإن تلف المبيع في يد المشتري، فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف. قاله القاضي. ولأن أحمد نص عليه في الغصب، ولأنه قبضه بإذن مالكه، فأشبه العارية، وذكر الخرقي في الغصب، أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت، فيخرج هاهنا كذلك، وهو أولى؛ لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها، وعليه ضمان نقصها مع زيادتها، فكذلك في حال تلفها، كما لو أتلفها بالجناية، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

[فصل كان المبيع أمة فوطئها المشتري]

(٣١٢٢) فصل: فإن كان المبيع أمة، فوطئها المشتري، فلا حد عليه؛ لاعتقاده أنها ملكه، ولأن في الملك اختلافا. وعليه مهر مثلها؛ لأن الحد إذا سقط للشبهة، وجب المهر. ولأن الوطء في ملك الغير يوجب المهر. وعليه أرش البكارة، إن كانت بكرا. فإن قيل: أليس إذا تزوج امرأة تزويجا فاسدا، فوطئها، فأزال بكارتها، لا يضمن البكارة؟ قلنا: لأن النكاح تضمن الإذن في الوطء المذهب للبكارة؛ لأنه معقود على الوطء، ولا كذلك البيع، فإنه ليس بمعقود على الوطء؛ بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها، ولا يحل نكاحها.

فإن قيل: فإذا أوجبتم مهر بكر، فكيف توجبون ضمان البكارة، وقد دخل ضمانها في المهر؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة، فكيف توجبون مهر بكر، وقد أدى عوض البكارة بضمانه لها، فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه، ثم وطئها؟ قلنا: لأن مهر البكر ضمان المنفعة، وأرش البكارة ضمان جزء، فلذلك اجتمعا، وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكرا، فقد استوفى نفع هذا الجزء، فوجبت قيمته بما استوفى من نفعه، فإذا أتلفه وجب ضمان عينه، ولا يجوز أن تضمن العين، ويسقط ضمان المنفعة، كما لو غصب عينا ذات منفعة،." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٧٣

"عليه، أو ولدت الأمة في يد المشتري، ثم مات ولدها، احتمل أن يضمن تلك الزيادة؛ لأنها زيادة في عين مضمونة، أشبهت الزيادة في المغصوب، واحتمل أن لا يضمنها؛ لأنه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوض، فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده، فإن تلفت بتفريطه، أو عدوانه، ضمنها، وإلا فلا، وإن تلفت العين بعد زيادتها أسقط تلك الزيادة من القيمة، وضمنها بما بقي من القيمة، حين التلف. قال القاضي: وهذا ظاهر كلام أحمد.

[فصل باع بيعا فاسدا وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس]

(٣١٢٦) فصل: إذا باع بيعا فاسدا وتقابضا ثم أتلف البائع الثمن ثم أفلس فله الرجوع في المبيع وللمشتري أسوة الغرماء وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء لأنه في يده فكان أحق به كالمرتهن. ولنا أنه لم يقبضه وثيقة فلم يكن أحق به كما لو كان وديعة عنده بخلاف المرتهن فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه.

[فصل قال بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط]

(٣١٢٧) فصل: إذا قال: بع عبدك من فلان على أن علي خمسمائة فباعه بهذا الشرط فالبيع فاسد لأن الثمن يجب أن يكون جميعه على المشتري فإذا شرط كون بعضه على غيره، لم يصح؛ لأنه لا يملك المنع، والثمن على غيره، ولا يشبه هذا ما لو قال: أعتق عبدك، أو طلق امرأتك وعلي خمسمائة لكون هذا عوضا في مقابلة فك الزوجية ورقبة العبد، ولذلك لم يجز في النكاح أما في مسألتنا فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك، فلا يثبت لمن العوض على غيره، وإن كان هذا القول على وجه الضمان صح البيع ولزم الضمان.

[فصل في بيع العربون]

(٣١٢٨) فصل والعربون في البيع هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهما أو غيره على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن، وإن لم يأخذها فذلك للبائع يقال عربون وأربون وعربان وأربان، قال أحمد لا بأس به وفعله عمر - رضي الله عنه - وعن ابن عمر أنه أجازه، وقال ابن سيرين لا بأس به، وقال سعيد بن المسيب وابن سيرين لا بأس إذا كره السلعة أن يردها يرد معها شيئا وقال أحمد هذا في معناه، واختار أبو الخطاب أنه لا يصح وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي يروى ذلك عن ابن عباس والحسن لأن «النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع العربون» رواه ابن ماجه، ولأنه شرط للبائع شيئا بغير عوض

فلم يصح كما لو شرطه لأجنبي ولأنه بمنزلة الخيار المجهول فإنه اشترط أن له رد البيع من غير ذكر مدة فلم يصح كما لو قال ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهما، وهذا هو القياس وإنما صار أحمد فيه إلى ما روي فيه عن نافع بن عبد الحارث أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية فإن رضي عمر." (١)

"اللفظ فإذا كان فاسدا فكيف يكن صحيحا؟ ويتخرج أن يصح البيع ويفسد الشرط بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد كما سبق والله أعلم.

(٣١٣٠) فصل وقد روي في تفسير بيعتين في بيعة وجه آخر وهو أن يقول بعتك هذا العبد بعشرة نقدا أو بخمسة عشر نسيئة أو بعشرة مكسرة، أو تسعة صحاحا.

هكذا فسره مالك، والثوري، وإسحاق وهو أيضا باطل وهو قول الجمهور لأنه لم يجزم له ببيع واحد فأشبه ما لو قال بعتك هذا أو هذا، ولأن الثمن مجهول فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ولأن أحد العوضين غير معين ولا معلوم فلم يصح كما لو قال بعتك أحد عبيدي وقد روي عن طاوس والحكم وحماد أنهم قالوا لا بأس أن يقول أبعك بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا فيذهب على أحدهما وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعدما يجري في العقد فكأن المشتري قال أنا آخذه بالنسيئة بكذا فقال: خذه أو قد رضيت ونحو ذلك فيكون عقدا كافيا وإن لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب أو يدل عليه، لم يصح؛ لأن ما مضى من القول لا يصلح أن يكون إيجابا لما ذكرناه، وقد روي عن أحمد في من قال وإن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم أنه يصح فيحتمل أن يلحق به هذا البيع فيخرج وجها في الصحة، ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن العقد ثم يمكن أن يصح لكونه جعالة يحتمل فيها الجهالة بخلاف البيع.

ولأن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكن وقوعه إلا على إحدى الصفقتين، فتتعين الأجرة المسماة عوضا له فلا يفضي إلى التنازع وهاهنا بخلافه.

[فصل النهي عن بيع وسلف]

(٣١٣١) فصل: ولو باعه بشرط أن يسلفه أو بقرضه، أو شرط المشتري ذلك عليه، فهو محرم والبيع باطل. وهذا مذهب مالك والشافعي ولا أعلم فيه خلافا، إلا أن مالكا قال: إن ترك مشترط السلف السلف صح البيع **ولنا** ما روى عبد الله بن عمرو «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن ربح ما لم يضمن، وعن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٧٥

بيع ما لم يقبض، وعن بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف» أخرجه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وفي لفظ «لا يحل بيع وسلف» ولأنه اشترط عقدا في عقد فاسد كبيعتين في بيعة، ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله فتصير الزيادة في الثمن. عوضا عن القرض وريحا له وذلك ربا محرم ففسد كما لو صرح به.

ولأنه بيع فاسد، فلا يعود صحيحا كما لو باع درهما بدرهمين، ثم ترك أحدهما.

[فصل النهي عن الجمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض]

(٣١٣٢) فصل وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد كالصرف وبيع ما يجوز التفرق فيه قبل القبض والبيع والنكاح أو الإجارة نحو أن يقول بعتك هذا الدينار وهذا." (١)

"الثوب بعشرين درهما أو بعتك هذه الدار وأجرتك الأخرى بألف. أو باعه سيفا محلى بالذهب بفضة أو زوجتك ابنتي وبعتك عبدها بألف صح العقد فيهما؛ لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين كالعبدين، وهذا أحد قولي الشافعي، وقال أبو الخطاب: في ذلك وجه آخر أنه لا يصح. وهو القول الثاني للشافعي لأن حكمهما مختلف فإن المبيع يضمن بمجرد البيع والإجارة بخلافه، والأول أصح، وما ذكروه يبطل بما إذا باع شقصا وسيفا فإنه يصح مع اختلاف حكمهما بوجوب الشفعة في أحدهما دون الآخر، فأما إن جمع بين الكتابة والبيع فقال كاتبتك وبعتك عبدي هذا بألف في كل شهر مائة. لم يصح لأن المكاتب قبل تمام الكتابة عبد قن فلا يصح أن يشتري من سيده شيئا ولا يثبت لسيده في ذمته ثمن، وإذا بطل البيع فهل يصح في الكتابة بقسطها؟ فيه روايتان نذكرهما في تفريق الصفقة، وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة وبين الصور التي قبلها فقال: في الكل وجهان والذي ذكرناه إن شاء الله تعالى أولى.

[فصل بيع ما يجوز بيعه وما لا يجوز صفقة واحدة بثمن واحد]

(٣١٣٣) فصل في تفريق الصفقة. ومعناه أن يبيع ما يجوز بيعه، وما لا يجوز، صفقة واحدة، بثمن واحد وهو على ثلاثة أقسام؛ أحدها أن يبيع معلوما ومجهولا كقول بعتك هذه الفرس، وما في بطن هذه الفرس الأخرى بألف. فهذا البيع باطل بكل حال ولا أعلم في بطلانه خلافا لأن المجهول لا يصح بيعه لجهالته

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ١٧٧

والمعلوم مجهول الثمن ولا سبيل إلى معرفته لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما والمجهول لا يمكن تقويمه فيتعذر التقسيط. الثاني، أن يكن المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه وكقفيزين من صبرة واحدة باعهما من لا يملك إلا بعضهما ففيه وجهان أحدهما يصح في ملكه بقسطه من الثمن ويفسد فيما لا يملكه.

والثاني، لا يصح فيهما، وأصل الوجهين أن أحمد نص فيمن تزوج حرة وأمة على روايتين إحداهما يفسد فيهما والثانية يصح في الحرة، والأولى أنه يصح فيما يملكه، وهو قول مالك وأبي حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر: لا يصح وهو قول أبي ثور لأن الصفقة جمعت حلالا وحراما فغلب التحريم ولأن الصفقة إذا لم يكن تصحيحها في جميع المعقود عليه بطلت في الكل كالجمع بين الأختين وبيع درهم بدرهمين **ولنا** أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفردا فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه." (١)

"ذلك، وكان قرضه حظا لليتيم، جاز. قال أحمد: لا يقرض مال اليتيم لأحد يريد مكافأته، ومودته، ويقرض على النظر، والشفقة، كما صنع ابن عمر.

وقيل لأحمد: إن عمر استقرض مال اليتيم. قال: إنما استقرض نظرا لليتيم، واحتياطا، إن أصابه بشيء غرمه. قال القاضي: ومعنى الحظ أن يكون لليتيم مال في بلده، فيريد نقله إلى بلد آخر، فيقرضه من رجل في ذلك البلد، ليقضيه بدله في بلده، يقصد بذلك حفظه من الغرر في نقله، أو يخاف عليه الهلاك من نهب، أو غرق، أو نحوهما، أو يكون مما يتلف بتطاول مدته، أو حديثه خير من قديمه، كالحنطة ونحوها، فيقرضه خوفا أن يسوس، أو تنقص قيمته، وأشباه هذا، فيجوز القرض؛ لأنه مما لليتيم فيه حظ فجاز، كالتجارة به.

وإن لم يكن فيه حظ، وإنما قصد إرفاق المقترض، وقضاء حاجته، فهذا غير جائز؛ لأنه تبرع بمال اليتيم، فلم يحز كهبته. وإن أراد الولي السفر، لم يكن له المسافرة بماله، وقرضه لثقة أمين أولى من إيداعه؛ لأن الوديعة لا تضمن إذا تلفت، فإن لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة، فله إيداعه؛ لأنه موضع حاجة. ولو أودعه مع إمكان قرضه، جاز، ولا ضمان عليه، فإنه ربما رأى الإيداع أحظ له من القرض، فلا يكون مفرطا. وكل موضع قلنا: له قرضه. فلا يجوز إلا لمليء أمين، ليأمن جحوده، وتعذر الإيفاء، وينبغي أن يأخذ رهنا إن أمكنه، وإن تعذر عليه أخذ الرهن، جاز تركه، في ظاهر كلام أحمد؛ لأن الظاهر ممن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٧٨

يستقرضه من أجل حظ اليتيم، أنه لا يبذل رهنا، فاشتراط الرهن يفوت هذا الحظ.

وقال أبو الخطاب: يقرضه إذا أخذ بالقرض رهنا. فظاهر هذا أنه لا يقرضه إلا برهن؛ لأن فيه احتياطا للمال، وحفظا له عن الجحد، والمطل. وإن أمكنه أخذ الرهن، فالأولى له أخذه، احتياطا على المال، وحفظا له، فإن تركه احتمل أن يضمن إن ضاع المال؛ لتقريطه، واحتمل أن لا يضمن؛ لأن الظاهر سلامته. وهذا ظاهر كلام أحمد؛ لكونه لم يذكر الرهن.

[فصل هل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه]

(٣١٤٤) فصل: قال أبو بكر: وهل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه؟ على روايتين؛ لأنه متصرف بالإذن في مال غيره، فأشبه الوكيل. وقال القاضي: يجوز ذلك للوصي، وفي الوكيل روايتان. وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان، والوصي بخلافه.

[فصل ادعى الولي الإنفاق على الصبي أو على ماله أو عقاره بالمعروف من ماله]

(٣١٤٥) فصل: وإذا ادعى الولي الإنفاق على الصبي، أو على ماله، أو عقاره، بالمعروف من ماله، أو ادعى أنه باع عقاره لحظه، أو بناء لمصلحته، أو أنه تلف، قبل قوله. وقال أصحاب الشافعي: لا يمضي الحاكم بيع الأمين والوصي حتى يثبت عنده الحظ ببينة، ولا يقبل قولهما في ذلك، ويقبل قول الأب والجد. **ولنا** أن من جاز له بيع العقار، وشراؤه لليتيم، يجب أن يقبل قوله في الحظ، كالأب والجد." (١)

"وقد ذكرناها فيما مضى. وأما غير المميز، فلا يصح تصرفه، وإن أذن له الولي فيه، إلا في الشيء اليسير، كما روي عن أبي الدرداء، أنه اشترى من صبي عصفورا، فأرسله. ذكره ابن أبي موسى.

[مسألة ما استدانه العبد فهو في رقبته]

[الفصل الأول في استدانة العبد يعني أخذه بالدين]

(٣١٤٨) مسألة؛ قال: (وما استدان العبد، فهو في رقبته يفديه سيده، أو يسلمه، فإن جاوز ما استدان قيمته، لم يكن على سيده أكثر من قيمته، إلا أن يكون مأذونا له في التجارة، فيلزم مولاه جميع ما استدان) في هذه المسألة أربعة فصول: (٣١٤٩) الفصل الأول، في استدانة العبد، يعني أخذه بالدين، يقال: أدان

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٨٤

واستدان وتدين. قال الشاعر:

يؤنبني في الدين قومي وإنما ... تدينت فيما سوف يكسبهم حمدا

والعبيد قسمان، محجور عليه، فما لزمه من الدين بغير رضا سيده، مثل أن يقترض، أو يشتري شيئا في ذمته، ففيه روايتان؛ إحداهما، يتعلق برقبته. اختارها الخرقي، وأبو بكر؛ لأنه دين لزمه بغير إذن سيده، فتعلق برقبته، كأرش جنايته. والثانية، يتعلق بذمته يتبعه الغريم به إذا أعتق وأيسر. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه متصرف في ذمته بغير إذن سيده. فتعلق بذمته، كعوض الخلع من الأمة، وكالحر.

القسم الثاني، المأذون له في التصرف، أو في الاستدانة، فما يلزمه من الدين هل يتعلق بذمة السيد، أو برقبته؟ على روايتين. وقال مالك، والشافعي: إن كان في يده مال، قضيت ديونه منه، وإن لم يكن في يده شيء، تعلق بذمته، يتبع به إذا عتق وأيسر؛ لأنه دين ثبت برضى من له الدين، أشبه غير المأذون له، فوجب أن لا يتعلق برقبته، كما لو استقرض بغير إذن سيده.

وقال أبو حنيفة: يباع إذا طالب الغرماء بيعه. وهذا معناه، أنه تعلق برقبته؛ لأنه دين ثبت برضى من له الدين، فيباع فيه، كما لو رهنه. **ولنا**، أنه إذا أذن له في التجارة، فقد أغرى الناس بمعاملته، وأذن فيها، فصار ضامنا، كما لو قال لهم: داينوه، أو أذن في استدانة، تزيد على قيمته، ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها، أو فيما لم يؤذن له فيه، مثل إن أذن له في التجارة في البر، فاتجر في غيره، فإنه لا ينفك عن التغرير، إذ يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضا.

[الفصل الثاني فيما لزم العبد من الدين من أروش جناياته أو قيم متلفاته]

(٣١٥٠) الفصل الثاني، فيما لزمه من الدين من أروش جناياته، أو قيم متلفاته، فهذا يتعلق برقبة العبد، على كل حال، مأذونا، أو غير مأذون، رواية واحدة، وبه يقول أبو حنيفة والشافعي. وكل ما يتعلق." (١)

"وأما العبد المأذون له، فيصح تصرفه في قدر ما أذن له فيه. لا نعلم فيه خلافا، ولا يصح فيما زاد. نص عليه أحمد. وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إذا أذن له في نوع، انفك الحجر عنه، وجاز له التصرف مطلقا؛ لأن الحجر لا يتجزأ، فإذا زال بعضه، زال كله. **ولنا**، أنه متصرف بالإذن، فاختص تصرفه بمحل الإذن، كالوكيل، وقولهم: إن الحجر لا يتجزأ. لا يصح، فإنه لو صرح بالإذن له في بيع عين، ونهيه عن بيع أخرى، صح. وكذلك في الشراء،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٨٦

كالوكيل.
وإن أذن له السيد في ضمان، أو كفالة، ففعل، صح. وهل يتعلق بذمة السيد، أو رقبة العبد؟ على وجهين.
وإن رأى السيد عبده يتجر، فلم ينهه، لم يصر بذلك مأذونا له.

[الفصل الرابع في تصرفات العبد إن كان مأذونا له في التجارة]

(٣١٥٢) الفصل الرابع، في تصرفاته، إن كان مأذونا له في التجارة، قبل إقراره في قدر ما أذن له، ولم يقبل فيما زاد. ولا يقبل إقرار غير المأذون له بالمال. فإن أقر بعين في يده أو دين يتعلق برقبته، لم يقبل على سيده؛ لأنه يقر بحق على غيره، فلم يقبل، كما لو أقر أن سيده باعه، ويثبت في ذمته يتبع به بعد العتق.
وإن أقر بجنايته، استوى في ذلك المأذون له وغيره. وينقسم ذلك أقساما أربعة؛ أحدها، جناية موجبها المال، كإتلافه، أو جناية خطأ، أو شبه عمد، أو جناية عمد فيما لا قصاص فيه، كالجائفة، ونحوها، فلا يقبل إقراره بها؛ لأنه إقرار بالمال، فلم يقبل، كما لو أقر بدراهم، أو دنانير.
القسم الثاني، جناية موجبها حد سوى السرقة، أو قصاص فيما دون النفس، فيقبل إقراره بذلك. وبه قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي. وقال له زفر، وداود، والمزني، وجرير: لا يقبل؛ لأنه يسقط به حق السيد، فلا يقبل، كالإقرار بجناية الخطإ. ولنا، ما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قطع يد عبد بإقراره بالسرقة، وجلد عبدا أقر عنده بالزنا نصف الحد.
ولا مخالف له في الصحابة، فكان إجماعا. ولأن ما لا يقبل إقرار السيد فيه على العبد، يقبل فيه إقرار العبد، كالطلاق. ولأن العبد غير متهم فيه؛ لأن ضرره به أخص، وهو بألمه أمس، فقبل إقراره، كما لو أقرت به الزوجة.
وخرج على هذين المعنيين جناية الخطإ؛ فإن إقرار السيد بها مقبول، ولا يتضرر العبد بها. القسم الثالث، إقراره بالسرقة، يقبل في الحد، فيقطع، ولا يقبل في المال، سواء كانت العين تالفة، أو باقية في يد السيد، أو في يد العبد. وبهذا قال الشافعي. ويحتمل أن لا يقطع إذا أقر بسرقة عين موجودة في يده. وبهذا قال أبو حنيفة؛ لأن العين محكوم بها لسيده، فلا يقطع بسرقة عين لسيده." (١)
": «ثمن الكلب خبيث، ومهر البغي خبيث، وكسب الحجام خبيث» . متفق عليهما.
وروي عن ابن عباس أنه قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ثمن الكلب، فإن جاء يطلبه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٨٨

فاملئوا كفه ترابا» . رواه أبو داود. ولأنه حيوان نهي عن اقتنائه في غير حال الحاجة إليه، أشبه الخنزير، أو حيوان نجس العين، أشبه الخنزير. فأما حديثهم، فقال أحمد: هذا من الحسن بن أبي جعفر، وهو ضعيف. وقال الدارقطني: الصحيح أنه موقوف على جابر، وقال الترمذي: لا يصح إسناد هذا الحديث. وقد روي عن أبي هريرة،

ولا يصح أيضا. ويحتمل أنه أراد، ولا كلب صيد، وقد جاءت اللغة بمثل ذلك، قال الشاعر:

وكل أخ مفارقه أخوه ... لعمر أبيك إلا الفرقدان

أي والفرقدان. ثم هذا الحديث حجة على من أباح بيع غير كلب الصيد.

[فصل إجارة الكلب]

(٣١٥٤) فصل: ولا تجوز إجارته. نص عليه أحمد. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يجوز؛ لأنها منفعة مباحة، فجازت المعاوضة عنها، كنفع الحمير. **ولنا**، أنه حيوان محرم بيعه؛ لخبثه، فحرمت إجارته، كالخنزير. وقياسهم ينتقض بضراب الفحل، فإنها منفعة مباحة، ولا يجوز إجارتها، ولأن إباحة الانتفاع لم تبح بيعه، فكذلك إجارته، ولأن منفعته لا تضمن في الغصب، فإنه لو غصبه غاصب مدة، لم يلزمه لذلك عوض، فلم يجز أخذ العوض عنها في الإجارة، كنفع الخنزير.

[فصل الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه]

(٣١٥٥) فصل: وتصح الوصية بالكلب الذي يباح اقتناؤه؛ لأنها نقل لليد فيه من غير عوض. وتصح هبته؛ لذلك. وقال القاضي: لا تصح؛ لأنها تمليك في الحياة، أشبهت البيع. والأول أصح. ويفارق البيع؛ لأنه يؤخذ عوضه، وهو محرم. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

[مسألة قتل الكلب المعلم]

(٣١٥٦) مسألة؛ قال: (ومن قتله وهو معلم، فقد أساء، ولا غرم عليه) أما قتل المعلم فحرام، وفاعله مسيء ظالم، وكذلك كل كلب مباح إمساكه؛ لأنه محل منتفع به يباح اقتناؤه، فحرم إتلافه، كالشاة. ولا نعلم في

هذا خلافا. ولا غرم على قاتله. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك وعطاء: عليه الغرم؛ لما ذكرنا في تحريم إتلافه.." (١)

"لأنه قصده لذلك، فيأخذ حكمه. كما يجوز بيع العبد الصغير، والجحش الصغير، الذي لا نفع فيه في الحال؛ لماله إلى الانتفاع. ولأنه لو لم يتخذ الصغير، ما أمكن جعل الكلب للصيد، إذا لا يصير معلما إلا بالتعليم، ولا يمكن تعليمه إلا بتربيته، واقتنائه مدة يعلمه فيها. قال الله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله﴾ [المائدة: ٤] . ولا يوجد كلب معلم بغير تعليم. والوجه الثاني، لا يجوز؛ لأنه ليس من الثلاثة.

[فصل اقتنى كلبا للصيد ثم ترك الصيد مدة وهو يريد العود إليه]

(٣١٦٠) فصل: ومن اقتنى كلبا للصيد، ثم ترك الصيد مدة، وهو يريد العود إليه، لم يحرم اقتناؤه في مدة تركه؛ لأن ذلك لا يمكن التحرز منه. وكذلك لو حصد صاحب الزرع زرعه، أبيح له إمساك الكلب، إلى أن يزرع زرعا آخر. ولو هلكت ماشيته، فأراد شراء غيرها، فله إمساك كلبها؛ لينتفع به في التي يشتريها. فأما إن اقتنى كلب الصيد من لا يصيد به، احتمل الجواز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - استثنى كلب الصيد مطلقا. واحتمل المنع؛ لأنه اقتناه لغير حاجة، أشبه غيره من الكلاب. ومعنى كلب الصيد، أي كلب يصيد به.

وهكذا الاحتمال؛ لأن في من اقتنى كلبا؛ ليحفظ له حرثا، أو ماشية، إن حصلت، أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد، وليس له في الحال حرث، ولا ماشية، يحتمل الجواز؛ لقصده ذلك، كما لو حصد الزرع، وأراد أن يزرع غيره.

[فصل حكم بيع الخنزير والميتة والدم]

(٣١٦١) فصل: ولا يجوز بيع الخنزير، ولا الميتة، ولا الدم. . قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على القول به. وأجمعوا على تحريم الميتة والخمر، وعلى أن بيع الخنزير، وشراءه، حرام؛ وذلك لما روى جابر قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو بمكة يقول: «إن الله ورسوله حرما بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام.» متفق عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩٠

ولا يجوز بيع ما لا منفعة فيه، كالحشرات كلها، وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد، كالأسد والذئب، وما لا يؤكل ولا يصاد به من الطير، كالرخم، والحدأة، والغراب الأبقع، وغراب البين وبيضها، فكل هذا لا يجوز بيعه؛ لأنه لا نفع فيه، فأخذ ثمنه أكل مال بالباطل.

[فصل بيع السرجين النجس]

(٣١٦٢) فصل: ولا يجوز بيع السرجين النجس. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يجوز؛ لأن أهل الأمصار يتبايعونه لزروعهم من غير نكير، فكان إجماعا. **ولنا**، أنه مجمع على نجاسته؛ فلم يجز بيعه، كالميتة.

وما ذكروه فليس بإجماع، فإن الإجماع اتفاق أهل العلم، ولم يوجد، ولأنه رجيع نجس، فلم يجز بيعه، كرجيع الآدمي.." (١)

"[فصل حكم بيع الحر وما ليس بمملوك]

(٣١٦٣) فصل: ولا يجوز بيع الحر، ولا ما ليس بمملوك، كالمباحات قبل حيازتها وملكها. ولا نعلم في ذلك خلافا؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة؛ رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرا، فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا، فاستوفى منه ولم يوفه أجره» . رواه البخاري.

[مسألة بيع الفهد والصقر المعلم والهر وكل ما فيه المنفعة]

(٣١٦٤) مسألة؛ قال: (وبيع الفهد، والصقر المعلم، جائز، وكذلك بيع الهر، وكل ما فيه المنفعة) وجملة ذلك، أن كل مملوك أبيح الانتفاع به، يجوز بيعه، إلا ما استثناه الشرع، من الكلب وأم الولد، والوقف. وفي المدبر، والمكاتب، والزيت النجس اختلاف، نذكره في موضعه، إن شاء الله تعالى؛ لأن الملك سبب لإطلاق التصرف، والمنفعة المباحة يباح له استيفاؤها، فجاز له أخذ عوضها، وأبيح لغيره بذل ماله فيها، توصلا إليها، ودفعا لحاجته بها، كسائر ما أبيح بيعه، وسواء في هذا ما كان طاهرا، كالثياب، والعقار، وبهيمة الأنعام، والخيل، والصيود، أو مختلفا في نجاسته، كالبغل، والحمار، وسباع البهائم، وجوارح الطير، التي تصلح للصيد، التي كالفهد، والصقر، والبازي، والشاهين، والعقاب، والطير المقصود صوته، كالهزاز،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٢/٤

والبلبل، والببغاء، وأشباه ذلك، فكله يجوز بيعه.

وبهذا قال الشافعي. وقال أبو بكر عبد العزيز، وابن أبي موسى: لا يجوز بيع الفهد، والصقر، ونحوهما؛ لأنها نجسة، فلم يجز بيعها، كالكلب. **ولنا**، أنه حيوان أبيح اقتناؤه، وفيه نفع مباح، من غير وعيد في حبسه، فأبيح بيعه كالبغل، وما ذكراه يبطل بالبغل، والحمار، فإنه لا خلاف في إباحة بيعهما، وحكمها حكم سباع البهائم في الطهارة، والنجاسة وإباحة الاقتناء، والانتفاع.

وأما الكلب فإن الشرع توعد على اقتنائه وحرمه، إلا في حال الحاجة، فصارت إباحته ثابتة، بطريق الضرورة، بخلاف غيره، ولأن الأصل الإباحة؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] . ولما ذكرنا من المعنى خرج منه ما استثناه الشرع؛ لمعان غير موجودة في هذا، فبقي على أصل الإباحة. وأما الهر، فقال الخرقي: يجوز بيعها.

وبه قال ابن عباس، والحسن، وابن سيرين، والحكم، وحماد، والثوري، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وعن أحمد أنه كره ثمنها. وروي ذلك عن أبي هريرة، وطاوس، ومجاهد، وجابر بن زيد. واختاره أبو بكر؛ لما روى مسلم عن جابر، أنه «سئل عن ثمن السنور، فقال: زجر النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك» . وفي لفظ رواه أبو داود عن جابر «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن ثمن السنور.» قال الترمذي: هذا حديث حسن، وفي إسناده اضطراب.

ولنا، ما ذكرنا فيما يصاد به من السباع، ويحمل الحديث على غير المملوك منها، أو ما لا نفع فيه منها؛ بدليل ما ذكرنا، ولأن البيع شرع طريقا للتوصل إلى قضاء الحاجة، واستيفاء المنفعة المباحة؛ ليصل." (١)

"كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه، مما يباح الانتفاع به، فينبغي أن يشرع ذلك فيه؛ ليصل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه، فما يباح الانتفاع به، ينبغي أن يجوز بيعه.

(٣١٦٥) فصل: فإن كان الفهد والصقر ونحوهما، مما ليس بمعلم، ولا يقبل التعليم، لم يجز بيعه؛ لعدم النفع به. وإن كان مما يمكن تعليمه، جاز بيعه؛ لأن مآله إلى الانتفاع، فأشبه الجحش الصغير. (٣١٦٦) فصل: فأما ما يصاد عليه، كالبومة التي يجعلها شباكا، لتجمع الطير إليها، فيصيده الصياد، فيحتمل جواز بيعها، للنفع الحاصل منها، ويحتمل المنع؛ لأن ذلك مكروه؛ لما فيه من تعذيب الحيوان. وكذلك اللقلق ونحوه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٣/٤

[فصل بيع بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير]

(٣١٦٧) فصل: فأما بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير، فإن كان مما لا نفع فيه، لم يجز بيعه، طاهرا كان أو نجسا. وإن كان ينتفع به، بأن يصير فرخا، وكان طاهرا، جاز بيعه؛ لأنه طاهر منتفع به؛ أشبه أصله، وإن كان نجسا، كبيض البازي، والصقر، ونحوه، فحكمه حكم فرخه.

وقال القاضي: لا يجوز بيعه؛ لأنه نجس، لا ينتفع به في الحال. وهذا ملغى بفرخه، وبالجحش الصغير.

[فصل بيع القرد]

(٣١٦٨) فصل: قال أحمد: أكره بيع القرد. قال ابن عقيل: هذا محمول على بيعه للإطافة به، واللعب، فأما بيعه لمن ينتفع به، كحفظ المتاع والدكان ونحوه، فيجوز؛ لأنه كالصقر والبازي. وهذا مذهب الشافعي. وقياس قول أبي بكر وابن أبي موسى المنع من بيعه مطلقا.

[فصل بيع العلق التي ينتفع بها]

(٣١٦٩) فصل: وفي بيع العلق التي ينتفع بها، مثل التي تعلق على وجه صاحب الكلف، فتمص الدم، والديدان التي تترك في الشص، فيصاد بها السمك، وجهان؛ أصحهما جواز بيعها؛ لحصول نفعها، فهي كالسمك والثاني، لا يجوز؛ لأنها لا ينتفع بها، إلا نادرا، فأشبهت ما لا نفع فيه.

[فصل بيع دود القز وبزره]

(٣١٧٠) فصل: ويجوز بيع دود القز، وبزره. وقال أبو حنيفة، في رواية عنه: إن كان مع دود القز قز، جاز بيعه، وإلا فلا؛ لأنه لا ينتفع بعينه، فهو كالحشرات. وقيل: لا يجوز بيع بزره. **ولنا** أن الدود حيوان طاهر يجوز اقتناؤه؛ لتملك ما يخرج منه، أشبه البهائم، ولأن الدود وبزره." [١]

"طاهر، منتفع به، فجاز بيعه، كالثوب.

وقوله: لا ينتفع بعينه، يبطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع، سوى النتاج، ويفارق الحشرات، التي لا نفع فيها أصلا، فإن نفع هذه كثير؛ لأن الحرير الذي هو أشرف ملابس الدنيا، إنما يحصل منها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩٤

[فصل بيع النحل]

(٣١٧١) فصل: ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة، بحيث لا يمكنها أن تمتنع. وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعها منفردة؛ لما ذكر في دود القز. **ولنا**، أنه حيوان طاهر، يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس، فجاز بيعه، كبهيمة الأنعام. واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها، فقال القاضي: لا يجوز؛ لأنه لا يمكن مشاهدة جميعها، ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعا معها، وهو مجهول.

وقال أبو الخطاب: يجوز بيعها في كواراتها، ومنفردة عنها، فإنه يمكن مشاهدتها في كواراتها إذا فتح رأسها، ويعرف كثرته من قلته، وخفاء بعضه لا يمنع صحة، بيعه، كالصبرة، وكما لو كان في وعاء، فإن بعضه يكون على بعض، فلا يشاهد إلا ظاهره، والعسل يدخل في البيع تبعا، فلا تضر جهالته، كأساسات الحيطان. فإن لم يمكن مشاهدة النحل؛ لكونه مستورا بأقراصه، ولم يعرف، لم يجز بيعه لجهالته.

[فصل بيع الترياق]

(٣١٧٢) فصل: ذكر الخرقي، أن الترياق لا يؤكل لأنه يقع فيه لحوم الحيات، فعلى هذا، لا يجوز بيعه؛ لأن نفعه إنما يحصل بالأكل، وهو محرم، فخلا من نفع مباح، فلم يجز بيعه، كالميتة، ولا يجوز التداوي به، ولا بسم الأفاعي. فأما السم من الحشائش والنبات، فإن كان لا ينتفع به، أو كان يقتل قليله، لم يجز بيعه؛ لعدم نفعه، وإن انتفع به، وأمكن التداوي بيسيره، كالسقمونيا، جاز بيعه؛ لأنه طاهر منتفع به، فأشبه بقية المأكولات.

[فصل بيع جلد الميتة قبل الدبغ]

(٣١٧٣) فصل: ولا يجوز بيع جلد الميتة، قبل الدبغ، قولا واحدا، قاله ابن أبي موسى وفي بيعه بعد الدبغ عنه خلاف.

وقد روى حرب عن أحمد، أنه قال: «إن النبي – صلى الله عليه وسلم – نهى عن ثمن الكلب» . وأما غير ذلك، نحو ريش الطير التي لها مخلب، أو بعض جلود السباع التي لها أنياب،." (١)

"أبنية الوقوف وأنقاضها. وإن كانت من تراب الحرم وحجارته، انبنى جواز بيعها على الروايتين في بيع رباع مكة؛ لأنها تابعة لمكة، وهكذا تراب كل وقف وأنقاضه. قال أحمد: وأما البناء بمكة فإني أكرهه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩٥

قال إسحاق: البناء بمكة على وجه الاستخلاص لنفسه، لا يحل.
وقد روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قيل له: ألا تبني لك بمنى بيتا؟ قال: منى مناخ لمن سبق»
.

[فصل بيع المصاحف]
(٣١٧٧) فصل: قال أحمد: لا أعلم في بيع المصاحف رخصة. ورخص في شرائها. وقال: الشراء أهون. وكره بيعها ابن عمر وابن عباس وأبو موسى، وسعيد بن جبير وإسحاق وقال ابن عمر: وددت أن الأيدي تقطع في بيعها. وقال أبو الخطاب: يجوز بيع المصحف، مع الكراهة.
وهل يكره شراؤه وإبداله؟ على روايتين. ورخص في بيعها الحسن والحكم وعكرمة والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأن البيع يقع على الجلد، والورق، وبيع ذلك مباح. ولنا، قول الصحابة - رضي الله عنهم -، ولم نعلم لهم مخالفا في عصرهم، ولأنه يشتمل على كلام الله تعالى، فتجب صيانته عن البيع والابتذال، وأما الشراء فهو أسهل؛ لأنه استنقاذ للمصحف وبذل لماله فيه، فجاز، كما أجاز شراء رباع مكة، واستئجار دورها، من لا يرى بيعها، ولا أخذ أجرتها. وكذلك أرض السواد ونحوها. وكذلك دفع الأجرة إلى الحجام، لا يكره، مع كراهة كسبه.
وإن اشترى الكافر مصحفا، فالبيع باطل. به قال الشافعي وأجازه أصحاب الرأي، وقالوا: يجبر على بيعه؛ لأنه أهل للشراء، والمصحف محل له. ولنا، أنه يمنع من استدامة الملك عليه، فمنع من ابتدائه، كسائر ما يحرم بيعه، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن المسافرة بالقرآن إلى أرض العدو، مخافة أن تناله أيديهم. فلا يجوز تمكينهم من التوصل إلى نيل أيديهم إياه.." (١)
"[فصل شراء الكافر مسلما]
فصل: ولا يصح شراء الكافر مسلما. وهذا قول مالك في إحدى الروايتين عنه، والشافعي في أحد القولين. وقال أبو حنيفة: يصح ويجبر على إزالة ملكه؛ لأنه يملك المسلم بالإرث، ويبقى ملكه عليه إذا أسلم في يده، فصح شراؤه له، كالمسلم. ولنا، أنه يمنع استدامة ملكه عليه، فمنع ابتداءه، كالنكاح، ولأنه عقد يثبت الملك على المسلم للكافر، فلم يصح، كالنكاح، والملك بالإرث. الاستدامة أقوى من ابتداء الملك بالفعل والاختيار، بدليل ثبوته بهما للمحرم في الصيد، مع منعه من ابتدائه، فلا يلزم من ثبوت الأقوى ثبوت ما

---
(١) المغني لابن قدامة ٤/١٩٨

دونه، مع أننا نقطع الاستدامة عليه بمنعه منها، وإجباره على إزالتها.

[فصل وكل كافر مسلما في شراء مسلم]
(٣١٧٩) فصل: ولو وكل كافر مسلما في شراء مسلم، لم يصح الشراء؛ لأن الملك يقع للموكل، ولأن الموكل ليس بأهل لشرائه، فلم يصح أن يشتري له، كما لو وكل مسلم ذميا في شر اء خمر. وإن وكل المسلم كافرا يشتري له مسلما، فاشتراه، ففيه وجهان؛ أحدهما، يصح لأن المنع منه إنما كان لما فيه من ثبوت ملك الكافر على المسلم، والملك يثبت للمسلم هاهنا، فلم يتحقق المانع. والثاني، لا يصح؛ لأن ما منع من شرائه منع التوكيل فيه، كالمحرم في شراء الصيد، والكافر في نكاح المسلمة، والمسلم لا يجوز أن يكون وكيلا لذمي في شراء خمر.

[فصل اشترى الكافر مسلما]
(٣١٨٠) فصل: وإن اشترى الكافر مسلما يعتق عليه بالقرابة، كأبيه وأخيه، صح الشراء، وعتق عليه، في قول بعض أصحابنا. وحكى فيه أبو الخطاب روايتين؛ إحداهما، لا يصح. وهو قول بعض الأصحاب؛ لأنه شراء يملك به المسلم، فلم يصح، كالذي لا يعتق عليه. ولأن ما منع من شرائه، لم يبح له شراؤه وإن زال ملكه عقيب الشراء، كشراء المحرم الصيد. والثانية يصح شراؤه؛ لأن المنع إنما ثبت لما فيه من إهانة المسلم بملك الكافر له، والملك هاهنا يزول عقيب الشراء بالكلية، ويحصل من نفع الحرية أضعاف ما حصل من الإهانة بالملك في لحظة يسيرة. ويفارق من لا يعتق عليه؛ فإن ملكه لا يزول إلا بإزالته، وكذلك شراء المحرم للصيد، فإنه لو ملكه، لثبت ملكه عليه، ولم يزل.
ولو قال كافر لمسلم: أعتق عبدك عني، وعلي ثمنه. ففعل، صح؛ لأن إعتاقه ليس بتمليك، وإنما هو إبطال للرق فيه، وإنما حصل الملك فيه حكما، فجاز، كما يملكه بالإرث حكما. ولأن ما يحصل له بالحرية من النفع ينغمر فيه ما يحصل من الضرر بالملك، فيصير كالمعدوم. وفيه وجه آخر؛ أنه لا يصح؛ بناء على شراء قريبه المسلم.." (١)

"[فصل أجر مسلم نفسه لذمي لعمل في ذمته]
(٣١٨١) فصل: ولو أجر مسلم نفسه لذمي، لعمل في ذمته، صح؛ «لأن عليا، - رضي الله عنه - أجر

---
(١) المغني لابن قدامة ١٩٩/٤

نفسه من يهودي، يستقي له كل دلو بتمرة، وأتى بذلك النبي - صلى الله عليه وسلم - فأكله.» وفعل ذلك رجل من الأنصار، وأتى به النبي - صلى الله عليه وسلم - فلم ينكره. ولأنه لا صغار عليه في ذلك. وإن استأجره في مدة، كيوم، أو شهر ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يصح؛ لأن فيه استيلاء عليه، وصغارا، أشبه الشراء.

والثاني، يصح. وهو أولى؛ لأن ذلك عمل في مقابلة عوض، أشبه العمل في ذمته، ولا يشبه الملك؛ لأن الملك يقتضي سلطانا، واستدامة، وتصرفا بأنواع التصرفات في رقبته، بخلاف الإجارة.

[فصل البيع بين كل ذي رحم محرم]

(٣١٨٢) فصل: ولا يجوز أن يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم. وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: لا يحرم التفريق إلا بين الأم وولدها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من فرق بين الوالدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» . رواه الترمذي، وقال: حديث حسن. وقال: «لا توله والدة عن ولدها» . فخصها بذلك، فدل على الإباحة فيما سواه. وقال الشافعي: يحرم بين الوالدين والمولودين وإن سفلوا، ولا يحرم بين من عداهم؛ لأن القرابة التي بينهم لا تمنع القصاص، ولا شهادة بعضهم لبعض، فلم تمنع التفريق في البيع، كابني العم.

ولنا، ما روى أحمد، في " المسند "، حدثنا غندر، حدثنا سعيد بن أبي عروبة، عن الحكم، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن علي - رضي الله عنه - قال: «أمرني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن أبيع غلامين أخوين، فبعتهما، ففرقت بينهما، فذكرت ذلك للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: أدركهما فارتجعهما، ولا تبعهما إلا جميعا» . وروي عن أبي موسى، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها، والأخ وأخيه» . ولأن بينهما رحما محرما، فلم يجز التفريق بينهما، كالولد مع أمه. ويفارق ابني العم فإنه ليس بينهما رحم محرم. (٣١٨٣) فصل: فإن فرق بينهما قبل البلوغ، فالبيع باطل. وبه قال الشافعي فيما دون السبع.

وقال أبو حنيفة: البيع صحيح؛ لأن النهي، لمعنى في غير البيع، وهو الضرر اللاحق بالتفريق، فلم يمنع صحة البيع، كالبيع في وقت النداء. **ولنا** حديث علي، وأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمره بردهما، ولو لزم البيع لما أمكن ردهما. وروى أبو داود في " سننه "، «أن عليا فرق بين الأم وولدها، فنهاه النبي -

صلى الله عليه وسلم – فرد المبيع» . ولأنه بيع محرم، لمعنى فيه، ففسد، كبيع الخمر. ولا يصح ما قاله؛ فإن ضرر التفريق حاصل بالبيع،." (١)

"والمشتري، إذا كان عقدهما صحيحا بكل حال؛ لأن إذنهما في تسليمه إلى من له الدين عليهما إذا اتصل به القبض، جرى مجرى قبوله وقبضه، بخلاف ما إذا لم يأذن وإن أذنا في دفع ذلك عنهما قرضا، فإن الرد يكون عليهما، والمقرض يرجع عليهما بعوضه.

[فصل قال العبد لرجل ابتعني من سيدي ففعل فبان العبد معتقا]

(٣١٩١) فصل إذا قال العبد لرجل: ابتعني من سيدي. ففعل، فبان العبد معتقا، فالضمان على السيد. نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة إن كان السيد حاضرا حين غره العبد، وإن كان غائبا فالضمان على العبد؛ لأن الغرور منه. **ولنا**، أن السيد قبض الثمن بغير استحقاق، وضمن العهدة، فكان الضمان عليه، كما لو كان حاضرا. وإن بان العبد مغصوبا، أو به عيب، فرده، فالضمان على السيد؛ لما ذكرنا.

[فصل اشترى اثنان عبدا فغاب أحدهما وجاء الآخر يطلب نصيبه منه]

(٣١٩٢) فصل: وإن اشترى اثنان عبدا، فغاب أحدهما، وجاء الآخر يطلب نصيبه منه، فله ذلك. وقال أبو حنيفة ليس له ذلك؛ لأنه لا يمكنه تسليمه إلا بتسليم نصيب الغائب، وليس له تسليمه بغير إذنه. **ولنا**، أنه طلب حصته، فكان له ذلك، كما لو أوجب لكل واحد منهما منفردا. وما ذكروه يبطل بهذه الصورة.

وإن قال الحاضر: أنا أدفع جميع الثمن، ويدفع إلي جميع العبد. لم يكن له ذلك.

وقال أبو حنيفة: له ذلك. **ولنا**، أن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه، ولا للبائع في دفعه إليه، فلم يكن لهما ذلك، كما لو كانا حاضرين. فإن سلم إليه، فتلف العبد، فللغائب تضمين أيهما شاء؛ لأن الدافع فرط بدفع ماله بغير إذنه، والشريك قبض مال غيره بغير إذنه فإن ضمن الشريك، لم يرجع على أحد؛ لأن التلف حصل في يده، فاستقر الضمان عليه.

وإن ضمن الدافع رجع على القابض لذلك. ويقوى عندي أنه إذا لم يمكن تسليم نصيب أحد المشتريين إليه إلا بتسليم نصيب صاحبه، أنه لا يجوز التسليم إليه؛ لما ذكرنا هاهنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٢٠٠

[فصل الإشهاد في البيع]

(٣١٩٣) فصل: ويستحب الإشهاد في البيع؛ لقول الله تعالى: ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ [البقرة: ٢٨٢] وأقل أحوال الأمر الاستحباب. ولأنه أقطع للنزاع، وأبعد من التجاحد، فكان أولى، ويختص ذلك بما له خطر، فأما الأشياء القليلة الخطر، كحوائج البقال، والعطار، وشبههما، فلا يستحب ذلك فيها؛ لأن العقود فيها تكثر، فيشق الإشهاد عليها، وتقبح إقامة البينة عليها، والترافع إلى الحاكم من أجلها، بخلاف الكثير. وليس الإشهاد بواجب في واحد منهما، ولا شرطا له. روي ذلك عن أبي سعيد الخدري وهو قول الشافعي، وأصحاب الرأي، وإسحاق وأبي أيوب وقالت طائفة: ذلك فرض." (١)

"لا يجوز تركه.

وروي ذلك عن ابن عباس. وممن رأى الإشهاد على البيع عطاء وجابر بن زيد، والنخعي؛ لظاهر الأمر، ولأنه عقد معاوضة فيجب الإشهاد عليه كالنكاح. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾ [البقرة: ٢٨٣] . وقال أبو سعيد: صار الأمر إلى الأمانة. وتلا هذه الآية، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «اشترى من يهودي طعاما، ورهنه درعه» «واشترى من رجل سراويل» ، «ومن أعرابي فرسا، فجحده الأعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت» ولم ينقل أنه أشهد في شيء من ذلك.

وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الأسواق، فلم يأمرهم بالإشهاد، ولا نقل عنهم فعله، ولم ينكر عليهم النبي - صلى الله عليه وسلم - ولو كانوا يشهدون في كل بياعاتهم لما أخل بنقله. «وقد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - عروة بن الجعد أن يشتري له أضحية. ولم يأمره بالإشهاد، وأخبره عروة أنه اشترى شاتين فباع إحداهما، ولم ينكر عليه ترك الإشهاد.» ولأن المبايعة تكثر بين الناس في أسواقهم وغيرها، فلو وجب الإشهاد في كل ما يتبايعونه، أفضى إلى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج: ٧٨] .

والآية المراد بها الإرشاد إلى حفظ الأموال والتعليم، كما أمر بالرهن والكاتب، وليس بواجب، وهذا ظاهر.

[فصل البيع والشراء في المسجد]

(٣١٩٤) فصل: ويكره البيع والشراء في المسجد. وبه قال إسحاق؛ لما روى أبو هريرة، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد، فقولوا: لا أربح الله تجارتك، وإذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٠٥

رأيتم من ينشد ضالة في المسجد، فقولوا: لا ردها الله عليك» . أخرجه الترمذي، وقال حديث حسن غريب، ولأن المساجد لم تبن لهذا. ورأى عمران القصير رجلا يبيع في المسجد، فقال: هذه سوق الآخرة، فإن أردت التجارة فاخرج إلى سوق الدنيا.

فإن باع فالبيع صحيح؛ لأن البيع تم بأركانه، وشروطه، ولم يثبت وجود مفسد له، وكراهة ذلك لا توجب الفساد، كالغش في البيع والتدليس والتصرية. وفي قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " قولوا: لا أربح الله تجارتك ". من غير إخبار بفساد البيع، دليل على صحته، والله أعلم.." (١)

"قياس قول القاضي؛ لأنه يتناثر ويختلف. وعلى قول غير القاضي من أصحابنا، حكم ما مسته النار من ذلك حكم غيره. وبه قال مالك، والأوزاعي، وأبو ثور.

والعقد يقتضيه سليما من التأثر، والعادة في طبخه تتفاوت، فأشبه غيره.

[فصل السلم في الجلود]

(٣٢٠١) فصل: وفي الجلود من الخلاف مثل ما في الرءوس والأطراف. وقال الشافعي: لا يصح السلم فيها؛ لأنها تختلف، فالورك ثخين قوي، والصدر ثخين رخو، والبطن رقيق ضعيف، والظهر أقوى، فيحتاج إلى وصف كل موضع منه، ولا يمكن ذرعه؛ لاختلاف أطرافه. **ولنا**، أن التفاوت في ذلك معلوم، فلم يمنع صحة السلم فيه، كالحيوان؛ فإنه يشتمل على الرأس والجلد والأطراف واللحم والشحم وما في البطن، وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين والأذنين والعينين، ويختلف ذلك، ولم يمنع صحة السلم فيه، كذا هاهنا.

[فصل السلم في اللحم]

(٣٢٠٢) فصل: ويصح السلم في اللحم. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأنه يختلف. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أسلم فليسلم في كيل معلوم، أو وزن معلوم» . وظاهره إباحة السلم في كل موزون. ولأننا قد بينا جواز السلم في الحيوان، فاللحم أولى.

الشرط الثاني، أن يضبطه بصفاته التي يختلف الثمن بها ظاهرا

فإن المسلم فيه عوض في الذمة، فلا بد من كونه معلوما بالوصف كالثمن، ولأن العلم شرط في المبيع،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٠٦

وطريقه إما الرؤية وإما الوصف. والرؤية ممتنعة هاهنا، فتعين الوصف. والأوصاف على ضربين: متفق على اشتراطها، ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف؛ الجنس، والنوع، والجودة والرداءة. فهذه لا بد منها في كل مسلم فيه. ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في اشتراطها. وبه يقول أبو حنيفة، ومالك، والشافعي.

الضرب الثاني، ما يختلف الثمن باختلافه مما عدا هذه الثلاثة الأوصاف، وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه، ونذكرها عند ذكره. وذكرها شرط في السلم عند إمامنا والشافعي. وقال أبو حنيفة: يكفي ذكر الأوصاف الثلاثة لأنها تشتمل على ما وراءها من الصفات. **ولنا**، أنه يبقى من الأوصاف، من اللون والبلد ونحوهما، ما يختلف الثمن والغرض لأجله، فوجب، ذكره، كالنوع. ولا يجب استقصاء كل الصفات؛ لأن ذلك يتعذر، وقد ينتهي الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه، إذ يبعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التي." (١)

"والهزال، وأشباهها مما يتباين بها الثمن وتختلف الرغبات بها، ويعرفها الناس، فهذا أولى. ويلزم قبول اللحم بعظامه؛ لأنه هكذا يقطع، فهو كالنوى في التمر، وإن كان السلم في لحم طير، لم يحتج إلى ذكر الذكورية والأنوثية، إلا أن يختلف بذلك، كلحم الدجاج، ولا إلى ذكر موضع اللحم، إلا أن يكون كثيرا يأخذ منه بعضه، ولا يلزمه قبول الرأس والساقين؛ لأنه لا لحم عليها.

وفي السمك يذكر النوع؛ بردي أو غيره، والكبر والصغر، والسمن والهزال، والطري والملح، ولا يقبل الرأس والذنب، وله ما بينهما، وإن كان كثيرا يأخذ بعضه، ذكر موضع اللحم منه.

[فصل ضبط السمن في السلم]

(٣٢٠٨) فصل: ويضبط السمن بالنوع من ضأن أو معز أو بقر، واللون، أبيض أو أصفر. قال القاضي: ويذكر المرعي، ولا يحتاج إلى ذكر حديث أو عتيق؛ لأن إطلاقه يقتضي الحديث، ولا يصح السلم في عتيقه؛ لأنه عيب، ولا ينتهي إلى حد يضبط به. ويصف الزبد بأوصاف السمن، ويزيد، زبد يومه أو أمسه. ولا يلزمه قبول متغير في السمن أو الزبد، ولا رقيق، إلا أن تكون رقته للحر. ويصف اللبن بالنوع والمرعى، ولا يحتاج إلى اللون، ولا حلبة يومه؛ لأن إطلاقه يقتضي ذلك، ولا يلزمه قبول متغير.

قال أحمد: ويصح السلم في المخيض. وقال الشافعي: لا يصح السلم فيه؛ لأن فيه ما ليس من مصلحته، وهو الماء، فصار المقصود مجهولا. **ولنا** أن الماء يسير، يترك لأجل المصلحة، جرت العادة به، فلم يمنع

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١١/٤

صحة السلم فيه، كالماء في الشيرج، والملح والإنفحة في الجبن، والماء في خل التمر، ويصف الجبن بالنوع والمرعى، ورطب أو يابس، ويصف اللبأ بصفات اللبن، ويزيد اللون، ويذكر الطبخ أو ليس بمطبوخ.

[فصل ضبط الثياب في السلم بستة أوصاف]

(٣٢٠٩) فصل: وتضبط الثياب بستة أوصاف؛ النوع، كتان أو قطن. والبلد. والطول. والعرض. والصفاقة والرقة. والغلظ والدقة. والنعومة والخشونة. ولا يذكر الوزن، فإن ذكره، لم يصح لتعذر الجمع بين صفاته المشترطة، وكونه على وزن معلوم، فيكون فيه تغرير؛ لتعذر اتفاقه. وإن ذكر خاما أو مقصورا، فله ما شرط، وإن لم يذكره، جاز، وله خام؛ لأنه الأصل. وإن ذكر مغسولا أو لبيسا. لم يجز؛ لأن اللبس يختلف، ولا ينضبط. فإن أسلم في مصبوغ، وكان مما يصبغ غزله، جاز؛ لأن ذلك من جملة صفات الثوب، وإن كان مما يصبغ بعد نسجه، لم يجز؛ لأن صبغ الثوب يمنع الوقوف على نعومته وخشونته، ولأن الصبغ غير معلوم. وإن أسلم في ثوب مختلف الغزول؛ كقطن وإبريسم، أو قطن وكتان، أو صوف، وكانت الغزول مضبوطة بأن يقول: السدى إبريسم، واللحمة كتان أو نحوه، جاز. ولهذا جاز السلم في الخز، وهو من غزلين مختلفين. وإن." (١)

"[فصل ما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع في السلم على ضربين]

(٣٢١٩) فصل: وما عدا المكيل والموزون والحيوان والمذروع، فعلى ضربين: معدود، وغيره فالمعدود نوعان؛ أحدهما، لا يتباين كثيرا، كالجوز والبيض ونحوهما، فيسلم فيه عددا. وهو قول أبي حنيفة والأوزاعي. وقال الشافعي: يسلم فيهما كيلا أو وزنا، ولا يجوز عددا؛ لأن ذلك يتباين ويختلف، فلم يجز عددا، كالبطيخ.

ولنا أن التفاوت يسير، ويذهب ذلك باشتراط الكبر أو الصغر أو الوسط، فيذهب التفاوت، وإن بقي شيء يسير عفي عنه، كسائر التفاوت في المكيل والموزون المعفو عنه، ويفارق البطيخ؛ فإنه ليس بمعدود، والتفاوت فيه كثير لا ينضبط. النوع الثاني، ما يتفاوت؛ كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار، فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول، ففيه وجهان؛ أحدهما، يسلم فيه عددا، ويضبطه بالصغر والكبر؛ لأنه يباع هكذا.

الثاني، لا يسلم فيه إلا وزنا. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي؛ لأنه لا يمكن تقديره بالعدد، لأنه يختلف

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٢١٤

كثيرا، ويتباين جدا، ولا بالكيل؛ لأنه يتجافى في المكيال، ولا يمكن تقدير البقول بالحزم؛ لأنه يختلف، ويمكن حزم الكبيرة والصغيرة، فلم يمكن تقديره بغير الوزن، فتعين تقديره به.

[مسألة كون السلم مؤجلا أجلا معلوما]

[الفصل الأول يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا]

(٣٢٢٠) مسألة؛ قال:

(إلى أجل معلوم بالأهلة) وهذا الشرط الرابع، وهو أن يكون مؤجلا أجلا معلوما. وفي هذه المسألة فصول ثلاثة:

(٣٢٢١) أحدها: أنه يشترط لصحة السلم كونه مؤجلا، ولا يصح السلم الحال. قال أحمد، في رواية المروذي: لا يصح حتى يشترط الأجل. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعي.

وقال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: يجوز السلم حالا؛ لأنه عقد يصح مؤجلا، فصح حالا، كبيوع الأعيان، ولأنه إذا جاز مؤجلا فحالا أجوز، ومن الغرر أبعد. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أسلف في شيء، فليسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، إلى أجل معلوم» . فأمر بالأجل، وأمره يقتضي الوجوب. ولأنه أمر بهذه الأمور تبيينا لشروط السلم، ومنعا منه بدونها، ولذلك لا يصح إذا انتفى الكيل والوزن، فكذلك الأجل. ولأن السلم إنما جاز رخصة للرفق، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل، فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق، فلا يصح، كالكتابة.

ولأن الحلول يخرجه عن اسمه ومعناه، أما الاسم فلأنه يسمى سلما وسلفا؛ لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر، ومعناه ما ذكرناه في أول الباب، من أن الشارع أرخص فيه للحاجة الداعية." [١]

"إليه، ومع حضور ما يبيعه حالا لا حاجة إلى السلم، فلا يثبت.

ويفارق تنوع الأعيان، فإنها لم تثبت على خلاف الأصل لمعنى يختص بالتأجيل. وما ذكروه من التنبيه غير صحيح؛ لأن ذلك إنما يجزئ فيما إذا كان المعنى المقتضي موجودا في الفرع بصفة التأكيد، وليس كذلك هاهنا؛ فإن البعد من الضرر ليس هو المقتضي لصحة السلم المؤجل، وإنما المصحح له شيء آخر، لم نذكر اجتماعهما فيه، وقد بينا افتراقهما. إذا ثبت هذا، فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالا في الذمة، صح، ومعناه معنى السلم، وإنما افترقا في اللفظ.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢١٨

[الفصل الثاني كون الأجل معلوما في السلم الحال]

(٣٢٢٢) الفصل الثاني، أنه لا بد من السلم كون الأجل معلوما السلم؛ لقوله تعالى: ﴿إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى﴾ [البقرة: ٢٨٢] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " إلى أجل معلوم ". ولا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافا فأما كيفيته فإنه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه لا يختلف، ولا يصح أن يؤجله بالحصاد والجزاز وما أشبهه.

وكذلك قال ابن عباس، وأبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه قال: أرجو أن لا يكون به بأس. وبه قال مالك وأبو ثور وعن ابن عمر: أنه كان يبتاع إلى العطاء. وبه قال ابن أبي ليلى. وقال أحمد: إن كان شيء يعرف فأرجو، وكذلك إن قال: إلى قدوم الغزاة. وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء؛ لأن ذلك معلوم فأما نفس العطاء فهو في نفسه مجهول يختلف ويتقدم ويتأخر. ويحتمل أنه أراد نفس العطاء؛ لكونه يتفاوت أيضا، فأشبه الحصاد.

واحتج من أجاز ذلك، بأنه أجل يتعلق بوقت من الزمن، يعرف في العادة، لا يتفاوت فيه تفاوتا كثيرا، فأشبه إذا قال: إلى رأس السنة. **ولنا** ما روي عن ابن عباس، أنه قال: لا تتبايعوا إلى الحصاد والدياس، ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم. ولأن ذلك يختلف ويقرب ويبعد، فلا يجوز أن يكون أجلا كقدوم زيد. فإن قيل: فقد روي عن عائشة أنها قالت: إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «بعث إلى يهودي، أن ابعث إلي بثوبين إلى الميسرة» . قلنا: قال ابن المنذر: رواه حرمي بن عمارة. قال أحمد: فيه غفلة، وهو صدوق. قال ابن المنذر: فأخاف أن يكون من غفلاته، إذ لم يتابع عليه، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الأجل إلى الميسرة لم يصح.

[فصل جعل الأجل إلى شهر في السلم]

(٣٢٢٣) فصل: إذا جعل الأجل إلى شهر تعلق بأوله. وإن جعل الأجل اسما يتناول شيئين كجمادى وربيع ويوم النفر، تعلق بأولهما. وإن قال: إلى ثلاثة أشهر كان إلى انقضائها؛ لأنه إذا." (١)

"ذكر ثلاثة أشهر مبهمة، وجب أن يكون ابتداؤها من حين لفظه بها. وكذلك لو قال: إلى شهر. كان آخره. وينصرف ذلك إلى الأشهر الهلالية، بدليل قوله تعالى: ﴿إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢١٩

شهرا في كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منها أربعة حرم﴾ [التوبة: ٣٦] . وأراد الهلالية. وإن كان في أثناء شهر كملنا شهرين بالهلال وشهرا بالعدد ثلاثين يوما.

وقيل: تكون الثلاثة كلها عددية. وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع. وإن قال: محله شهر كذا أو يوم كذا. صح، وتعلق بأوله. وقيل: لا يصح؛ لأنه جعل ذلك ظرفا، فيحتمل أوله وآخره. والصحيح الأول؛ فإنه لو قال لامرأته: أنت طالق في شهر كذا. تعلق بأوله، وهو نظير مسألتنا.

فإن قيل: الطلاق يتعلق بالإخطار والإغرار، ويجوز تعليقه على مجهول، كنزول المطر، وقدوم زيد، بخلاف مسألتنا. قلنا: إلا أنه إذا جعل محله في شهر تعلق بأوله، فلا يكون مجهولا، وكذا السلم.

[فصل شرط الأجل في السلم]

(٣٢٢٤) فصل: ومن شرط الأجل أن يكون مدة لها وقع في الثمن، كالشهر وما قاربه. وقال أصحاب أبي حنيفة: لو قدره بنصف يوم، جاز. وقدره بعضهم بثلاثة أيام، وهو قول الأوزاعي؛ لأنها مدة يجوز فيها خيار الشرط، ولأنها آخر حد القلة، ويتعلق بها عندهم إباحة رخص السفر. وقال الآخرون: إنما اعتبر التأجيل لأن المسلم فيه معدوم في الأصل، لكون السلم إنما ثبت رخصة في حق المفاليس، فلا بد من الأجل ليحصل ويسلم؛ وهذا يتحقق بأقل مدة يتصور تحصيله فيها ولنا أن الأجل إنما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من أجله السلم، ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن، ولا يصح اعتباره بمدة الخيار؛ لأن الخيار يجوز ساعة، وهذا لا يجوز، والأجل يجوز أن يكون أعواما، وهم لا يجيزون الخيار أكثر من ثلاث، وكونها آخر حد القلة، لا يقتضي التقدير بها.

وقولهم: إن المقصود يحصل بأقل مدة. غير صحيح؛ فإن السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم ثمار أو زروع أو تجارات ينتظرون حصولها، ولا تحصل هذه في المدة اليسيرة.

[الفصل الثالث كون الأجل في السلم معلوما بالأهلة]

(٣٢٢٥) الفصل الثالث، في كون الأجل معلوما بالأهلة، وهو أن يسلم إلى وقت يعلم بالهلال، نحو أول الشهر، أو أوسطه، أو آخره، أو يوم معلوم منه؛ لقول الله تعالى ﴿يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج﴾ [البقرة: ١٨٩] . ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك.

ولو أسلم إلى عيد الفطر، أو النحر، أو يوم عرفة، أو عاشوراء، أو نحوها، جاز؛ لأنه معلوم بالأهلة. وإن جعل الأجل مقدرا بغير الشهور الهلالية، فذلك قسمان:." (١)

"الناس على الكراهة لهذا البيع. ولأنه إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه، لم يؤمن انقطاعه وتلفه، فلم يصح، كما لو أسلم في شيء قدره بمكيال معين، أو صنجة معينة، أو أحضر خرقة، وقال: أسلمت إليك في مثل هذه.

[فصل كون المسلم فيه موجودا حال السلم]

(٣٢٢٨) فصل: ولا يشترط كون المسلم فيه موجودا حال السلم، بل يجوز أن يسلم في الرطب في أوان الشتاء، وفي كل معدوم إذا كان موجودا في المحل. وهذا قول مالك، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وقال الثوري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي: لا يجوز حتى يكون جنسه موجودا حال العقد إلى حين المحل؛ لأن كل زمن يجوز أن يكون محلا للمسلم فيه لموت المسلم إليه، فاعتبر وجوده فيه كالمحل **ولنا** «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم» . ولم يذكر الوجود، ولو كان شرطا لذكره، ولنهاهم عن السلف سنتين؛ لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة، ولأنه يثبت في الذمة، ويوجد في محله غالبا، فجاز السلم فيه، كالموجود، ولا نسلم أن الدين يحل بالموت، وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود، إذ لو لزم أفضى إلى أن تكون آجال السلم مجهولة، والمحل ما جعله المتعاقدان محلا، وها هنا لم يجعلاه.

[فصل تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل]

(٣٢٢٩) فصل: إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل، إما لغيبة المسلم فيه أو عجزه عن التسليم، حتى عدم المسلم فيه، أو لم تحمل الثمار تلك السنة، فالمسلم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد فيطالب به، وبين أن يفسخ العقد ويرجع بالثمن إن كان موجودا، أو بمثله إن كان مثليا، وإلا قيمته. وبه قال الشافعي، وإسحاق، وابن المنذر.

وفيه وجه آخر، أنه ينفسخ العقد بنفس التعذر؛ لكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٢٠

فإذا هلكت انفسخ العقد، كما لو باعه قفيزا من صبرة فهلكت. والأول الصحيح؛ فإن العقد قد صح، وإنما تعذر التسليم، فهو كما لو اشترى عبدا فأبق قبل القبض.

ولا يصح دعوى التعيين في هذا العام؛ فإنهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها، جاز، وإنما أجبر على دفعه من ثمرة العام، لتمكينه من دفع ما هو بصفة حقه، ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه إذا وجدها ولم يجد غيرها، وليست متعينة. وإن تعذر البعض، فللمشتري الخيار بين الفسخ في الكل، والرجوع بالثمن، وبين أن يصبر إلى حين الإمكان، ويطالب بحقه.

فإن أحب الفسخ في المفقود دون الموجود، فله ذلك؛ لأن الفساد طرأ بعد صحة العقد، فلا يوجب الفساد في الكل، كما لو باعه صبرتين فتلفت إحداهما. وفيه وجه آخر: ليس له الفسخ إلا في الكل، أو يصبر، على ما ذكرنا من الخلاف في." (١)

"بمستقر.

ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ، فلم يجز كالبيع. ومعنى الحوالة به، أن يكون لرجل طعام من سلم، وعليه مثله من قرض أو سلم آخر أو بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم، فلا يجوز. وإن أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح أيضا؛ لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه، فلم يجز، كالبيع. وأما بيع المسلم فيه من بائعه، فهو أن يأخذ غير ما أسلم فيه عوضا عن المسلم فيه. فهذا حرام، سواء كان المسلم فيه موجودا أو معدوما، سواء كان العوض مثل المسلم فيه في القيمة، أو أقل، أو أكثر.

وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وذكر ابن أبي موسى، عن أحمد، رواية أخرى في من أسلم في بر، فعدمه عند المحل، فرضي المسلم بأخذ الشعير مكان البر، جاز. ولم يجز أكثر من ذلك. وهذا يحمل على الرواية التي فيها أن البر والشعير جنس واحد، والصحيح في المذهب خلافه. وقال مالك: يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه، يتعجله ولا يؤخره إلى الطعام. قال ابن المنذر: وقد ثبت أن ابن عباس قال: إذا أسلم في شيء إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه، وإلا فخذ عوضا أنقص منه، ولا تربح مرتين رواه سعيد في " سننه ". ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أسلم في شيء، فلا يصرفه إلى غيره» . رواه أبو داود، وابن ماجه. ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع، فلم يجز، كبيعه من غيره. فأما إن أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيرا منه، أو دونه في الصفات، جاز؛ لأن ذلك ليس ببيع، إنما هو قضاء للحق، مع تفضل

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٢٢

من أحدهما.

[فصل الإقالة في المسلم فيه]

(٣٢٣٨) فصل فأما. الإقالة في المسلم فيه، فجائزة، لأنها فسخ. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة؛ لأن الإقالة فسخ للعقد، ورفع له من أصله، وليست بيعا. قال القاضي: ولو قال: لي عندك هذا الطعام، صالحني منه على ثمنه. جاز، وكانت إقالة صحيحة.

فأما الإقالة في بعض المسلم فيه، فاختلف عن أحمد فيها؛ فروي عنه أنها لا تجوز. ورويت كراهتها عن ابن عمر، وسعيد بن المسيب، والحسن، وابن سيرين، والنخعي، وسعيد بن جبير، وربيعة، وابن أبي ليلى، وإسحاق. وروى حنبل، عن أحمد. أنه قال: لا بأس بها. وروي ذلك عن ابن عباس، وعطاء، وطاووس، ومحمد بن علي وحميد بن عبد الرحمن، وعمرو بن دينار، والحكم، والثوري،." [١]

"والرصاص، وما لا يفسد، ولا يختلف قديمه وحديثه، لم يكن عليه قبضه قبل محله) يعني بالسلم: المسلم فيه، باسم المصدر، كما يسمى المسروق سرقة والمرهون رهنا. قال إبراهيم: خذ سلمك أو دون سلمك، ولا تأخذ فوق سلمك. ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة، لم يخل من ثلاثة أحوال: أحدها، أن يحضره في محله، فيلزمه قبوله؛ لأنه أتاه بحقه في محله، فلزمه قبوله، كالمبيع المعين، وسواء كان عليه في قبضه ضرر، أو لم يكن.

فإن أبى، قيل له: إما أن تقبض حقك، وإما أن تبرئ منه. فإن امتنع قبضه الحاكم من المسلم إليه للمسلم، وبرئت ذمته منه؛ لأن الحاكم يقوم مقام الممتنع بولايته، وليس له أن يبرئ؛ لأنه لا يملك الإبراء.

الحال الثاني، أن يأتي به قبل محله، فينظر فيه، فإن كان مما في قبضه قبل محله ضرر، إما لكونه مما يتغير، كالفاكهة والأطعمة كلها، أو كان قديمه دون حديثه، كالحبوب ونحوها، لم يلزم المسلم قبوله؛ لأن له غرضا في تأخيره، بأن يحتاج إلى أكله أو إطعامه في ذلك الوقت، وكذلك الحيوان؛ لأنه لا يأمن تلفه، ويحتاج إلى الإنفاق عليه إلى ذلك الوقت، وربما يحتاج إليه في ذلك الوقت دون ما قبله.

وهكذا إن كان مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة، كالقطن ونحوه، أو كان الوقت مخوفا يخشى نهب ما يقبضه، فلا يلزمه الأخذ في هذه الأحوال كلها؛ لأن عليه ضررا في قبضه، ولم يأت محل استحقاقه له،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٢٨

فجرى مجرى نقص صفة فيه. وإن كان مما لا ضرر في قبضه، بأن يكون لا يتغير، كالحديد والرصاص والنحاس، فإنه يستوي قديمه وحديثه، ونحو ذلك الزيت والعسل، ولا في قبضه ضرر الخوف، ولا تحمل مؤنة، فعليه قبضه؛ لأن غرضه حاصل مع زيادة تعجيل المنفعة، فجرى مجرى زيادة الصفة وتعجيل الدين المؤجل. الحال الثالث، أن يحضره بعد محل الوجوب، فحكمه حكم ما لو أحضر المبيع بعد تفرقهما.

[فصل أحضر المسلم فيه على صفته]

(٣٢٤٣) فصل: ولا يخلو إما أن يحضر المسلم فيه على صفته، أو دونها، أو أجود منها. فإن أحضره على صفته، لزم قبوله؛ لأنه حقه. وإن أتى به دون صفته، لم يلزمه قبوله؛ لأن فيه إسقاط حقه، فإن تراضيا على ذلك وكان من جنسه، جاز، وإن كان من غير جنسه، لم يجز؛ لما تقدم. وإن اتفقا على أن يعطيه دون حقه، ويزيده شيئا، لم يجز؛ لأنه أفرد صفة الجودة بالبيع، وذلك لا يجوز، ولأن بيع المسلم فيه قبل قبضه غير جائز، فبيع وصفه أولى.

الثالث، أن يحضره أجود من الموصوف، فينظر فيه؛ فإن أتاه به من نوعه، لزمه قبوله؛ لأنه أتى بما تناوله العقد وزيادة تابعة له، فينفعه ولا يضره، إذ لا يفوته غرض. فإن أتاه به من نوع آخر، لم يلزمه قبوله؛ لأن العقد تناول ما وصفاه على الصفة التي شرطاها، وقد فات بعض الصفات، فإن النوع صفة، وقد فات، فأشبه ما لو فات غيره من الصفات. وقال القاضي: يلزمه قبوله؛ لأنهما جنس واحد يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة، فأشبه الزيادة في الصفة مع اتفاق النوع.

والأول أجود؛ لأن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر، فإذا فوته عليه، فوت عليه الغرض المتعلق به، فلم يلزمه قبوله، كما لو فوت عليه صفة الجودة. وهذا مذهب الشافعي. فإن تراضيا على أخذ النوع بدلا عن النوع الآخر، جاز؛ لأنهما جنس واحد لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا، ويضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة، فجاز أخذ أحدهما عن الآخر، كالنوع الواحد. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يجوز له أخذه؛ للمعنى الذي منع لزوم أخذه. وقال إبراهيم: لا تأخذ فوق سلمك في كيل ولا صفة.

ولنا، أنهما تراضيا على دفع المسلم فيه من جنسه، فجاز، كما لو تراضيا على دفع الرديء مكان الجيد، أو الجيد مكان الرديء، وبهذا ينتقض ما ذكروه؛ فإنه لا يلزم أخذ الرديء، ويجوز أخذه. ولأن المسلم أسقط حقه من النوع، فلم يبق بينهما إلا صفة الجودة، وقد سمح بها صاحبها.

[فصل جاءه بالأجود فقال خذه وزدني درهما]

(٣٢٤٤) فصل: إذا جاءه بالأجود، فقال: خذه، وزدني درهما. لم يصح. وقال أبو حنيفة: يصح كما لو أسلم في عشرة فجاءه بأحد عشر. **ولنا**، أن الجودة صفة، فلا يجوز إفرادها بالعقد، كما لو كان مكيلا أو موزونا، فإن جاءه بزيادة في القدر، فقال: خذه، وزدني درهما. ففعلا، صح؛ لأن الزيادة هاهنا يجوز إفرادها بالعقد.." (١)

"إفضاءها إلى الوجوب محتمل؛ فأشبهت الدية قبل الحول.

ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل؛ لأنه قد وجب. ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكتابة؛ لأنه غير لازم؛ فإن للعبد تعجيز نفسه، ولا يمكن استيفاء دينه من الرهن، لأنه لو عجز صار الرهن للسيد، لأنه من جملة مال المكاتب.

وقال أبو حنيفة: يجوز: **ولنا**، أنها وثيقة لا يمكن استيفاء الحق منها، فلم يصح، كضمان الخمر، ولا يجوز أخذ الرهن بعوض المسابقة؛ لأنها جعلة، ولم يعلم إفضاؤها إلى الوجوب، لأن الوجوب، إنما يثبت بسبق غير المخرج، وهذا غير معلوم ولا مظنون. وقال بعض أصحابنا: فيها وجهان، هل هي إجارة أو جعالة؟ فإن قلنا: هي إجارة. جاز أخذ الرهن بعوضها. وقال القاضي: إن لم يكن فيها محلل فهي جعالة، وإن كان فيها محلل فعلى وجهين. وهذا كله بعيد؛ لأن الجعل ليس هو في مقابلة العمل، بدليل أنه لا يستحقه إذا كان مسبوقا. وقد عمل العمل، وإنما هو عوض عن السبق، ولا تعلم القدرة عليه.

ولأنه لا فائدة للجاعل فيه، ولا هو مراد له، وإذا لم تكن إجارة مع عدم المحلل، فمع وجوده أولى، لأن مستحق الجعل هو السابق، وهو غير معين، ولا يجوز استئجار رجل غير معين، ثم لو كانت إجارة لكان عوضها غير واجب في الحال، ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ولا يظن، فلم يجز أخذ الرهن به كالجعل في رد الآبق واللقط، ولا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت في الذمة، كالثمن المعين، والأجرة المعينة في الإجارة، والمعقود عليه في الإجارة إذا كان منافع معينة، مثل إجارة الدار، والعبد المعين، والجمل المعين، مدة معلومة، أو لحمل شيء معين إلى مكان معلوم؛ لأن هذا حق تعلق بالعين لا بالذمة، ولا يمكن استيفاؤه من الرهن؛ لأن منفعة العين لا يمكن استيفاؤها من غيرها، وتبطل الإجارة بتلف العين.

وإن وقعت الإجارة على منفعة في الذمة، كخياطة ثوب، وبناء دار، جاز أخذ الرهن به؛ لأنه ثابت في الذمة، ويمكن استيفاؤه من الرهن، بأن يستأجر من ثمنه من يعمل ذلك العمل، فجاز أخذ الرهن به، كالدين. ومذهب الشافعي في هذا كله كما قلنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٣١

[فصل الأعيان المضمونة]

(٣٢٥١) فصل: فأما الأعيان المضمونة، كالمغصوب، والعواري، والمقبوض ببيع فاسد، والمقبوض على وجه السوم، ففيها وجهان؛ أحدهما، لا يصح الرهن بها. وهو مذهب الشافعي؛ لأن الحق غير ثابت في الذمة، فأشبه ما ذكرنا، ولأنه إن رهنه على قيمتها إذا تلفت، فهو رهن على ما ليس بواجب، ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب. وإن أخذ الرهن على عينها لم يصح؛ لأنه لا يمكن استيفاء عينها من الرهن، فأشبه أثمان البياعات المتعينة.

والثاني يصح أخذ الرهن بها. وهو مذهب أبي حنيفة، وقال: كل عين كانت مضمونة بنفسها." [١]

"وهو عقد لازم في حق المقرض، جائز في حق المقترض، فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله، لم يملك ذلك.

وقال الشافعي: له ذلك؛ لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه إذا كان موجودا، كالمغصوب والعارية.

ولنا، أنه أزال ملكه بعوض من غير خيار، فلم يكن له الرجوع فيه كالمبيع، ويفارق المغصوب، والعارية، فإنه لم يزل ملكه عنهما، ولأنه لا يملك المطالبة بمثلهما مع وجودهما، وفي مسألتنا بخلافه. فأما المقترض، فله رد ما اقترضه على المقرض، إذا كان على صفته لم ينقص، ولم يحدث به عيب؛ لأنه على صفة حقه، فلزمه قبوله كالمسلم فيه، وكما لو أعطاه غيره.

ويحتمل أن لا يلزم المقترض قبول ما ليس بمثلي؛ لأن القرض فيه يوجب رد القيمة على أحد الوجهين، فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه، فلم يجب قبوله كالمبيع.

[فصل للمقرض المطالبة ببدله في الحال]

(٣٢٥٧) فصل: وللمقرض المطالبة ببدله في الحال؛ لأنه سبب يوجب رد المثل في المثليات، فأوجبه حالا كالإتلاف. ولو أقرضه تفاريق، ثم طالبه بها جملة؛ فله ذلك؛ لأن الجميع حال، فأشبه ما لو باعه بيوعا حالة، ثم طالبه بثمنها جملة. وإن أجل القرض، لم يتأجل، وكان حالا. وكل دين حل أجله، لم يصر مؤجلا بتأجيله. وبهذا قال الحارث العكلي، والأوزاعي، وابن المنذر، والشافعي، وقال مالك والليث: يتأجل الجميع بالتأجيل؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «المؤمنون عند شروطهم» .

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٣٤

ولأن المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالإقالة والإمضاء؛ فملكا الزيادة فيه، كخيار المجلس. وقال أبو حنيفة في القرض وبدل المتلف كق**ولنا**، وفي ثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع كقولهما؛ لأن الأجل يقتضي جزءا من العوض، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقص في عوضه، وبدل المتلف الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص؛ فلذلك لم يتأجل، وبقية الأعواض يجوز الزيادة فيها، فجاز تأجيلها.

ولنا، أن الحق يثبت، حالا، والتأجيل تبرع منه ووعد، فلا يلزم الوفاء به، كما لو أعاره شيئا، وهذا لا يقع عليه اسم الشرط، ولو سمي، فالخبر مخصوص بالعارية، فيلحق به مما اختلفا فيه لأنه مثله **ولنا**، على أبي حنيفة، أنها زيادة بعد استقرار العقد، فأشبه القرض، وأما الإقالة: فهي فسخ، وابتداء عقد آخر، بخلاف مسألتنا، وأما خيار المجلس، فهو بمنزلة ابتداء العقد، بدليل أنه يجزئ فيه القبض لما يشترط قبضه، والتعين لما في الذمة.

[فصل قرض المكيل والموزون]

(٣٢٥٨) فصل: ويجوز قرض المكيل والموزون بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن استقراض ماله مثل من المكيل والموزون والأطعمة جائز. ويجوز قرض." (١)

"كل ما يثبت في الذمة سلما، سوى بني آدم. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجوز قرض غير المكيل والموزون؛ لأنه لا مثل له، أشبه الجواهر. **ولنا**، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - استسلف بكرا، وليس بمكيل ولا موزون» .

ولأن ما يثبت سلما، يملك بالبيع ويضبط بالوصف، فجاز قرضه، كالمكيل والموزون. وقولهم: لا مثل له. خلاف أصلهم، فإن عند أبي حنيفة، لو أتلف على رجل ثوبا، ثبت في ذمته مثله، ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته. فأما ما لا يثبت في الذمة سلما، كالجواهر وشبهها، فقال القاضي: يجوز فيها قرضها، ويرد المستقرض القيمة؛ لأن ما لا مثل له يضمن بالقيمة، والجواهر كغيرها في القيم.

وقال أبو الخطاب: لا يجوز قرضها، لأن القرض يقتضي رد المثل، وهذه لا مثل لها. ولأنه لم ينقل قرضها، ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه، لكونها ليست من المرافق، ولا يثبت في الذمة سلما، فوجب إبقاؤها على المنع. ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب في بدل غير المكيل والموزون، فإذا قلنا:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٢٣٧

الواجب رد المثل. لم يجز قرض الجواهر وما لا يثبت في الذمة سلما، لتعذر رد مثلها. وإن قلنا: الواجب رد القيمة. جاز قرضه؛ لإمكان رد القيمة. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

[فصل قرض بنى آدم مكروه]

(٣٢٥٩) فصل: فأما بنو آدم، فقال أحمد: أكره قرضهم. فيحتمل كراهية تنزيه، ويصح قرضهم، وهو قول ابن جريج، والمزني؛ لأنه مال يثبت في الذمة سلما، فصح قرضه، كسائر الحيوان. ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم، فلا يصح قرضهم. اختاره القاضي؛ لأنه لم ينقل قرضهم، ولا هو من المرافق. ويحتمل صحة قرض العبيد دون الإماء. وهو قول مالك والشافعي، إلا أن يقرضهن من ذوي محارمهن، لأن الملك بالقرض ضعيف، فإنه لا يمنعه من ردها على المقرض، فلا يستباح به الوطء، كالملك في مدة الخيار، وإذا لم يبح الوطء لم يصح القرض، لعدم القائل بالفرق، ولأن الأبضاع مما يحتاط لها، ولو أبحنا قرضهن، أفضى إلى أن الرجل يستقرض أمة، فيطؤها ثم يردها من يومه، ومتى احتاج إلى وطئها، استقرضها فوطئها ثم ردها، كما يستعير المتاع، فينتفع به ثم يرده.

ولنا، أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبيد والإماء كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك؛ فإنه مطلق لسائر التصرفات، بخلاف الملك في مدة الخيار. وقولهم: متى شاء المقترض ردها. ممنوع؛ فإننا إذا قلنا: الواجب رد القيمة. لم يملك المقترض رد الأمة، وإنما يرد قيمتها، وإن سلمنا ذلك، لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله، ولا يصح اقتراضه، كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقابلة أو بعيب فيها، وإن وقع هذا بحكم الاتفاق، لم يمنع الصحة، كما لو وقع ذلك في البيع، وكما لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتها، ثم ردها بعينها عند حلول الأجل.

ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيح." (١)

"الوطء، لم يمنع منه في الجواري، كالبيع في مدة الخيار. وعدم القائل بالفرق ليس بشيء، على ما عرف في مواضعه. وعدم نقله ليس بحجة؛ فإن أكثر الحيوانات لم ينقل قرضها، وهو جائز.

[فصل اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن]

(٣٢٦٠) فصل: وإذا اقترض دراهم أو دنانير غير معروفة الوزن، لم يجز؛ لأن القرض فيها يوجب رد المثل،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٣٨

فإذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء. وكذلك لو اقترض مكيلا أو موزونا جزافا، لم يجز؛ لذلك. ولو قدره بمكيال بعينه، أو صنجة بعينها، غير معروفين عند العامة، لم يجز؛ لأنه لا يأمن تلف ذلك، فيتعذر رد المثل، فأشبه السلم في مثل ذلك.

وقال الإمام أحمد، في ماء بين قوم، لهم نوب في أيام مسماة، فاحتاج بعضهم إلى أن يستقي في غير نوبته، فاستقرض من نوبة غيره، ليرد عليه بدله في يوم نوبته: فلا بأس، وإن كان غير محدود كرهته. فكرهه إذا لم يكن محدودا؛ لأنه لا يمكنه رد مثله. وإن كانت الدراهم يتعامل بها عددا، فاستقرض عددا، رد عددا. وإن استقرض وزنا. رد وزنا. وهذا قول الحسن، وابن سيرين، والأوزاعي. واستقرض أيوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عددا، وأعطاه بالبصرة عددا، لأنه وفاه مثلما اقترض فيما يتعامل به الناس، فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بها وزنا. فرد وزنا.

[فصل رد المثل في المكيل والموزون]

(٣٢٦١) فصل: ويجب رد المثل في المكيل والموزون. لا نعلم فيه خلافا. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن من أسلف سلفا، مما يجوز أن يسلف، فرد عليه مثله، أن ذلك جائز وأن للمسلف أخذ ذلك. ولأن المكيل والموزون يضمن في الغصب والإتلاف بمثله. فكذا هاهنا. فأما غير المكيل والموزون، ففيه وجهان؛ أحدهما، يجب رد قيمته يوم القرض؛ لأنه لا مثل له، فيضمنه بقيمته، كحال الإتلاف والغصب.

والثاني، يجب رد مثله؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - استسلف من رجل بكرا، فرد مثله.» ويخالف الإتلاف؛ فإنه لا مسامحة فيه، فوجبت القيمة، لأنها أحصر، والقرض أسهل، ولهذا جازت النسيئة فيه فيما فيه الربا، ويعتبر مثل صفاته تقريبا، فإن حقيقة المثل إنما توجد في المكيل والموزون. فإن تعذر المثل، فعليه قيمته يوم تعذر المثل، لأن القيمة ثبتت في ذمته حينئذ. وإذا قلنا: تجب القيمة. وجبت حين القرض. لأنها حينئذ ثبتت في ذمته.

[فصل قرض الخبز]

(٣٢٦٢) فصل: ويجوز قرض الخبز. ورخص فيه أبو قلابة ومالك. ومنع منه أبو حنيفة. **ولنا**، أنه موزون،

فجاز قرضه، كسائر الموزونات. وإذا أقرضه بالوزن، ورد مثله بالوزن، جاز. وإن أخذه عددا، فرده عددا، فقال الشريف أبو جعفر: فيه روايتان؛ إحداهما، لا يجوز؛ لأنه موزون، أشبه سائر الموزونات.." (١)

"جاز. وكذلك إن كتب له بها سفتجة، أو قضاه في بلد آخر، جاز. ورخص في ذلك ابن عمر، وسعيد بن المسيب، والحسن، والنخعي، والشعبي، والزهري، ومكحول، وقتادة، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وقال أبو الخطاب: إن قضاه خيرا منه، أو زاده زيادة بعد الوفاء من غير مواطأة، فعلى روايتين. وروي عن أبي بن كعب، وابن عباس، وابن عمر، أنه يأخذ مثل قرضه، ولا يأخذ فضلا؛ لأنه إذا أخذ فضلا كان قرضا جر منفعة. ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - استسلف بكرا، فرد خيرا منه. وقال: «خيركم أحسنكم قضاء.» متفق عليه. وللبخاري: «أفضلكم أحسنكم قضاء» . ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضا في القرض، ولا وسيلة إليه، ولا إلى استيفاء دينه، فحلت، كما لو لم يكن قرض.

وقال ابن أبي موسى: إذا زاده بعد الوفاء، فعاد المستقرض بعد ذلك يلتمس منه قرضا ثانيا، ففعل، لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه، فإن أخذ زيادة، أو أجود مما أعطاه، كان حراما، قولا واحدا. وإن كان الرجل معروفا بحسن القضاء، لم يكره إقراضه. وقال القاضي: فيه وجه آخر، أنه يكره؛ لأنه يطمع في حسن عادته. وهذا غير صحيح؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان معروفا بحسن القضاء، فهل يسوغ لأحد أن يقول: إن إقراضه مكروه،

ولأن المعروف بحسن القضاء خير الناس وأفضلهم، وهو أولى الناس بقضاء حاجته، وإجابة مسألته، وتفريج كربته، فلا يجوز أن يكون ذلك مكروها، وإنما يمنع من الزيادة المشروطة. ولو أقرضه مكسرة، فجاءه مكانها بصحاح بغير شرط، جاز. وإن جاءه بصحاح أقل منها، فأخذها بجميع حقه، لم يجز، قولا واحدا؛ لأن ذلك معاوضة للنقد بأقل منه، فكان ربا.

[فصل شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجري فيه الربا]

فصل: وإن شرط في القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه، وكان ذلك مما يجري فيه الربا، لم يجز؛ لإفضائه إلى فوات المماثلة فيما هي شرط فيه. وإن كان في غيره، لم يجز أيضا. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وفي الوجه الآخر، يجوز؛ لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض، وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه، بخلاف الزيادة. ولنا، أن القرض يقتضي المثل، فشرط النقصان يخالف مقتضاه. فلم يجز،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٣٩

كشرط الزيادة.

[فصل اقترض من رجل نصف دينار فدفع إليه دينارا صحيحا وقال نصفه قضاء ونصفه وديعة عندك]
(٣٢٦٦) فصل: ولو اقترض من رجل نصف دينار، فدفع إليه دينارا صحيحا، وقال: نصفه قضاء، ونصفه وديعة عندك، أو سلما في شيء، صح. وإن امتنع المقرض من قبوله، فله ذلك؛ لأن عليه في الشركة." (١)

"زال لزوم الرهن، وبقي العقد، كأنه لم يوجد فيه قبض، سواء أخرجه بإجارة أو إعارة أو إيداع أو غير ذلك. فإذا عاد فرده إليه، عاد اللزوم بحكم العقد السابق. قال أحمد، في رواية ابن منصور: إذا ارتهن دارا، ثم أكراها صاحبها، خرجت من الرهن، فإذا رجعت إليه، صارت رهنا.

وقال في من رهن جارية، ثم سأل المرتهن أن يبعثها إليه لتخبز لهم، فبعث بها، فوطئها: انتقلت من الرهن، فإن لم يكن وطئها، فلا شيء. قال أبو بكر: لا يكون رهنا في تلك الحال، فإذا ردها رجعت إلى الرهن. وممن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة. وهذا على القول الصحيح، فأما على قول من قال: ابتداء القبض ليس بشرط. فأولى أن يقول: الاستدامة غير مشترطة؛ لأن كل شرط يعتبر في الاستدامة، يعتبر في الابتداء، وقد يعتبر في الابتداء ما لا يعتبر في الاستدامة.

قال أبو الخطاب: إذا قلنا: القبض شرط في الابتداء. كان شرطا في الاستدامة. وقال الشافعي استدامة القبض ليست شرطا؛ لأنه عقد يعتبر القبض في ابتدائه، فلم يشترط استدامته كالهبة. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] . لأنها إحدى حالتي الرهن، فكان القبض فيها شرطا، كالابتداء. ويفارق الهبة؛ لأن القبض في ابتدائها يثبت الملك، فإذا ثبت استغني عن القبض ثانيا، والرهن يراد للوثيقة من بيعه، واستيفاء دينه من ثمنه، فإذا لم يكن في يده، لم يتمكن من بيعه، ولم تحصل وثيقة. وإن أزيلت يد المرتهن لغير حق، كغصب، أو سرقة، أو إباق العبد، أو ضياع المتاع، ونحو ذلك، لم يزل لزوم الرهن؛ لأن يده ثابتة حكما، فكأنها لم تزل.

[فصل ليس للمرتهن قبض الرهن إلا بإذن الراهن]
(٣٢٧٩) فصل: وليس للمرتهن قبض الرهن إلا بإذن الراهن؛ لأنه لا يلزمه تقبيضه، فاعتبر إذنه في قبضه، كالواهب. فإن تعدى المرتهن، فقبضه بغير إذن، لم يثبت حكمه، وكان بمنزلة من لم يقبض. وإن أذن

---
(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٤٢

الراهن في القبض، ثم رجع عن الإذن قبله، زال حكم الإذن.

وإن رجع عن الإذن بعد قبضه، لم يؤثر رجوعه؛ لأن الرهن قد لزم لاتصال القبض به. وكل موضع زال لزوم الرهن لزوال القبض، اعتبر الإذن في القبض الثاني؛ لأنه قبض يلزم به الرهن، أشبه الأول، ويقوم ما يدل على الإذن مقامه، مثل إرساله العبد إلى مرتهنه، ورده لما أخذه من المرتهن إلى يده، ونحو ذلك؛ لأن ذلك دليل على الإذن، فاكتفي به، كدعاء الناس إلى الطعام، وتقديمه بين أيديهم، يجري مجرى الإذن في أكله.

[مسألة القبض في الرهن]

(٣٢٨٠) مسألة؛ قال: (والقبض فيه من وجهين؛ فإن كان مما ينقل، فقبض المرتهن له أخذه إياه من راهنه منقولا، وإن كان مما لا ينقل، كالدور والأرضين، فقبضه تخلية راهنه بينه وبين مرتهنه، لا حائل دونه) وجملة ذلك أن القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة، فإن كان منقولا فقبضه نقله أو تناوله." (١)

"وإن كان أثمانا، أو شيئا خفيفا يمكن قبضه باليد، فقبضه تناوله بها، وإن كان مكيلا، رهنه بالكيل، أو موزونا، رهنه بالوزن، فقبضه اكتياله أو اتزانه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا سميت الكيل فكل» . وإن ارتهن الصبرة جزافا، أو كان ثيابا أو حيوانا فقبضه نقله؛ لقول ابن عمر: «كنا نشتري الطعام من الركبان جزافا. فنهانا النبي - صلى الله عليه وسلم - أن نبيعه حتى ننقله من مكانه.» متفق عليه. وإن كان الرهن غير منقول، كالعقار والثمرة على الشجرة، فقبضه التخلية بين مرتهنه وبينه من غير حائل، بأن يفتح له باب الدار، أو يسلم إليه مفتاحها. وإن خلى بينه وبينها وفيها قماش للراهن، صح التسليم؛ لأن اتصالها بملك الراهن، لا يمنع صحة التسليم، كالثمرة في الشجرة.

وكذلك لو رهنه دابة عليها حمل للراهن، فسلمها إليه، صح التسليم. ولو رهن الحمل وهو على الدابة، وسلمها إليه بحملها، صح القبض؛ لأن القبض حصل فيهما جميعا، فيكون موجودا في الرهن منهما.

[فصل رهنه سهما مشاعا مما لا ينقل]

(٣٢٨١) فصل: وإن رهنه سهما مشاعا مما لا ينقل. خلى بينه وبينه، سواء حضر الشريك أو لم يحضر وإن كان منقولا كالجوهرة يرهن نصفها، فقبضها تناولها، ولا يمكن تناولها إلا برضا الشريك، فإن رضي الشريك، تناولها، وإن امتنع الشريك، فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك، جاز، وناب عنه في

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٤٩

القبض، وإن تنازع الشريك والمرتهن، نصب الحاكم عدلا تكون في يده لهما وإن ناولها الراهن للمرتهن بغير رضا الشريك فتناولها، فإن قلنا: استدامة القبض شرط.

لم يكفه ذلك التناول. وإن قلنا: ليس بشرط. فقد حصل القبض؛ لأن الرهن حصل في يده مع التعدي في غيره، فأشبه ما لو رهنه ثوبا فسلمه إليه مع ثوب لغيره، فتناولهما معا. ولو رهنه ثوبا، فاشتبه عليه بغيره، فسلم إليه أحدهما، لم يثبت القبض؛ لأنه لا يعلم أنه أقبضه الرهن. فإن تبين أنه الرهن، تبين صحة التسليم. وإن سلم إليه الثوبين معا، حصل القبض؛ لأنه قد تسلم الرهن يقينا.

[فصل رهنه دارا فخلى بينه وبينها وهما فيها ثم خرج الراهن]

(٣٢٨٢) فصل: ولو رهنه دارا، فخلى بينه وبينها وهما فيها، ثم خرج الراهن، صح القبض. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يخلي بينه وبينها بعد خروجه منها؛ لأنه ما كان في الدار فيده عليها، فما حصلت التخلية. **ولنا**، أن التخلية تصح بقوله مع التمكن منها وعدم المانع، فأشبه ما لو كانا خارجين عنها، ولا يصح ما ذكره، ألا ترى أن خروج المرتهن منها لا يزيل يده عنها، ودخوله إلى دار غيره لا يثبت يده عليها، ولأنه بخروجه عنها محقق لقوله، فلا معنى لإعادة التخلية.

[فصل رهنه مالا له في يد المرتهن عارية أو وديعة أو غصبا أو نحوه]

(٣٢٨٣) فصل: وإن رهنه مالا له في يد المرتهن؛ عارية أو وديعة أو غصبا أو نحوه، صح." (١)

"نوبته، ولأن استدامة القبض شرط، وهذا يستحق زوال اليد عنه لمعنى قارن العقد، فلم يصح رهنه كالمغصوب. **ولنا**، أنها عين يجوز بيعها في محل الحق، فيصح رهنها كالمفرزة.

ولا نسلم أن مقصوده الحبس، بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره، والمشاع قابل لذلك، ثم يبطل ما ذكروه برهن القاتل والمرتد والمغصوب، ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية، فإنه يصح عندهم.

[فصل رهن بعض نصيبه من المشاع]

(٣٢٩٠) فصل: ويصح أن يرهن بعض نصيبه من المشاع، كما يصح أن يرهن جميعه، سواء رهنه مشاعا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٥٠

في نصيبه، مثل أن يرهن نصف نصيبه، أو يرهن نصيبه من معين، مثل أن يكون له نصف دار فيرهن نصيبه من بيت منها بعينه.

وقال القاضي: يحتمل أن لا يصح رهن حصته من معين من شيء تمكن قسمته، لاحتمال أن يقتسم الشريكان، فيحصل الرهن في حصة شريكه. **ولنا**، أنه يصح بيعه، فصح رهنه كغيره، وما ذكره لا يصح؛ لأن الراهن ممنوع من التصرف في الرهن بما يضر بالمرتهن، فيمنع من القسمة المضرة، كما يمنع من بيعه.

[فصل رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني]

(٣٢٩١) فصل: ويصح رهن المرتد والقاتل في المحاربة والجاني، سواء كانت جنايته عمدا أو خطأ على النفس وما دونها. وقال القاضي: لا يصح رهن القاتل في المحاربة، واختار أبو بكر أنه لا يصح رهن الجاني. وهو مذهب الشافعي، ومبنى الخلاف في هذا على الخلاف في بيعه، وقد سبق الكلام فيه في موضعه.

ثم إن كان المرتهن عالما بحاله، فلا خيار له؛ لأنه دخل على بصيرة، فأشبه المشتري إذا علم العيب، وإن لم يكن عالما، ثم علم بعد إسلام المرتد وفداء الجاني، فكذلك؛ لأن العيب زال، فهو كما لو زال عيب المبيع. وإن علم قبل ذلك، فله رده وفسخ البيع إن كان مشروطا في عقد بيع؛ لأن الشرط اقتضاه سليما، فإذا سلم إليه معيبا، ملك الفسخ، كالبيع، وإن اختار إمساكه، فليس له أرش ولا شيء؛ لأن الرهن بجملته لو تلف قبل قبضه، لم يملك بدله، فبعضه أولى. وكذلك لو لم يعلم حتى قتل العبد بالردة أو القصاص، أو أخذ في الجناية، فلا أرش للمرتهن. وذكر القاضي أن قياس المذهب أن له الأرش في هذه المواضع، قياسا على البيع.

وليس الأمر كذلك؛ فإن المبيع عوض عن الثمن، فإذا فات بعضه، رجع بما يقابله من الثمن، ولو فات كله، مثل أن يتلف المبيع قبل قبضه، رجع بالثمن كله، والرهن ليس بعوض، ولو تلف كله قبل القبض، لما استحق الرجوع بشيء، فكيف يستحق الرجوع ببدل عينه أو فوات بعضه؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني، لم يجبر، ويباع في الجناية؛ لأن حق المجني عليه مقدم على الرهن، فأشبه ما لو حدثت الجناية بعد الرهن. فعلى هذا إن استغرق." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٥٤

"إحداهما، لا يصح رهنه. نقل الجماعة عنه: أرخص في رهن المصحف. وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه، ولا يحصل ذلك إلا ببيعه، وبيعه غير جائز.

والثانية، يصح رهنه. فإنه قال: إذا رهن مصحفا لا يقرأ فيه إلا بإذنه. فظاهر هذا صحة رهنه. وهو قول مالك، والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي، بناء على أنه يصح بيعه فصح رهنه، كغيره.

[فصل استعار من رجل شيئا يرهنه]

(٣٣٠٠) فصل: ويجوز أن يستعير شيئا يرهنه. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئا يرهنه على دنانير معلومة، عند رجل سماه، إلى وقت معلوم، ففعل، أن ذلك جائز. وينبغي أن يذكر المرتهن، والقدر الذي يرهنه به، وجنسه، ومدة الرهن؛ لأن الضرر يختلف بذلك، فاحتيج إلى ذكره، كأصل الرهن، ومتى شرط شيئا من ذلك، فخالف، ورهنه بغيره، لم يصح الرهن؛ لأنه لم يؤذن له في هذا الرهن، فأشبه من لم يأذن في أصل الرهن، قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على ذلك. وإن أذن له في رهنه بقدر من المال، فنقص عنه، مثل أن يأذن له في رهنه بمائة، فيرهنه بخمسين، صح؛ لأن من أذن في مائة، فقد أذن في خمسين.

وإن رهنه بأكثر، مثل أن رهنه بمائة وخمسين، احتمل أن يبطل في الكل؛ لأنه خالف المنصوص عليه، فبطل، كما لو قال: ارهنه بدنانير. فرهنه بدراهم أو بحال فرهنه بمؤجل أو بمؤجل. فرهنه بحال، فإنه لا يصح. كذلك هاهنا. وهذا منصوص الشافعي.

والوجه الثاني، أنه يصح في المائة، ويبطل في الزائد عليها؛ لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز، فجاز فيما دون غيره، كتفريق الصفقة. ويفارق ما ذكرنا من الأصول؛ فإن العقد لم يتناول مأذونا فيه بحال، وكل واحد من هذه الأمور يتعلق به غرض لا يوجد في الآخر، فإن الراهن قد يقدر على فكاكه في الحال، ولا يقدر على ذلك عند الأجل وبالعكس. وقد يقدر على فكاكه بأحد النقدين دون الآخر، فيفوت الغرض بالمخالفة، وفي مسألتنا إذا صح في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض، فإن أطلق الرهن في الإذن من غير تعيين، فقال القاضي: يصح، وله رهنه بما شاء. وهو قول أصحاب الرأي، وأحد قولي الشافعي.

والآخر: لا يجوز حتى يبين قدر الذي يرهنه به، وصفته، وحلوله، وتأجيله؛ لأن هذا بمنزلة الضمان، لأن منفعة العبد لسيده، والعارية ما أفادت المنفعة، إنما حصلت له نفعا يكون الرهن وثيقة عنه، فهو بمنزلة الضمان في ذمته، وضمان المجهول لا يصح. **ولنا**، أنها عارية، فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك، كالعارية

لغير الرهن، والدليل على أنه عارية أنه قبض ملك غيره لمنفعة نفسه، منفردا بها من غير عوض، فكان عارية، كقبضه للخدمة. وقولهم:." [1]

"فبان أن أباه قد مات، وصار العبد ملكه بالميراث، أو وكل إنسانا يشتري له عبدا من سيده، ثم إن الموكل باع العبد أو رهنه، يعتقده لسيده الأول، فبان أن تصرفه بعد شراء الوكيل له، ونحو ذلك، صح تصرفه؛ لأنه تصرف صدر من أهله، وصادف ملكه، فصح كما لو علم. ويحتمل أن لا يصح؛ لأنه اعتقده باطلا.

[فصل رهن المبيع في مدة الخيار]

(٣٣٠٨) فصل: ولو رهن المبيع في مدة الخيار، لم يصح، إلا أن يرهنه المشتري والخيار له وحده، فيصح تصرفه، ويبطل خياره. ذكره أبو بكر وهو مذهب الشافعي وكذلك بيعه وتصرفاته. ولو أفلس المشتري، فرهن البائع عين ماله التي له الرجوع فيها قبل الرجوع فيها لم يصح؛ لأنه رهن مالا يملكه.

وكذلك لو رهن الأب العين التي وهبها لابنه قبل رجوعه فيها، لم يصح؛ لما ذكرناه، وللشافعي في ذلك وجهان؛ أحدهما، يصح؛ لأن له استرجاع العين، فتصرفه فيها يدل على رجوعه فيها. **ولنا**، أنه رهن ما لا يملكه. بغير إذن المالك، ولا ولاية عليه، فلم يصح، كما لو رهن الزوج نصف الصداق قبل الدخول.

[فصل رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين]

(٣٣٠٩) فصل: ولو رهن ثمرة شجر يحمل في السنة حملين، لا يتميز أحدهما من الآخر، فرهن الثمرة الأولى إلى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز، فالرهن باطل؛ لأنه مجهول حين حلول الحق، فلا يمكن استيفاء الدين منه، فلم يصح، كما لو كان مجهولا حين العقد، وكما لو رهنه إياها بعد اشتباهها. فإن شرط قطع الأولى إذا خيف اختلاطها بالثانية، صح.

فإن كان الحمل المرهون بحق حالا، وكانت الثمرة الثانية تتميز من الأولى إذا حدثت، فالرهن صحيح. فإن وقع التواني في قطع الأولى حتى اختلطت بالثانية، وتعذر التميز، لم يبطل الرهن؛ لأنه وقع صحيحا، وقد اختلط بغيره على وجه لا يمكن فصله. فعلى هذا إن سمح الراهن بكون الثمرة رهنا، أو اتفقا على قدر المرهون منهما، فحسن، وإن اختلفا، فالقول قول الراهن مع يمينه في قدر الرهن؛ لأنه منكر للقدر الزائد،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٥٨

والقول قول المنكر.

[فصل رهن منافع دار شهرا]

(٣٣١٠) فصل: ولو رهنه منافع داره شهرا، لم يصح؛ لأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه، والمنافع تهلك إلى حلول الحق. وإن رهنه أجرة داره شهرا، لم يصح؛ لأنها مجهولة وغير مملوكة.

[فصل رهن المكاتب من يعتق عليه]

(٣٣١١) فصل: ولو رهن المكاتب من يعتق عليه، لم يصح؛ لأنه لا يملك بيعه. وأجازه أبو حنيفة لأنهم لا يدخلون معه في الكتابة. ولو رهن العبد المأذون من يعتق على السيد، لم يصح؛ لأن ما في يده ملك لسيده. فقد صار حرا بشرائه إياه.

[فصل رهن الوارث تركة الميت أو باعها وعلى الميت دين]

(٣٣١٢) فصل: ولو رهن الوارث تركة الميت، أو باعها، وعلى الميت دين، صح في أحد." [1]

"الوجهين. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح، في أحد الوجهين، إذا كان على الميت دين يستغرق التركة؛ لأنه تعلق به حق آدمي، فلم يصح رهنه، كالمرهون. **ولنا**، أنه تصرف صادف ملكه، ولم يعلق به حقا، فصح، كما لو رهن المرتد.

وفارق المرهون؛ لأن الحق تعلق به باختياره، فأما في مسألتنا فالحق تعلق به بغير اختياره، فلم يمنع تصرفه. وهكذا كل حق ثبت من غير إثباته، كالزكاة والجناية، فلا يمنع رهنه، فإذا رهنه، ثم قضى الحق من غيره، فالرهن بحاله، وإن لم يقض الحق، فللغرماء انتزاعه؛ لأن حقهم أسبق، والحكم فيه كالحكم في الجاني. وهكذا الحكم لو تصرف في التركة، ثم رد عليه مبيع باعه الميت بعيب ظهر فيه، أو حق تجدد تعلقه بالتركة، مثل إن وقع إنسان أو بهيمة في بئر حفره في غير ملكه بعد موته، فالحكم واحد، وهو أن تصرفه صحيح غير نافذ، فإن قضى الحق من غيره نفذ، وإلا فسخ البيع والرهن.

[فصل رهن العبد المسلم لكافر]

(٣٣١٣) فصل: قال القاضي: لا يصح رهن العبد المسلم لكافر. واختار أبو الخطاب صحة رهنه، إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٦٢

شرطا كونه على يد مسلم، ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالكه. وهذا أولى؛ لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر.

[مسألة قبض الرهن من تشارطا أن الرهن يكون على يده]

(٣٣١٤) مسألة: قال: وإذا قبض الرهن من تشارطا أن الرهن يكون على يده، صار مقبوضا وجملته أن المتراهنين إذا شرطا كون الرهن على يدي رجل رضياه، واتفقا عليه، جاز، وكان وكيلا للمرتهن نائبا عنه في القبض، فمتى قبضه صح قبضه، في قول جماعة الفقهاء، منهم عطاء، وعمرو بن دينار، والثوري وابن المبارك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي.

وقال الحكم والحارث العكلي، وقتادة، وابن أبي ليلى: لا يكون مقبوضا بذلك؛ لأن القبض من تمام العقد، فتعلق بأحد المتعاقدين، كالإيجاب والقبول

ولنا، أنه قبض في عقد، فجاز فيه التوكيل، كسائر القبوض، وفارق القبول؛ لأن الإيجاب إذا كان لشخص كان القبول منه، لأنه يخاطب به، ولو وكل في الإيجاب والقبول قبل أن يوجب له، صح أيضا، وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع، فيما يعتبر القبض فيه. إذا ثبت هذا، فإنه يجوز أن يجعلا الرهن على يدي من يجوز توكيله، وهو الجائز التصرف، مسلما كان أو كافرا، عدلا أو فاسقا، ذكرا أو أنثى، ولا يجوز أن يكون صبيا؛ لأنه غير جائز التصرف مطلقا، فإن فعلا كان قبضه وعدم القبض واحدا، ولا عبدا بغير إذن سيده؛ لأن منافع العبد لسيده، فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذنه، فإن أذن له السيد، جاز

وأما المكاتب، فإن كان." (١)

"[فصل قدر الراهن والمرتهن للعدل الذي في يده الرهن ثمنا]

(٣٣٢١) فصل: ومتى قدرا له ثمنا لم يجز له بيعه بدونه، وإن أطلقا، فله بيعه بثمن مثله، أو زيادة عليه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة له بيعه ولو بدراهم والكلام معه في الوكالة. فإن أطلقا، فباع بأقل من ثمن المثل، مما يتغابن الناس به، صح، ولا ضمان عليه؛ لأن ذلك لا يضبط غالبا. وإن كان النقص مما لا يتغابن الناس به، أو باع بأنقص مما قررا له، صح البيع، وضمن النقص كله. ذكره أصحابنا.

والأولى أنه لا يصح البيع؛ لأنه بيع لم يؤذن له فيه، فأشبه ما لو خالف في النقد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٦٣

[فصل باع العدل الرهن بإذنهما وقبض الثمن فتلف في يده]

(٣٣٢٢) فصل: وإذا باع العدل الرهن بإذنهما، وقبض الثمن، فتلف في يده من غير تعد، فلا ضمان عليه؛ لأنه أمين، فهو كالوكيل. ولا نعلم في هذا خلافا. ويكون من ضمان الراهن.

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك من ضمان المرتهن؛ لأن البيع لأجله. **ولنا**، أنه وكيل الراهن في البيع، والثمن ملكه، وهو أمين له في قبضه، فإذا تلف، كان من ضمان موكله، كسائر الأمناء. وإن ادعى التلف، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه أمين، ويتعذر عليه إقامة البينة على ذلك، وإن كلفناه البينة، شق عليه، وربما أدى إلى أن لا يدخل الناس في الأمانات

فإن خالفاه في قبض الثمن، فقالا: ما قبضه من المشتري. وادعى ذلك، ففيه وجهان: أحدهما، القول قوله، لأنه أمين. والآخر: لا يقبل؛ لأن هذا إبراء للمشتري من الثمن، فلا يقبل قوله فيه، كما لو أبرأه من غير الثمن. وإن خرج المبيع مستحقا، فالعهدة على الراهن دون العدل، إذا كان قد أعلم المشتري أنه وكيل. وكذلك كل وكيل باع مال غيره. وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة العهدة على الوكيل. والكلام معه في الوكالة

فإن علم المشتري بعد تلف الثمن في يد العدل، رجع على الراهن، ولا شيء على العدل. فإن قيل: فلم لا يرجع المشتري على العدل، لأنه قبض الثمن بغير حق؟ قلنا: لأنه سلمه إليه على أنه أمين في قبضه، يسلمه إلى المرتهن. فلذلك لم يجب الضمان عليه، فأما المرتهن، فقد بان له أن عقد الرهن كان فاسدا، فإن كان مشروطا في بيع، ثبت له الخيار فيه، وإلا سقط حقه، فإن كان الراهن مفلسا، حيا أو ميتا، كان المرتهن والمشتري أسوة الغرماء؛ لأنهم متساوون في ثبوت حقهم في الذمة، فاستووا في قسمة ماله بينهم

فأما إن خرج مستحقا بعد ما دفع الثمن إلى المرتهن، رجع المشتري على المرتهن. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرجع على العدل، ويرجع العدل على أيهما شاء من الراهن والمرتهن. **ولنا**، أن عين ماله صار إلى المرتهن بغير حق، فكان رجوعه عليه كما لو قبضه منه، فأما إن كان المشتري رده بعيب، لم يرجع على المرتهن؛ لأنه قبض الثمن بحق، ولا على العدل؛ لأنه أمين ووكيل، ويرجع على الراهن

وإن كان العدل حين باعه لم يعلم المشتري أنه وكيل، كان للمشتري الرجوع عليه." (١)

"وجملة ذلك أنه ليس للراهن عتق الرهن؛ لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة، فإن أعتق، نفذ عتقه موسرا كان أو معسرا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٦٧

نص عليه أحمد وبه قال ﴿شريك﴾ ، والحسن بن صالح وأصحاب الرأي، والشافعي في أحد أقواله، إلا أن أبا حنيفة قال: يستسعي العبد في قيمته إن كان المعتق معسرا. وعن أحمد رواية أخرى: لا ينفذ عتق المعسر. ذكرها الشريف أبو جعفر وهو قول مالك والقول الثاني للشافعي لأن عتقه يسقط حق المرتهن من الوثيقة، من عين الرهن وبدلها، فلم ينفذ، لما فيه من الإضرار بالمرتهن، ولأنه عتق يبطل حق غير المالك، فنفذ من الموسر دون المعسر، كعتق شرك له من عبد

وقال عطاء والبتي وأبو ثور لا ينفذ عتق الراهن موسرا كان أو معسرا. وهو القول الثالث للشافعي لأنه معنى يبطل حد الوثيقة من الرهن، فلم ينفذ كالبيع. **ولنا**، أنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك، فنفذ، كعتق المستأجر، ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق، فنفذ فيها عتق المالك، كالمبيع في يد البائع، والعتق يخالف البيع، فإنه مبني على التغليب والسراية، وينفذ في ملك الغير، ويجوز عتق المبيع قبل قبضه، والآبق، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، ويجوز تعليقه على الشروط، بخلاف البيع

إذا ثبت هذا فإنه إن كان موسرا أخذت من قيمته، فجعلت مكانه رهنا؛ لأنه أبطل حق الوثيقة بغير إذن المرتهن، فلزمته قيمته، كما لو أبطلها أجنبي، أو كما لو أتلفه، وتكون القيمة رهنا؛ لأنها نائبة عن العين، وبدل عنها، وإن كان معسرا فالقيمة في ذمته، فإن أيسر قبل حلول الحق، أخذت منه القيمة فجعلت رهنا، إلا أن يختار تعجيل الحق، فيقضيه، ولا يحتاج إلى رهن، وإن أيسر بعد حلول الحق، طولب بالدين خاصة؛ لأن ذمته تبرأ به من الحقين معا، والاعتبار بقيمة العبد حال الإعتاق، لأنه حال الإتلاف. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في المعسر: يستسعي العبد في قيمته، ثم يرجع على الراهن. وفيه إيجاب الكسب على العبد، ولا صنع له، ولا جناية منه، وإلزام الغرم لمن وجد منه الإتلاف أولى، كحال اليسار، وكسائر الإتلاف.

[فصل أعتق الراهن عبده المرهون بإذن المرتهن]

(٣٣٣٤) فصل: وإن أعتقه بإذن المرتهن، فلا نعلم خلافا في نفوذ عتقه على كل حال؛ لأن المنع كان لحق المرتهن، وقد أذن، فيسقط حقه من الوثيقة موسرا كان المعتق أو معسرا، لأنه أذن فيما ينافي حقه، فإذا وجد، زال حقه، وقد رضي به لرضاه بما ينافيه، وإذنه فيه، فلم يكن له بدل. فإن رجع عن الإذن قبل العتق، وعلم الراهن برجوعه، كان كمن لم يأذن، فإن علم الراهن برجوعه، فأعتق، ففيه وجهان، بناء على عزل الوكيل بدون علمه. وإن رجع بعد العتق، لم ينفع رجوعه، والقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأن الأصل

عدم الإذن.

ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن، فالقول قول ورثة المرتهن أيضا." [1]

"ووطؤها لا ينقص قيمتها، فأشبه ما لو استخدمها

وإن تلف جزء منها أو نقصها، مثل إن افتض البكر أو أفضاها، فعليه قيمة ما أتلف، فإن شاء جعل رهنا معها، وإن شاء جعله قضاء من الحق، إن لم يكن حل. فإن كان الحق قد حل، جعله قضاء لا غير؛ فإنه لا فائدة في جعله رهنا. ولا فرق بين الكبيرة والصغيرة فيما ذكرناه.

[مسألة وطئ أمته المرهونة فأولدها]

(٣٣٣٧) مسألة قال: وإن كانت جارية، فأولدها الراهن، خرجت أيضا من الرهن، وأخذ منه قيمتها، فتكون رهنا وجملته أن الراهن إذا وطئ أمته المرهونة، فأولدها، خرجت من الرهن، وعليه قيمتها حين أحبلها، كما لو جرح العبد كانت عليه قيمته حين جرحه، ولا فرق بين الموسر والمعسر، إلا أن الموسر يؤخذ منه قيمتها، والمعسر يكون في ذمته قيمتها، على حسب ما ذكرنا في العتق. وهذا قول أصحاب الرأي. وقول الشافعي هاهنا كقوله في العتق، إلا أنه إذا قال له: لا ينفذ الإحبال. فإنما هو في حق المرتهن، فأما في حق الراهن، فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتهن.

ولو حل الحق وهي حامل، لم يجز بيعها؛ لأنها حامل بحر، فإذا ولدت، لم يجز بيعها حتى تسقي ولدها اللبأ، فإن وجد من يرضعه بيعت، وإلا تركت حتى ترضعه، ثم يباع منها بقدر الدين خاصة، ويثبت للباقي حكم الاستيلاد، فإذا مات الراهن عتق

وإن رجع هذا المبيع إلى الراهن بإرث أو بيع أو هبة أو غير ذلك، أو بيع جميعها، ثم رجعت إليه، ثبت لها حكم الاستيلاد

وقال مالك إن كانت الأمة تخرج إلى الراهن وتأتيه، خرجت من الرهن، وإن تسور عليها، أخذ ولدها، وبيعت. **ولنا** أن هذه أم ولد، فلم يثبت فيها حكم الرهن، كما لو كان الوطء سابقا على الرهن، أو نقول: معنى ينافي الرهن في ابتدائه، فنافاه في دوامه، كالحرية.

[فصل وطئ أمته المرهونة بإذن المرتهن]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٧١

(٣٣٣٨) فصل: فإن كان الوطء بإذن المرتهن، خرجت من الرهن، ولا شيء للمرتهن، لأنه أذن في سبب ما ينافي حقه، فكان إذنا فيه. ولا نعلم في هذا خلافا. وإن لم تحبل، فهي رهن بحالها.

فإن قيل: إنما أذن في الوطء، ولم يأذن في الإحبال. قلنا: الوطء هو المفضي إلى الإحبال، ولا يقف ذلك على اختياره، فالإذن في سببه إذن فيه، فإن أذن ثم رجع، فهو كمن لم يأذن. وإن اختلفا في الإذن، فالقول قول من ينكره، وإن أقر المرتهن بالإذن، وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه، أو قال: هو من زوج أو زنا. فالقول قول الراهن، بأربعة شروط؛ أحدها، أن يعترف المرتهن بالإذن

والثاني، أن يعترف بالوطء. والثالث، أن يعترف بالولادة. والرابع، أن يعترف بمضي مدة بعد." (١)

"ولا يضره. وإن قال: أسقطت الأرش. أو: أبرأت منه. لم يسقط؛ لأنه ملك للراهن، فلا يسقط بإسقاط غيره

وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان؛ أحدهما، يسقط. وهو قول القاضي؛ لأن ذلك يتضمن إسقاط حقه، فإذا لم يسقط حق غيره سقط حقه، كما لو قال: أسقطت حقي وحق الراهن. والثاني: لا يسقط؛ لأن العفو والإبراء منه لا يصح. فلم يصح ما تضمنه.

[فصل أقر رجل بالجناية على الرهن فكذبه الراهن والمرتهن]

(٣٣٥٣) فصل: وإذا أقر رجل بالجناية على الرهن، فكذباه، فلا شيء لهما. وإن كذبه المرتهن، وصدقه الراهن، فله الأرش، ولا حق للمرتهن فيه، فإن صدقه المرتهن وحده، تعلق حقه بالأرش، وله قبضه. فإذا قضى الراهن الحق، أو أبرأه المرتهن، رجع الأرش إلى الجاني، ولا شيء للراهن فيه. وإن استوفى حقه من الأرش، لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء؛ لأنه مقر له باستحقاقه.

[فصل كان الرهن أمة حاملا فضرب بطنها أجنبي]

(٣٣٥٤) فصل: ولو كان الرهن أمة حاملا، فضرب بطنها أجنبي، فألقت جنينا ميتا، ففيه عشر قيمة أمه. وإن ألقته حيا ثم مات لوقت يعيش مثله، ففيه قيمته. ولا يجب ضمان نقص الولادة؛ لأنه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها. ويحتمل أن يضمن نقصها بالولادة؛ لأنه حصل بفعله، فلزمه ضمانه، كما لو غصبها ثم جنى عليها. ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين؛ من نقصها، أو ضمان جنينها؛ لأن سبب ضمانها

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٧٣

وجد، فإذا لم يجتمع ضمانهما، وجب ضمان أكثرهما. وإن ضرب بطن بهيمة، فألقت ولدها ميتا، ففيه ما نقصتها الجناية لا غير، وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الأم.

وقال الشافعي ما وجب لنقص الأم، أو لنقص البهيمة، فهو رهن معها، وكذلك ما وجب في ولدها، وما وجب في جنين الأمة فليس برهن؛ لأن نماء الرهن ليس برهن. **ولنا** أن هذا ضمان يجب بسبب الجناية على الرهن، فكان من الرهن، كالواجب لنقص الولادة وضمان ولد البهيمة. وقولهم: إن نماء الرهن لا يدخل في الرهن غير مسلم.

[مسألة اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها أو على أن يعطيه بالثمن]

(٣٣٥٥) مسألة قال: وإذا اشترى منه سلعة، على أن يرهنه بها شيئا من ماله يعرفانه، أو على أن يعطيه بالثمن حميلا يعرفانه، فالبيع جائز. فإن أبى تسليم الرهن، أو أبى الحميل أن يتحمل، فالبائع مخير في فسخ البيع، وفي إقامته بلا رهن ولا حميل الحميل: الضمين. وهو فعيل بمعنى فاعل، يقال: ضمين، وحميل، وقبيل، وكفيل، وزعيم، وصبير، بمعنى واحد.

وجملة ذلك أن البيع بشرط الرهن أو الضمين صحيح، والشرط صحيح أيضا؛ لأنه من مصلحة العقد، غير مناف لمقتضاه، ولا نعلم في صحته خلافا إذا كان معلوما، ولذلك قال الخرقي يعرفانه في الرهن والضمين معا

ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين؛ المشاهدة، أو الصفة التي يعلم بها الموصوف،." (١)

"كما في السلم. ويتعين بالقبض. وأما الضمين فيعلم بالإشارة إليه، أو تعريفه بالاسم والنسب، ولا يصح بالصفة بأن يقول: رجل غني. من غير تعيين؛ لأن الصفة لا تأتي عليه. ولو قال: بشرط رهن أو ضمين. كان فاسدا؛ لأن ذلك يختلف، وليس له عرف ينصرف إليه بإطلاق. ولو قال: بشرط رهن أحد هذين العبدين. أو: يضمنني أحد هذين الرجلين. لم يصح؛ لأن الغرض يختلف. فلم يصح مع عدم التعيين، كالبيع. وهذا مذهب الشافعي. وحكي عن مالك وأبي ثور أنه يصح شرط الرهن المجهول، ويلزمه أن يدفع إليه رهنا بقدر الدين؛ لأنه وثيقة، فجاز شرطها مطلقا، كالشهادة

وقال أبو حنيفة إذا قال: على أن أرهنك أحد هذين العبدين. جاز؛ لأن بيعه جائز عنده. **ولنا**، أنه شرط رهنا مجهولا، فلم يصح، كما لو شرط رهن ما في كمه، ولأنه عقد يختلف فيه المعقود عليه، فلم يصح مع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٨٢

الجهل، كالبيع، وفارق الشهادة، فإن لها عرفا في الشرع حملت عليه، والكلام مع أبي حنيفة قد مضى في البيع، فإن الخلاف فيهما واحد. إذا ثبت هذا فإن المشتري إن وفى بالشرط، فسلم الرهن، أو حمل عنه الحميل، لزم البيع، وإن أبى تسليم الرهن، أو أبى الحميل أن يتحمل عنه، فللبائع الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه والرضا به بلا رهن ولا حميل، فإن رضي به لزمه البيع. وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي. ولا يلزم المشتري تسليم الرهن

وقال مالك وأبو ثور: يلزم الرهن إذا كان مشروطا في عقد البيع. ويجبر عليه المشتري. وإن وجده الحاكم دفعه إلى البائع؛ لأن عقد البيع وقع عليه، فأشبه الخيار

وقال القاضي: ما عدا المكيل والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد. وقد مضى الكلام معه في أول الباب. ولأنه رهن، فلم يلزم قبل القبض، كما لو لم يكن مشروطا في البيع، أو كغير المكيل والموزون، وإنما لزم الخيار والأجل بالشرط، لأنه من توابع البيع، لا ينفرد بنفسه، والرهن عقد منفرد بنفسه ليس من التوابع، ولأن الخيار والأجل يثبت بالقول، ولا يفتقر إلى تسليم، فاكتفي في ثبوته بمجرد القول، بخلاف الرهن. وأما الضمين، فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان، إذ لا يلزمه شغل ذمته وأداء دين غيره باشتراط غيره ولو وعده بأنه يضمن، ثم لم يفعل، لم يلزم في الحكم، كما لو وعده أنه يبيعه، ثم أبى ذلك. ومتى لم يف المشتري للبائع بشرطه، كان له الفسخ، كما لو شرط صفة في الثمن، فلم يف بها، ولأنه أحد المتعاقدين، فإذا لم يف بما شرط في العقد، ثبت الخيار لصاحبه، كالبائع إذا شرط المبيع على صفة، فبان بخلافها.

[فصل شرط البائع رهنا أو ضمينا معينا فجاء بغيرهما]

(٣٣٥٦) فصل: ولو شرط رهنا، أو ضمينا معينا، فجاء بغيرهما، لم يلزم البائع قبوله، وإن كان ما أتى به خيرا من المشروط، مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط، وحميل أوثق من المعين؛ لأنه عقد على معين، فلم يلزمه قبول غيره، كالبيع، ولأن الغرض يختلف بالأعيان، فمنها ما يسهل بيعه." (١)

"في الشروط الفاسدة في البيع. واختار أبو الخطاب هاهنا فساد البيع. وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي وقد مضى ذكر ذلك.

[فصل الشروط في الرهن]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٨٣

(٣٣٦٢) فصل: والشروط في الرهن تنقسم قسمين؛ صحيحا وفاسدا، فالصحيح مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه، أو عدلين، أو أكثر، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق. ولا نعلم في صحة هذا خلافا، وإن شرط أن يبيعه المرتهن، صح. وبه قال أبو حنيفة ومالك وقال الشافعي: لا يصح؛ لأنه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان، فلم يصح، كما لو وكله في بيعه من نفسه.

ووجه التنافي أن الراهن يريد الصبر على المبيع، والاحتياط في توفير الثمن، والمرتهن يريد تعجيل الحق، وإنجاز البيع. **ولنا**، أن ما جاز توكيل غير المرتهن فيه، جاز توكيل المرتهن فيه، كبيع عين أخرى، ولأن من جاز أن يشترط له الإمساك، جاز اشتراط البيع له، كالعدل، ولا يضر اختلاف الغرضين، إذا كان غرض المرتهن مستحقا له، وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق، وإنجاز البيع؛ وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بغرضه، فقد سمح له بذلك، والحق له، فلا يمنع من السماحة به، كما لو وكل فاسقا في بيع ماله وقبض ثمنه.

ولا نسلم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه، وإن سلمنا، فلأن الشخص الواحد يكون بائعا مشتريا، وموجبا، قابلا، وقابضا من نفسه لنفسه بخلاف مسألتنا.

[فصل رهنه أمة فشرط كونها عند امرأة أو ذي محرم لها]

(٣٣٦٣) فصل: وإذا رهنه أمة، فشرط كونها عند امرأة، أو ذي محرم لها، أو كونها في يد المرتهن، أو أجنبي على وجه لا يفضي إلى الخلوة بها، مثل أن يكون لهما زوجات، أو سراري، أو نساء من محارمهما معهما في دارهما، جاز؛ لأنه لا يفضي إلى محرم. وإن لم يكن كذلك، فسد الشرط؛ لأنه يفضي إلى الخلوة المحرمة، ولا يؤمن عليها. ولا يفسد الرهن؛ لأنه لا يعود إلى نقص، ولا ضرر في حق المتعاقدين، ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط، يصح الرهن، ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تكون عنده. وإن كان الرهن عبدا، فشرط موضعه، جاز، وإن لم يشترط موضعه، صح أيضا، كالأمة. ويحتمل أن لا يصح؛ لأن للأمة عرفا، بخلاف العبد. والأول أصح، فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده كالعبد، وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها، فشرطت كونه عندها على وجه يفضي إلى خلوته بها، لم يجز أيضا، فاستويا.

[فصل والقسم الثاني الشروط الفاسدة في الرهن]

(٣٣٦٤) فصل: والقسم الثاني، الشروط الفاسدة، مثل أن يشترط ما ينافي مقتضى الرهن نحو أن يشترط

ألا يباع الرهن عند حلول الحق، أو لا يستوفى الدين من ثمنه، أو لا يباع ما خيف تلفه، أو بيع الرهن بأي ثمن كان، أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه. فهذه شروط فاسدة؛ لمنافاتها مقتضى العقد، فإن." [١]

"المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفقود وكذلك إن شرط الخيار للراهن، أو أن لا يكون العقد لازما في حقه، أو توقيت الرهن، أو أن يكون رهنا يوما ويوما لا، أو كون الرهن في يد الراهن، أو أن ينتفع به، أو ينتفع به المرتهن، أو كونه مضمونا على المرتهن أو العدل، فهذه كلها فاسدة، لأن منها ما ينافي مقتضى العقد، ومنها ما لا يقتضيه العقد، ولا هو من مصلحته.

وإن شرطا شيئا منها في عقد الرهن، فقال القاضي: يحتمل أن يفسد الرهن بها بكل حال؛ لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط، فإذا لم يسلم له، لم يصح العقد، لعدم الرضى به بدونه. وقيل: إن شرط الرهن مؤقتا، أو رهنه يوما ويوما لا، فسد الرهن. وهل يفسد بسائرها؟ على وجهين، بناء على الشروط الفاسدة في البيع. ونصر أبو الخطاب في " رءوس المسائل " صحته، وبه قال أبو حنيفة، لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «لا يغلق الرهن» وهو مشروط فيه شرط فاسد. ولم يحكم بفساده. وقيل: ما ينقص حق المرتهن يبطله، وجها واحدا، وما لا فعلى وجهين، وهذا مذهب الشافعي؛ لأن المرتهن شرطت له زيادة لم تصح له، فإذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن.

[فصل رهن الدين]

(٣٣٦٥) فصل: وإن شرط أنه متى حل الحق ولم يوفني فالرهن لي بالدين أو: فهو مبيع لي بالدين الذي عليك. فهو شرط فاسد. روي ذلك عن ابن عمر وشريح والنخعي، ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي. ولا نعلم أحدا خالفهم. والأصل في ذلك ما روى معاوية بن عبد الله بن جعفر قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا يغلق الرهن» رواه الأثرم. قال الأثرم قلت: لأحمد ما معنى قوله: «لا يغلق الرهن» ؟ قال: لا يدفع رهنا إلى رجل، ويقول: إن جئتك بالدراهم إلى كذا وكذا، وإلا فالرهن لك.

قال ابن المنذر: هذا معنى قوله: «لا يغلق الرهن» عند مالك والثوري وأحمد وفي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر أن رجلا رهن دارا بالمدينة إلى أجل مسمى، فمضى الأجل، فقال الذي ارتهن: منزلي. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - «لا يغلق الرهن» ولأنه علق البيع على شرط، فإنه جعله مبيعا بشرط أن لا يوفيه الحق في محله، والبيع المعلق بشرط لا يصح، وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٨٦

ويتخرج أن لا يفسد، لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة، وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في " رءوس المسائل " واحتج بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «لا يغلق الرهن» فنفى غلقه دون أصله، فيدل على صحته، ولأن الراهن قد رضي برهنه مع هذا الشرط، فمع بطلانه أولى أن يرضى به. **ولنا**، أنه رهن بشرط فاسد، فكان فاسدا، كما لو شرط توفيته، وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد، فلا يكون فيه حجة.

[فصل الرهن بشرط الزيادة في الأجل]

(٣٣٦٦) فصل: ولو قال الغريم: رهنتك عبدي هذا، على أن تزيدني في الأجل. كان باطلا؛." [١]

"للمرتهن الانتفاع به بغير إذن الراهن بحال. لا نعلم في هذا خلافا؛ لأن الرهن ملك الراهن، فكذلك نماؤه ومنافعه، فليس لغيره أخذها بغير إذنه، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض، وكان دين الرهن من قرض، لم يجز؛ لأنه يحصل قرضا يجر منفعة، وذلك حرام.

قال أحمد: أكره قرض، الدور، وهو الربا المحض. يعني: إذا كانت الدار رهنا في قرض ينتفع بها المرتهن. وإن كان الرهن بثمن مبيع، أو أجر دار، أو دين غير القرض، فأذن له الراهن في الانتفاع، جاز ذلك. روي ذلك عن الحسن وابن سيرين، وبه قال إسحاق. فأما إن كان الانتفاع بعوض، مثل إن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها، من غير محاباة، جاز في القرض وغيره، لكونه ما انتفع بالقرض، بل بالإجارة، وإن حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع، بغير عوض، لا يجوز في القرض، ويجوز في غيره.

ومتى استأجرها المرتهن، أو استعارها، فظاهر كلام أحمد أنها تخرج عن كونها رهنا، فمتى انقضت الإجارة، أو العارية، عاد الرهن بحاله. قال أحمد، في رواية الحسن بن ثواب عن أحمد إذا كان الرهن دارا، فقال المرتهن: اسكنها بكرائها، وهي وثيقة بحقي ينتقل فيصير دينا، ويتحول عن الرهن.

وكذلك إن أكراها للراهن، قال أحمد في رواية ابن منصور: إذا ارتهن دارا، ثم أكراها لصاحبها، خرجت من الرهن، فإذا رجعت إليه صارت رهنا. والأولى أنها لا تخرج عن الرهن، إذا استأجرها المرتهن، أو استعارها؛ لأن القبض مستدام، ولا تنافي بين العقدين، وكلام أحمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكناها، كما في رواية ابن منصور؛ لأنها خرجت عن يد المرتهن، فزال اللزوم لزوال اليد، بخلاف ما إذا سكنها المرتهن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٨٧

ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضمونا عليه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه. ومبنى ذلك على العارية، فإنها عندنا مضمونة وعنده غير مضمونة.

[فصل شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن]

(٣٣٧٠) فصل: فإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى الرهن. وعن أحمد أنه يجوز في المبيع، قال القاضي: معناه أن يقول: بعتك هذا الثوب بدينار، بشرط أن ترهنني عبدك يخدمني شهرا. فيكون بيعا وإجارة، فهو صحيح.

وإن أطلق، فالشرط باطل؛ لجهالة ثمنه. وقال مالك: لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور والأرضين، وكرهه في الحيوان والثياب، وكرهه في القرض. **ولنا**، أنه شرط في الرهن ما ينافيه، فلم يصح، كما لو شرطه في القرض.

[فصل الانتفاع بالرهن الذي يحتاج إلى مؤنة]

(٣٣٧١) فصل: الحال الثاني ما يحتاج فيه إلى مؤنة، فحكم المرتهن في الانتفاع به، بعوض أو بغير عوض، بإذن الراهن، كالقسم الذي قبله. وإن أذن له في الإنفاق والانتفاع بقدره، جاز؛." (١)

"لأنه نوع معاوضة. وأما مع عدم الإذن، فإن الرهن ينقسم قسمين؛ محلوبا ومركوبا، وغيرهما، فأما المحلوب والمركوب، فللمرتهن أن ينفق عليه، ويركب، ويحلب، بقدر نفقته، متحريا للعدل في ذلك. ونص عليه أحمد، في رواية محمد بن الحكم، وأحمد بن القاسم واختاره الخرقي، وهو قول إسحاق. وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن، لغيبته، أو امتناعه من الإنفاق، أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن، واستئذانه. وعن أحمد رواية أخرى، لا يحتسب له بما أنفق، وهو متطوع بها، ولا ينتفع من الرهن بشيء. وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الرهن من راهنه، له غنمه، وعليه غرمه» .

ولأنه ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به، ولا الإنفاق عليه. فلم يكن له ذلك، كغير الرهن. **ولنا**، ما روى البخاري، وأبو داود، والترمذي، عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا» ، وعلى الذي يركب

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٨٩

ويشرب النفقة. فجعل منفعته بنفقته، وهذا محل النزاع، فإن قيل: المراد به أن الراهن ينفق وينتفع. قلنا: لا يصح لوجهين؛ أحدهما، أنه قد روي في بعض الألفاظ: " إذا كانت الدابة مرهونة، فعلى المرتهن علفها، ولبن الدر يشرب، وعلى الذي يشرب ويركب نفقته ". فجعل المنفق المرتهن، فيكون هو المنتفع. والثاني، أن قوله:

(بنفقته) يشير إلى أن الانتفاع عوض النفقة، وإنما ذلك حق المرتهن، أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر، ولأن نفقة الحيوان واجبة، وللمرتهن حق قد أمكنه استيفاء حقه من نماء الرهن، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه واستيفاء ذلك من منافعه، فجاز ذلك كما، يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند امتناعه بغير إذنه، والنيابة عنه في الإنفاق عليها، والحديث نقول به: والنماء للراهن، ولكن للمرتهن ولاية صرفها إلى نفقته، لثبوت يده عليه وولايته، وهذا فيمن أنفق محتسبا بالرجوع، فأما إن أنفق متبرعا بغير نية الرجوع، لم ينتفع به، رواية واحدة.

[فصل مؤنة الرهن غير المحلوب والمركوب]

(٣٣٧٢) فصل: وأما غير المحلوب والمركوب، فيتنوع نوعين؛ حيوان، وغيره، فأما الحيوان كالعبد والأمة ونحوهما، فهل للمرتهن أن ينفق ويستخدمه بقدر نفقته؟ ظاهر المذهب أنه لا يجوز. ذكرها الخرقي، ونص عليه أحمد في رواية الأثرم. قال: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يرهن العبد، فيستخدمه فقال: الرهن لا ينتفع منه بشيء، إلا حديث أبي هريرة خاصة في الذي يركب ويحلب ويعلف. قلت له: فإن كان اللبن والركوب أكثر؟ قال: لا إلا بقدر. ونقل حنبل، عن أحمد، أن له استخدام العبد أيضا – وبه قال أبو ثور – إذا امتنع المالك من الإنفاق." (١)

"يتبع الأصل في الحقوق الثابتة، كولد أم الولد. وقال الشافعي، وأبو ثور وابن المنذر: لا يدخل في الرهن شيء من النماء المنفصل، ولا من الكسب؛ لأنه حق تعلق بالأصل، يستوفى من ثمنه، فلا يسري إلى غيره، كحق الجناية. قال الشافعي: ولو رهنه ماشيا مخاضا، فنتجت، فالنتاج خارج من الرهن. وخالفه أبو ثور وابن المنذر. ومن حجتهم أيضا قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «الرهن من راهنه، له غنمه، وعليه غرمه» والنماء غنم، فيكون للراهن. ولأنها عين من أعيان ملك الراهن، لم يعقد عليها عقد رهن فلم تكن رهنا، كسائر ماله. **ولنا**، أنه حكم يثبت في العين بعقد المالك، فيدخل فيه النماء والمنافع، كالملك بالبيع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٩٠

وغيره، ولأن، النماء نماء حادث من عين الرهن، فيدخل فيه، كالمتصل، ولأنه حق مستقر في الأم، ثبت برضى المالك، فيسري إلى الولد، كالتدبير والاستيلاد. لنا على مالك أنه نماء حادث من عين الرهن، فسرى إليه حكم الرهن كالولد. وعلى أبي حنيفة؛ أنه عقد يستتبع النماء، فاستتبع الكسب كالشراء. فأما الحديث. فنقول به، وأن غنمه ونماءه وكسبه للراهن، لكن يتعلق به حق الرهن، كالأصل، فإنه للراهن، والحق متعلق به، والفرق بينه وبين سائر مال الراهن، أنه تبع، فثبت له حكم أصله. وأما حق الجناية، فإنه ثبت بغير رضى المالك، فلم يتعد ما ثبت فيه، ولأنه جزاء عدوان، فاختص الجاني كالقصاص، ولأن السراية في الرهن لا تفضي إلى استيفاء أكثر من دينه، فلا يكثر الضرر فيه.

[فصل هل يدخل الشجر في رهن الأرض]

(٣٣٧٦) فصل: وإذا ارتهن أرضا، أو دارا، أو غيرهما، تبعه في الرهن ما يتبع في البيع فإن كان في الأرض شجر، فقال: رهنتك هذه الأرض بحقوقها. أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن، دخل فيه، وإن لم يذكر ذلك، فهل يدخل الشجر في الرهن؟ على وجهين، بناء على دخوله في البيع. وإن رهنه شجرا مثمرا، وفيه ثمرة ظاهرة، لم تدخل في الرهن، كما لا تدخل في البيع، وإن لم تكن ظاهرة دخلت. وقال الشافعي: لا تدخل الثمرة في الرهن بحال. وقال أبو حنيفة: تدخل بكل حال؛ لأن الرهن عنده لا يصح على الأصول دون الثمرة، وقد قصد إلى عقد صحيح، فتدخل الثمرة ضرورة الصحة. **ولنا**، أن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع، مع قوته، وإزالته لملك البائع، فالرهن مع ضعفه أولى، وعلى الشافعي، أنه عقد على الشجرة فاستتبع الثمرة غير المؤبرة، كالبيع، ويدخل في الرهن الصوف واللبن الموجودان، كما يدخل في البيع، وكذلك الحمل وسائر ما بيع في البيع؛ لأنه عقد وارد على العين، فدخلت فيه هذه التوابع كالبيع، ولو كان الرهن دارا فخربت، كانت أنقاضها رهنا؛." (١)

"لأنها من أجزائها، ولو كانت مرهونة قبل خرابها، ولو رهنه أرضا، فنبت فيها شجر، فهو من الرهن، سواء نبت بفعل الراهن، أو بفعل غيره؛ لأنه من نمائها.

[فصل انتفاع الراهن بالرهن]

(٣٣٧٧) فصل وليس للراهن الانتفاع بالرهن، باستخدام، ولا وطء، ولا سكنى، ولا غير ذلك ولا يملك

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٩٢

التصرف فيه، بإجارة، ولا إعارة، ولا غيرهما، بغير رضا المرتهن. وبهذا قال الثوري وأصحاب الرأي. وقال مالك وابن أبي ليلى والشافعي، وابن المنذر: للراهن إجارته وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين. وهل له أن يسكن بنفسه؟ على اختلاف بينهم فيه. وإن كان الرهن عبدا، فله استيفاء منافعه بغيره. وهل له ذلك بنفسه؟ على الخلاف. وليس له إجارة الثوب ولا ما ينقص بالانتفاع. وبنوه على أن المنافع للراهن، لا تدخل في الرهن، ولا يتعلق بها حقه. وقد سبق الكلام في هذا. ولأنها عين محبوسة، فلم يكن للمالك الانتفاع بها، كالبيع الـمحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه. أو نقول: نوع انتفاع، فلا يملكه الراهن، كالذي ينقص قيمة الرهن. إذا ثبت هذا فإن المتراهنين إذا لم يتفقا على الانتفاع بها، لم يجز الانتفاع بها، وكانت منافعها معطلة، فإن كانت دارا أغلقت، وإن كان عبدا أو غيره تعطلت منافعه حتى يفك الرهن. وإن اتفقا على إجارة الرهن، أو إعارته، جاز ذلك. هذا ظاهر كلام الخرقي لأنه جعل غلة الدار وخدمة العبد رهنا، ولو عطلت منافعهما لم يكن لهما غلة. وقال ابن أبي موسى: إن أذن الراهن للمرتهن في إعارته، أو إجارته، جاز والأجرة رهن، وإن أجره الراهن بإذن المرتهن، خرج من الرهن، في أحد الوجهين، والآخر لا يخرج، كما لو أجره المرتهن. وقال أبو الخطاب، في المشاع: يؤجره الحاكم لهما. وذكر أبو بكر في الخلاف، أن منافع الرهن تعطل مطلقا، ولا يؤجراه. وهذا قول الثوري، وأصحاب الرأي. وقالوا: إذا أجر الراهن الرهن بإذن المرتهن، كان إخراجا من الرهن؛ لأن الرهن يقتضي حبسه عند المرتهن أو نائبه على الدوام، فمتى وجد عقد يستحق به زوال الحبس زال الرهن. **ولنا**، أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين، واستيفاؤه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن، وهذا لا ينافي الانتفاع به، ولا إجارته، ولا إعارته، فجاز اجتماعهما، كانتفاع المرتهن به، ولأن تعطيل منفعته تضييع للمال، وقد نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن إضاعة المال، ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقة، فلم يمنع إجارتها، كالعبد إذا ضمن بإذن سيده، ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس، وإنما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة، وذلك غير مناف للانتفاع به، ولو سلمنا أن مقتضاه الحبس، فلا يمنع أن يكون المستأجر نائبا عنه في إمساكه وحبسه، ومستوفيا لمنفعته لنفسه.

[فصل إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه ومداواته]

(٣٣٧٨) فصل: ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن، ودفع الفساد عنه، ومداواته إن احتاج." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٩٣

"إليها، فإذا كان الرهن ماشية فاحتاجت إلى إطراق الفحل، فللراهن ذلك؛ لأن فيه مصلحة للرهن، وزيادته، وذلك زيادة، في حق المرتهن من غير ضرر، وإن كانت فحولا لم يكن للراهن إطراقها بغير رضا المرتهن؛ لأنه انتفاع لا مصلحة للرهن فيه، فهو كالاستخدام، إلا أن يصير إلى حال يتضرر بترك الإطراق، فيجوز؛ لأنه كالمداواة له.

[مسألة مؤنة الرهن]

(٣٣٧٩) مسألة؛ قال: (ومؤنة الرهن على الراهن وإن كان عبدا فمات، فعليه كفنه، وإن كان مما يخزن، فعليه كراء مخزنه) وجملته أن مؤنة الرهن من طعامه، وكسوته، ومسكنه، وحافظه، وحرزه، ومخزنه، وغير ذلك على الراهن. وبهذا قال مالك والشافعي، والعنبري، وإسحاق: وقال أبو حنيفة: أجر المسكن والحافظ على المرتهن؛ لأنه من مؤنة إمساكه وارتهانه. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه» ولأنه نوع إنفاق، فكان على الراهن، كالطعام، ولأن الرهن ملك للراهن، فكان عليه مسكنه وحافظه، كغير الرهن. وإن أبق العبد فأجرة من يرده على الراهن، وقال أبو حنيفة: يكون بقدر الأمانة على الراهن، وبقدر الضمان على المرتهن. وإن احتيج إلى مداواته لمرض أو جرح فذلك على الراهن. وعند أبي حنيفة، هو كأجر من يرده من إباقه. وبنى ذلك على أصله في أن يد المرتهن يد ضمان، بقدر دينه فيه، وما زاد فهو أمانة عنده. والكلام على ذلك في غير هذا الموضع. وإن مات العبد كانت مؤنته، كتجهيزه، وتكفينه، ودفنه على الراهن؛ لأن ذلك تابع لمؤنته، فإن كل من لزمته مؤنة شخص كانت مؤنته كتجهيزه ودفنه عليه، كسائر العبيد والإماء والأقارب من الأحرار.

[فصل كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ]

(٣٣٨٠) فصل: وإن كان الرهن ثمرة فاحتاجت إلى سقي وتسوية وجذاذ، فذلك على الراهن، وإن احتاجت إلى تجفيف، والحق مؤجل، فعليه التجفيف؛ لأنه يحتاج إلى أن يستبقيها رهن، حتى يحل الحق. وإن كان حالا، بيعت ولم يحتج إلى تجفيفها. وإن اتفقا على بيعها وجعل ثمنها رهنا بالحق المؤجل، جاز، وإن اختلفا في ذلك، قدم قول من يستبقيها بعينها؛ لأن العقد يقتضي ذلك، إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتجفيف، وقد جرت العادة ببيعه رطبا، فإنه يباع، ويجعل ثمنه مكانه. وإن اتفقا على قطع الثمرة في وقت، فلهما ذلك، سواء كان الحق حالا أو مؤجلا، وسواء كان الأصلح القطع أو الترك؛ لأن الحق لا يخرج عنهما، وإن اختلفا قدمنا قول من طلب الأصلح، إن كان ذلك قبل حلول الحق. وإن كان الحق حالا قدم

قول من طلب القطع، لأنه إن كان المرتهن، فهو طالب لاستيفاء حقه الحال، فلزم إجابته، وإن كان الراهن، فهو يطلب تبرئة ذمته، وتخليص عين ملكه من الرهن، والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غررا. ذكر القاضي هذا في المفلس، وهو قول أكثر." (١)

"أصحاب الشافعي، وهذا في معناه. ويحتمل أن ينظر في الثمرة، فإن كانت تنقص بالقطع نقصا كثيرا، لم يجبر الممتنع من قطعها عليه؛ لأن ذلك إتلاف، فلا يجبر عليه؛ كما لا يجبر على نقض داره لبيبع أنقاضها، ولا على ذبح فرسه لبيبع لحمها، وإن كانت الثمرة مما لا ينتفع بها قبل كمالها، لم يجز قطعها قبله، ولم يجبر عليه بحال.

[فصل كان الرهن ماشية تحتاج إلى إطراق الفحل]

(٣٣٨١) فصل: وإن كان الرهن ماشية تحتاج إلى إطراق الفحل، لم يجبر الراهن عليه؛ لأنه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن، وليس ذلك مما يحتاج إليه لبقائها، ولا يمنع من ذلك؛ لكونها زيادة لهما، لا ضرر على المرتهن فيه. وإن احتاجت إلى رعي، فعلى الراهن أن يقيم لها راعيا؛ لأن ذلك يجري مجرى علفها. وإن أراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر، وكان لها في مكانها مرعى تتماسك به، فللمرتهن منعه من ذلك؛ لأن في السفر بها إخراجها عن نظره ويده. وإن أجدب مكانها، فلم يجد ما تتماسك به فللراهن السفر بها؛ لأنه موضع ضرورة، لأنها تهلك إذا لم يسافر بها، إلا أنها تكون في يد عدل يرضيان به، أو ينصبه الحاكم، ولا ينفرد الراهن بها، فإن امتنع الراهن من السفر بها، فللمرتهن نقلها؛ لأن في بقائها هلاكها، وضياع حقه من الرهن. فإن أرادا جميعا السفر بها، واختلفا في مكانها، قدمنا قول من يعين الأصلح، فإن استويا، قدمنا قول المرتهن. وقال الشافعي: يقدم قول الراهن، وإن كان الأصلح غيره؛ لأنه أملك بها، إلا أن يكون مأواها إلى يد عدل. **ولنا**، أن اليد للمرتهن، فكان أولى، كما لو كانا في بلد واحد، وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه لم يكن له، سواء أراد نقلها إلى مثله، أو أخصب منه، إذ لا معنى للمسافرة بالرهن مع إمكان ترك السفر به. وإن اتفقا على نقلها، جاز أيضا، سواء كان أنفع لها أو لا؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما.

[فصل مرض المرهون فاحتاج إلى دواء]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٩٤

(٣٣٨٢) فصل: وإن كان عبدا يحتاج إلى ختان، والدين حال، أو أجله قبل برئه، منع منه؛ لأنه ينقص ثمنه، وفيه ضرر، وإن كان يبرأ قبل محل الحق، والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه، فله ذلك؛ لأنه من الواجبات، ويزيد به الثمن، ولا يضر المرتهن، ومؤنته على الراهن. فإن مرض، فاحتاج إلى دواء، لم يجبر الراهن عليه؛ لأنه يتحقق أنه سبب لبقائه، وقد يبرأ بغير علاج، بخلاف النفقة، وإن أراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه، لم يمنع منه؛ لأنه مصلحة لهما من غير ضرر بواحد منهما. وإن كان الدواء مما يخاف غائلته، كالسموم، فللمرتهن منعه منه؛ لأنه لا يأمن تلفه. وإن احتاج إلى فصد، أو احتاجت الدابة إلى توديج، ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم، وهما عرقان عريضان غليظان." (١)

"لأن الخلاف في نيته، وهو أعلم بها، ولا اطلاع لغيره من الناس عليها، وعليه اليمين؛ لأن ما قاله الراهن محتمل. وكل مؤنة لا تلزم الراهن، كنفقة المداواة والتأبير وأشباههما، لا يرجع بها المرتهن إذا أنفقها محتسبا أو متبرعا.

[مسألة الرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن]

(٣٣٨٥) مسألة؛ قال: (والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن، رجع المرتهن بحقه عند محله، وكانت المصيبة فيه من راهنه، وإن كان بتعدي المرتهن، أو لم يحرزه، ضمن) أما إذا تعدى المرتهن في الرهن، أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده حتى تلف، فإنه يضمن. لا نعلم في وجوب الضمان عليه خلافا؛ ولأنه أمانة في يده، فلزمه إذا تلف بتعديه أو تفريطه، كالوديعة. وأما إن تلف من غير تعد منه ولا تفريط، فلا ضمان عليه، وهو من مال الراهن. يروى ذلك عن علي - رضي الله عنه - وبه قال عطاء، والزهري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر. ويروى عن شريح والنخعي والحسن أن الرهن يضمن بجميع الدين، وإن كان أكثر من قيمته؛ لأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الرهن بما فيه»

وقال. مالك إن كان تلفه بأمر ظاهر، كالموت والحريق، فمن ضمان الراهن، وإن ادعى تلفه بأمر خفي، لم يقبل قوله، وضمن. وقال الثوري، وأصحاب الرأي: يضمنه المرتهن بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين ويروي ذلك عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - واحتجوا بما روى عطاء، أن رجلا رهن فرسا، فنفق عند المرتهن، فجاء إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبره بذلك، فقال: «ذهب حقك» . ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء، فيضمنها من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبه، كحقيقة المستوفى، ولأنه محبوس بدين،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٩٥

فكان مضمونا، كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه. **ولنا**، ما روى ابن أبي ذئب عن الزهري عن سعيد بن المسيب، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه. وعليه غرمه» رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس عن ابن أبي ذئب ورواه الشافعي عن ابن أبي فديك عن ابن أبي ذئب، ولفظه: «الرهن من صاحبه الذي رهنه» وباقيه سواء. قال: ووصله ابن المسيب عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مثله أو مثل معناه من حديث أبي أنيسة. ولأنه وثيقة بالدين، فلا يضمن، كالزيادة على قدر الدين، وكالكفيل والشاهد، ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة، كالوديعة. وعند مالك: أن ما لا يضمن به العقار، لا يضمن به الذهب. كالوديعة، فأما حديث عطاء فهو مرسل، وقول عطاء يخالفه، قال الدارقطني: يرويه إسماعيل بن أمية، وكان كذابا، وقيل: يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفا. ويحتمل أنه أراد، ذهب حقك من الوثيقة، بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين." (١)

"يعني: إذا اختلفا في قيمة الرهن، إذا تلف في الحال التي يلزم المرتهن ضمانه، وهي إذا تعدى، أو لم يحرز، فالقول قول المرتهن مع يمينه؛ لأنه غارم، ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به، والقول قول المنكر. وبهذا قال الشافعي، ولا نعلم فيه مخالفا، وإن اختلفا في قدر الحق، نحو أن يقول الراهن: رهنتك عبدي هذا بألف. فقال المرتهن: بل بألفين. فالقول قول الراهن. وبهذا قال النخعي والثوري، والشافعي والبتي، وأبو ثور وأصحاب الرأي. وحكي عن الحسن وقتادة، أن القول قول المرتهن، ما لم يجاوز ثمن الرهن، أو قيمته، ونحوه قول مالك؛ لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق. **ولنا**، أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن، والقول قول المنكر؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم

ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الألف، فالقول قول من ينفيها، كما لو اختلفا في أصل الدين، وما ذكره من الظاهر غير مسلم؛ فإن العادة رهن الشيء بأقل من قيمته، إذا ثبت هذا، فالقول قول الراهن في قدر ما رهنه به، سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا، فلو اتفقا على أن الدين ألفان، وقال الراهن: إنما رهنتك بأحد الألفين. وقال المرتهن: بل رهنته بهما. فالقول قول الراهن مع يمينه، لأنه ينكر تعلق حق المرتهن في أحد الألفين بعبده، والقول قول المنكر. وإن اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين، وقال الراهن: هو رهن بالمؤجل. وقال المرتهن: بل بالحال. فالقول قول الراهن مع يمينه، لأنه منكر، ولأن القول قوله في أصل الرهن، فكذلك في صفته، وهذا إذا لم يكن بينة، فإن كان لأحدهما بينة، حكم بها، بغير خلاف في

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٩٧

جميع هذه المسائل.

[فصل اختلفا في قدر الرهن]

(٣٣٨٩) فصل: وإن اختلفا في قدر الرهن، فقال: رهنتك هذا العبد. قال: بل هو والعبد الآخر. فالقول قول الراهن؛ لأنه منكر. ولا نعلم في هذا خلافا. وإن قال: رهنتك هذا العبد. قال: بل هذه الجارية. خرج العبد من الرهن، لاعتراف المرتهن بأنه لم يرهنه، وحلف الراهن على أنه ما رهنه الجارية، وخرجت من الرهن أيضا. وإن اختلفا في رد الرهن إلى الراهن، فالقول قوله أيضا؛ لأنه منكر، والأصل معه. وكذلك الحكم في المستأجر، إذا ادعى رد العين المستأجرة. وقال أبو الخطاب: يتخرج فيهما وجه آخر، أن القول قول المرتهن والمستأجر في الرد، بناء على المضارب والوكيل بجعل، إذا ادعيا الرد، فإن فيهما وجهين، والفرق بينهما وبين المرتهن، أن المرتهن قبض العين لينتفع بها، وكذلك المستأجر والوكيل، قبض العين لينتفع بالجعل لا بالعين، والمضارب قبضها لينتفع بربحها." (١)

"اثنان عبدا لهما عند اثنين بألف، فهذه أربعة عقود، ويصير كل ربع من العبد رهنا بمائتين وخمسين، فمتى قضاها من هي عليه، انفك من الرهن ذلك القدر. قاله القاضي، وهو الصحيح.

[فصل ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده فأنكرهما جميعا]

(٣٣٩٧) فصل: ولو ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده وقال كل واحد منهما: رهنه عندي دون صاحبي. فأنكرهما جميعا فالقول قوله مع يمينه. وإن أنكر أحدهما، وصدق الآخر، سلم إلى من صدقه، وحلف الآخر. وإن قال: لا أعلم عين المرتهن منهما. حلف على ذلك، والقول قول من هو في يده منهما مع يمينه. وإن كان في أيديهما، حلف كل واحد منهما على نصفه، وصار رهنا عنده. وإن كان في يد غيرهما، أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه، حلف وأخذه، كما لو ادعيا ملكه. ولو قال: رهنته عند أحدهما، ثم رهنته للآخر، ولا أعلم السابق منهما. فكذلك، وإن قال: هذا هو السابق بالعقد والقبض. سلم إليه، وحلف للآخر، وإن نكل والعبد في يد الأول، أو يد غيره، فعليه قيمته للثاني، كما لو قال: هذا العبد لزيد، وغصبته من عمرو. فإنه يسلم إلى زيد، ويغرم قيمته لعمرو. وإن نكل والعبد في يد الثاني، أقر في يده، وغرم قيمته للأول؛ لأنه أقر له بعد ما فعل ما حال بينه وبين من أقر له، فلزمته قيمته، كما قلنا. وقال القاضي: إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢٩٩

اعترف به لغير من هو في يده، فهل يرجع صاحب اليد أو المقر له؟ على وجهين. ولو اعترف لأحدهما وهو في يديهما. ثبتت يد المقر له في النصف، وفي النصف الآخر وجهان.

[فصل أذن للراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق]

(٣٣٩٨) فصل: إذا أذن للراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق، جاز، وتعلق حقه بثمنه. وإن أذن له قبل حلوله مطلقا، فباعه، بطل الرهن، ولم يكن عليه عوضه؛ لأنه أذن له فيما ينافي حقه، فأشبه ما لو أذن في عتقه، وللمالك أخذ ثمنه. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ومحمد: يكون الثمن رهنا؛ لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن فوجب أن يثبت حقه فيه، كما لو حل الدين. قال الطحاوي: حق المرتهن متعلق بعين الرهن، والثمن بدله، فوجب أن يتعلق به، كما لو أتلفه، متلف. **ولنا** أنه تصرف يبطل حق المرتهن من عين الرهن لا يملكه المرتهن، فإذا أذن فيه، أسقط حقه، كالعتق، ويخالف ما بعد الحلول، لأن المرتهن يستحق البيع، ويخالف الإتلاف، لأنه غير مأذون فيه من جهة المرتهن. فإن قال: إنما أردت بإطلاق الإذن أن يكون ثمنه رهنا. لم يلتفت إلى دعواه؛ لأن إطلاق الإذن يقتضي بيعا بفسخ الرهن، وبهذا قال الشافعي، وإن أذن فيه بشرط أن يجعل ثمنه مكانه رهنا، أو يعجل له دينه من ثمنه، جاز، ولزم ذلك، وإن اختلفا في الإذن، فالقول قول المرتهن؛ لأنه منكر. وإن أذن في البيع، واختلفا في شرط جعل ثمنه رهنا، أو تعجيل دينه منه، فالقول قول الراهن؛ لأن الأصل عدم الشرط. ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن؛ لأن ال‍أصل بقاء الوثيقة. وإن أذن الراهن في البيع،." (١)

"ثم رجع قبل البيع، فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع، لم يصح بيعه، وإن باعه بعد الرجوع، وقبل العلم، احتمل وجهين، بناء على عزل الوكيل قبل علمه. فإن اختلفا في الرجوع قبل البيع، فقال القاضي: القول قول المرتهن أيضا؛ لأن الأصل عدم الرجوع، وعدم البيع قبل الرجوع، فتعارض الأصلان، وبقيت العين رهنا على ما كانت. وبهذا كله قال الشافعي. وهذا فيما لا يحتاج إلى بيعه، فأما ما دعت الحاجة إلى بيعه، كالذي خيف تلفه، إذا أذن في بيعه مطلقا، تعلق الحق بثمنه، لأن بيعه مستحق، فأشبه ما بيع بعد حلول الدين.

[فصل إذا حل الحق لزم الراهن الإيفاء]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٠٢

(٣٣٩٩) فصل: إذا حل الحق، لزم الراهن الإيفاء؛ لأنه دين حال، فلزم إيفاؤه، كالذي لا رهن به، فإن لم يوف، وكان قد أذن للمرتهن أو للعدل في بيع الرهن، باعه، ووفى الحق من ثمنه، وما فضل من ثمنه فلمالكه، وإن فضل من الدين شيء فعلى الراهن. وإن لم يكن أذن لهما في بيعه، أو كان قد أذن لهما ثم عزلهما، طولب بالوفاء وبيع الرهن، فإن فعل، وإلا فعل الحاكم ما يرى من حبسه وتعزيره لبيعه، أو يبيعه بنفسه أو أمينه. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يبيعه الحاكم، لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق، لا على ماله، فلم ينفذ بيعه بغير إذنه. **ولنا**، أنه حق تعين عليه، فإذا امتنع من أدائه، قام الحاكم مقامه في أدائه كالإيفاء من جنس الدين، وإن وفى الدين من غير الرهن، انفك الرهن.

[مسألة المرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء]

(٣٤٠٠) مسألة؛ قال: (والمرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء، حتى يستوفي حقه، حيا كان الراهن أو ميتا) وجملته أنه إذا ضاق مال الراهن عن ديونه، وطالب الغرماء بديونهم، أو حجر عليه لفلسه، وأريد قسمة ماله بين غرمائه، فأول من يقدم من له أرش جناية يتعلق برقبة بعض عبيد المفلس، لما ذكرنا من قبل، ثم من له رهن؛ فإنه يخص بثمنه عن سائر الغرماء؛ لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معا، وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين، فكان حقه أقوى، وهذا من أكثر فوائد الرهن، وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء، ولا نعلم في هذا خلافا. وهو مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي وغيرهم، فيباع الرهن، فإن كان ثمنه وفق حقه أخذه، وإن كان فيه فضل عن دينه رد الباقي على الغرماء، وإن فضل من دينه شيء أخذ ثمنه، وضرب مع الغرماء ببقية دينه، ثم من بعد ذلك من وجد عين ماله فهو أحق بها، ثم يقسم الباقي بين الغرماء، على قدر ديونهم، ولو كان فيهم من دينه ثابت بجناية المفلس، لم يقدم، وكان أسوة الغرماء؛ لأن أرش جنايته يتعلق بذمته دون ماله، فهو كبقية الديون، بخلاف أرش جناية العبد، فإنها تتعلق برقبة العبد، فلذلك كان أحق به ممن تعلق." (١)

"حقه بمجرد الذمة، ولا فرق في استحقاق ثمن الرهن والاختصاص به بين كون الرهن حيا أو ميتا؛ لأن تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقا بعين المال، وهذا المعنى لا يختلف بالحياة والموت، فكذلك ما ثبت به، كأرش الجناية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٠٣

[فصل باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلف وتعذر رده وخرجت السلعة مستحقة]

(٣٤٠١) فصل: ولو باع شيئا أو باعه وكيله وقبض الثمن، أو باع العدل الرهن وقبض الثمن فتلف، وتعذر رده، وخرجت السلعة مستحقة، ساوى المشتري الغرماء؛ لأن حقه لم يتعلق بعين المال، فهو بمنزلة أرش جناية المفلس. وذكر القاضي احتمالا آخر، أنه يقدم على الغرماء؛ لأنه لم يرض بمجرد الذمة، فكان أولى كالمرتهن، ولأنه لو لم يقدم على الغرماء، لامتنع الناس عن شراء مال المفلس، خوفا من ضياع أموالهم، فتقل الرغبات فيه، ويقل ثمنه، فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم. وهذا وجه لأصحاب الشافعي، ولنا، أن هذا حق لم يتعلق بعين المال، فلم يقدم، كالذي جنى عليه المفلس، وفارق المرتهن، فإن حقه تعلق بالعين، وما ذكروه من المعنى الأول منتقض بأرش جناية المفلس، والثاني مصلحة لا أصل لها، فلا يثبت الحكم بها. فأما إن كان الثمن موجودا، يمكن رده، وجب رده، وينفرد به صاحبه؛ لأن عين ماله لم يتعلق به حق أحد من الناس، وكذلك صاحب السلعة المستحقة يأخذها، ومتى باع العدل مال المفلس، أو باع الرهن وخرجت السلعة مستحقة، فالعهدة، على المفلس، فلا شيء على العدل؛ لأنه أمين.

[فصل استأجر دارا أو بعيرا بعينه ثم أفلس المؤجر]

(٣٤٠٢) فصل: ومن استأجر دارا أو بعيرا بعينه، أو شيئا غيرهما بعينه، ثم أفلس المؤجر فالمستأجر أحق بالعين التي استأجرها من الغرماء، حتى يستوفي حقه؛ لأن حقه متعلق بعين المال، والمنفعة مملوكة له في هذه المدة، فكان أحق بها، كما لو اشترى منه شيئا. فإن هلك البعير، أو انهدمت الدار، قبل انقضاء المدة، انفسخت الإجارة، ويضرب مع الغرماء ببقية الأجرة. وإن استأجر جملا في الذمة أو غيره، ثم أفلس المؤجر، فالمستأجر أسوة الغرماء؛ لأن حقه لم يتعلق بالعين. وهذا مذهب الشافعي، ولا نعلم فيه خلافا. فإن آجر دارا ثم أفلس، فاتفق الغرماء والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الإجارة، فلهم ذلك، ويبيعونها مستأجرة، وإن اختلفوا، قدم قول من طلب البيع في الحال؛ لأنه أحوط من التأخير، فإذا استوفى المستأجر يسلم المشتري. وإن اتفقوا على تأخير البيع حتى تنقضي مدة الإجارة، فلهم ذلك؛ لأن الحق لهم، لا يخرج عنهم.

[فصل باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها]

(٣٤٠٣) فصل: ولو باع سلعة، ثم أفلس قبل تقبيضها، فالمشتري أحق بها من الغرماء، سواء كانت من المكيل والموزون أو غيرهما؛ لأن المشتري قد ملكها، وثبت ملكه فيها، فكان أحق." (١)

"ماله وإيفاء الغرماء. والأصل في هذا ما روى كعب بن مالك، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حجر على معاذ بن جبل، وباع ماله.» رواه الخلال بإسناده وعن عبد الرحمن بن كعب، قال: كان معاذ بن جبل من أفضل شباب قومه، ولم يكن يمسك شيئا، فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين، فكلم النبي – صلى الله عليه وسلم – غرماؤه، فلو ترك أحد من أجل أحد لتركوا معاذا من أجل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فباع لهم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ماله، حتى قام معاذ بغير شيء. قال بعض أهل العلم: إنما لم يترك الغرماء لمعاذ حين كلمهم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لأنهم كانوا يهودا.

[مسألة فلس الحاكم رجلا فأصاب أحد الغرماء عين ماله]

(٣٤٠٦) مسألة؛ قال: (وإذا فلس الحاكم رجلا، فأصاب أحد الغرماء عين ماله، فهو أحق به، إلا أن يشاء تركه، ويكون أسوة الغرماء) وجملته أن المفلس متى حجر عليه، فوجد بعض غرمائه سلعته التي باعه إياها بعينها، بالشروط التي يذكرها، ملك فسخ البيع، وأخذ سلعته. وروي ذلك عن عثمان وعلي، وأبي هريرة. وبه قال عروة، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، والعنبري وإسحاق، وأبو ثور وابن المنذر. وقال الحسن والنخعي، وابن شبرمة، وأبو حنيفة: هو أسوة الغرماء؛ لأن البائع كان له حق الإمساك لقبض الثمن، فلما سلمه أسقط حقه من الإمساك، فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس، كالمرتهن إذا سلم الرهن إلى الراهن. ولأنه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق، فيساويهم في الاستحقاق، كسائرهم. **ولنا** ما روى أبو هريرة أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» . متفق عليه.

قال أحمد: لو أن حاكما حكم أنه أسوة الغرماء، ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث، جاز له نقض حكمه، ولأن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقالة، فجاز فيه الفسخ؛ لتعذر العوض، كالمسلم فيه إذا تعذر. ولأنه إذا شرط في البيع رهنا، فعجز عن تسليمه، استحق الفسخ، وهو وثيقة بالثمن، فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى. ويفارق المبيع الرهن؛ فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة، وليس ببدل، والثمن هاهنا بدل عن العين، فإذا تعذر استيفاؤه، رجع إلى المبدل. وقولهم: تساووا في سبب الاستحقاق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٤/٤

قلنا: لكن اختلفوا في الشرط، فإن بقاء العين شرط لملك الفسخ، وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده. إذا ثبت هذا، فإن البائع بالخيار، إن شاء رجع في السلعة، وإن شاء لم يرجع، وكان أسوة الغرماء، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر؛ لأن الإعسار سبب يثبت جواز الفسخ، فلا يوجبه، كالعيب والخيار،." (١)

"ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم لأنه فسخ ثبت بالنص، فلم يفتقر إلى حكم حاكم، كفسخ النكاح لعتق الأمة.

[فصل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي]

(٣٤٠٧) فصل: وهل خيار الرجوع على الفور، أو على التراخي؟ على وجهين، بناء على خيار الرد بالعيب، وفي ذلك روايتان؛ إحداهما، هو على التراخي؛ لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض، فكان على التراخي، كالرجوع في الهبة. والثاني، هو على الفور؛ لأنه خيار يثبت في البيع لنقص في العوض، فكان على الفور، كالرد بالعيب. ولأن جواز تأخيره يفضي إلى الضرر بالغرماء، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم، فأشبه خيار الأخذ بالشفعة. ونصر القاضي هذا الوجه، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين.

[فصل بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها]

(٣٤٠٨) فصل: فإن بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليتركها، لم يلزمه قبوله. نص عليه أحمد، وبه قال الشافعي، وقال مالك: ليس له الرجوع؛ لأن الرجوع إنما يجوز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن، فإذا بذل بكماله، لم يكن له الرجوع، كما لو زال العيب من المعيب. **ولنا**، الخبر الذي رويناه، ولأنه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه، فلم يجبر صاحب الحق على قبضه، كما لو أعسر الزوج بالنفقة، فبذلها غيره، أو عجز المكاتب، فبذل غيره ما عليه لسيده، وبهذا ينتقض ما ذكروه، وسواء بذلوه من أموالهم أو خصوه بثمنه من التركة، وفي هذا القسم ضرر آخر؛ لأنه لا يأمن تجدد ثبوت دين آخر، فيرجع عليه، وإن دفعوا إلى المفلس الثمن، فبذله للبائع، لم يكن له الفسخ؛ لأنه زال العجز عن تسليم الثمن، فزال ملك الفسخ، كما لو أسقط سائر الغرماء حقوقهم عنه، فملك أداء الثمن. ولو أسقط الغرماء حقوقهم عنه، فتمكن من الأداء، أو وهب له مال. فأمكنه الأداء منه، أو غلت أعيان ماله، فصارت قيمتها وافية بحقوق الغرماء،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٠٧

بحيث يمكنه أداء الثمن كله، لم يكن للبائع الفسخ؛ لزوال سببه، ولأنه أمكنه الوصول إلى ثمن سلعته من المشتري، فلم يكن له الفسخ، كما لو لم يفلس.

[فصل اشترى المفلس سلعة بعد الحجر عليه]

(٣٤٠٩) فصل: فإن اشترى المفلس من إنسان سلعة بعد ثبوت الحجر عليه في ذمته، لم يكن له الفسخ؛ لتعذر الاستيفاء، سواء علم أو لم يعلم. ولأنه لا يستحق المطالبة بثمنها، فلا يستحق الفسخ لتعذره، كما لو كان ثمنها مؤجلا. ولأن العالم بالعيب دخل على بصيرة بخراب الذمة، فأشبه من اشترى معيبا يعلم عيبه. وفيه وجه آخر، أن له الخيار؛ لعموم الخبر، ولأنه عقد عليه وقت الفسخ، فلم يسقط حقه من الفسخ، كما لو تزوجت امرأة فقيرا معسرا بنفقتها

وفيه وجه ثالث، إن باعه عالما بفلسه فلا فسخ له، وإن لم يعلم فله الفسخ، كمشتري المعيب. ويفارق المعسر بالنفقة؛ لكون النفقة يتجدد." (١)

"في الرجوع؛ لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم. وعلى قول من قال: له الرجوع في الزرع. يكون عليه غرامة الأجرة وثمن الماء، أو قيمة ذلك.

[فصل اشترى ثوبا فصبغه أو سويقا فلته بزيت]

(٣٤١٩) فصل: وإن اشترى ثوبا فصبغه، أو سويقا فلته بزيت، فقال أصحابنا: لبائع الثوب والسويق الرجوع في أعيان أموالهما

وهو مذهب الشافعي؛ لأن عين مالهما قائمة مشاهدة، ما تغير اسمها، ويكون المفلس شريكا لصاحب الثوب والسويق بما زاد عن قيمتهما. فإن حصل زيادة، فهي له، وإن حصل نقص، فعليه. وإن نقصت قيمة الثوب أو السويق، فإن شاء البائع أخذهما ناقصين، ولا شيء له، وإن شاء تركهما، وله أسوة الغرماء؛ لأن هذا نقص صفة، فهو كالهزال. ويحتمل أن لا يكون له الرجوع إذا زادت القيمة؛ لأنه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس، فمنعت الرجوع، كما لو سمن العبد، ولأن الرجوع هاهنا لا يتخلص به البائع من المفلس، ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة، وإزالة المعاملة، بل يحصل به ضرر الشركة، فلم يكن في معنى المنصوص عليه، فلا يمكن إلحاقه به.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٠٨

[فصل اشترى صبغا فصبغ به ثوبا أو زيتا فلت به سويقا]

(٣٤٢٠) فصل: وإن اشترى صبغا فصبغ به ثوبا، أو زيتا فلت به سويقا، فبائعهما أسوة الغرماء. وقال أصحاب الشافعي: له الرجوع؛ لأنه وجد عين ماله. قالوا: ولو اشترى ثوبا وصبغا، وصبغ الثوب بالصبغ، رجع بائع كل شيء في عين ماله، وكان بائع الصبغ شريكا لبائع الثوب. وإن حصل نقص، فهو من صاحب الصبغ؛ لأنه الذي يتفرق وينقص والثوب بحاله، فإذا كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ خمسة، فصارت قيمتهما اثنا عشر، كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه، وللآخر سدسه، ويضرب مع الغرماء بما نقص، وذلك ثلاثة دراهم

وذكر القاضي مثل هذا في موضع. **ولنا**، أنه لم يجد عين ماله، فلم يكن له الرجوع، كما لو تلف، ولأن المشتري شغله بغيره على وجه البيع، فلم يملك بائعه الرجوع فيه، كما لو كان حجرا بني عليه، أو مسامير سمر بها بابا. ولو اشترى ثوبا وصبغا من واحد، فصبغه به، فقال أصحابنا: لا فرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب. فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده، ويكون المفلس شريكا له بزيادة الصبغ، ويضرب مع الغرماء بثمن الصبغ

ويحتمل أن يرجع فيهما هاهنا؛ لأنه وجد عين ماله متميزا عن غيره، فكان له الرجوع فيه، للخبر، ولأن المعنى في المحل الذي يثبت فيه الرجوع موجود هاهنا، فيملك الرجوع به، كما يملكه ثم، ولو أنه اشترى رفوفا ومسامير من رجل واحد، فسمرها بها، رجع بائعهما فيهما كذلك، وكذلك ما أشبهه.

[فصل اشترى ثوبا فقصره]

(٣٤٢١) فصل: إذا اشترى ثوبا فقصره، لم يخل من حالين؛." (١)

"أحدهما، أن الفسخ فيه من المشتري، فهو راض بإسقاط حقه من الزيادة، وتركها للبائع، بخلاف مسألتنا

والثاني، أن الفسخ ثم لمعنى قارن العقد، وهو العيب القديم، والفسخ هاهنا لسبب حادث، فهو أشبه بفسخ النكاح الذي لا يستحق به استرجاع العين الزائدة. وقولهم: إن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفع عنه الضرر بالقيمة - لا يصح؛ فإن اندفاع الضرر عنه بطريق آخر لا يمنعه من أخذ حقه من العين، ولو كان مستحقا للزيادة لم يسقط حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة، كمشتري المعيب

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣١٣

ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدة؛ لكون الزيادة مستحقة، فلما لم يكن كذلك، علم أن المانع من الرجوع كون الزيادة للمرأة، وأنه لا يمكن فصلها، فكذلك هاهنا، بل أولى؛ فإن الزيادة يتعلق بها حق المفلس والغرماء، فمنع المشتري من أخذ زيادة ليست له، أولى من تفويتها على الغرماء الذين لم يصلوا إلى تمام ديونهم، والمفلس المحتاج إلى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته

(٣٤٢٣) فصل: وأما الخبر فمحمول على من وجد متاعه على صفته، ليس بزائد، ولم يتعلق به حق آخر، وهاهنا قد تعلقت به حقوق الغرماء، لما فيه من الزيادة، لما ذكرنا من الدليل، يحققه أنه إذا كان تلف بعض المبيع مانعا من الرجوع من غير ضرر يلحق بالمفلس، ولا بالغرماء، فلأن يمنع الزيادة فيه مع تفويتها بالرجوع عليهم أولى، ولأنه إذا رجع في الناقص، فما رجع إلا فيما باعه وخرج منه، وإذا رجع في الزائد، أخذ ما لم يبعه، واسترجع ما لم يخرج عنه، فكان بالمنع أحق.

[فصل المبيع زاد زيادة منفصلة]

(٣٤٢٤) فصل: فأما الزيادة المنفصلة، كالولد والثمرة والكسب

، فلا تمنع الرجوع. بغير خلاف بين أصحابنا، وهو قول مالك، والشافعي. وسواء نقص بها المبيع أو لم ينقص، إذا كان نقص صفة، والزيادة للمفلس. هذا ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه منع الرجوع بالزيادة المتصلة، لكونها للمفلس، فالمنفصلة أولى. وهذا قول ابن حامد والقاضي، ومذهب الشافعي، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

وقال أبو بكر: الزيادة للبائع. وهو مذهب مالك. ونقل حنبل عن أحمد، في ولد الجارية، ونتاج الدابة: هو للبائع؛ لأنها زيادة، فكانت للبائع كالمتصلة. **ولنا**، أنها زيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له، كما لو رده بعيب، ولأنه فسخ استحق به استرجاع العين، فلم يستحق أخذ الزيادة المنفصلة، كفسخ البيع بالعيب أو الخيار أو الإقالة، وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الخراج بالضمان» . يدل على أن النماء والغلة للمشتري لكون الضمان عليه، وأما الزيادة المتصلة، فقد دللنا على أنها للمفلس أيضا، وفي ذلك تنبيه على كون المنفصلة له

ثم لو سلمنا ثم، فالفرق ظاهر، فإن المتصلة تتبع في الفسوخ والرد بالعيب، بخلاف المنفصلة، ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف لظهوره، وكلام أحمد، في رواية حنبل،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٥/٤

"لم يجبر على قبولها؛ لأنه إذا اختار أخذ ماله، وتفريغ ملكهم، وإزالة ضرره عنهم، فلم يكن لهم منعه، كالمشتري إذا غرس في الأرض المشفوعة. وإن امتنع من القلع، فبذلوا له القيمة ليملكه المفلس، أو أرادوا قلعه وضمان النقص، فلهم ذلك. وكذلك إذا أرادوا قلعه من غير ضمان النقص؛ لأن المفلس إنما ابتاعه مقلوعا، فلم يجب عليه إبقاؤه في أرضه

وقيل: ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص؛ لأنه غرس بحق، فأشبه غرس المفلس في الأرض التي ابتاعها إذا رجع بائعها فيها. والفرق بينهما ظاهر؛ فإن إبقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه، فلم يجب عليه بفعله، وفي التي قبلها إبقاؤه حق له فوجب له بغراسه في ملكه. فإن اختار بعضهم القلع، وبعضهم التبقية، قدم قول من طلب القلع، سواء كان المفلس أو الغرماء، أو بعض الغرماء؛ لأن الإبقاء ضرر غير واجب، فلم يلزم الممتنع منه الإجابة إليه

وإن زاد الغراس في الأرض، فهي زيادة متصلة، تمنع الرجوع على قول الخرقي، ولا تمنعه على رواية الميموني.

[فصل اشترى أرضا من رجل وغراسا من آخر فغرسه فيها ثم أفلس]

(٣٤٣٣) فصل: وإن اشترى أرضا من رجل، وغراسا من آخر، فغرسه فيها، ثم أفلس ولم يزد الشجر، فلكل واحد منهما الرجوع في عين ماله، ولصاحب الأرض قلع الغراس من غير ضمان نقصه بالقلع، على ما ذكرنا، لأن البائع إنما باعه مقلوعا، فلا يستحقه إلا كذلك

وإن أراد بائعه قلعه من الأرض، فقلعه، فعليه تسوية الحفر، وضمان نقصها الحاصل به؛ لما تقدم. وإن بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لصاحبها ليملكه، لم يجبر على ذلك؛ لأن الأرض أصل، فلا يجبر على بيعها تبعا. وإن بذل صاحب الأرض قيمة الغراس ليملكه إذا امتنع من القلع، فله ذلك؛ لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق، فأشبه غرس المفلس في أرض البائع. ويحتمل أن لا يملك ذلك؛ لأنه لا يجبر على إبقائه إذا امتنع من دفع قيمته، أو أرش نقصه، فلا يكون له أن يتملكه بالقيمة، بخلاف التي قبلها والأولى أولى. وهذا ينتقض بغرس الغاصب.

[فصل قبض بائع الأرض بعض ثمنها]

(٣٤٣٤) فصل: الشرط الثالث، أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئا.

فإن كان قد قبض بعض ثمنها، سقط حق الرجوع. وبهذا قال إسحاق، والشافعي في القديم، وقال في الجديد: له أن يرجع في قدر ما بقي من الثمن؛ لأنه سبب ترجع به العين كلها إلى العاقد، فجاز أن يرجع

به بعضها، كالفرقة قبل الدخول في النكاح

وقال مالك: هو مخير، إن شاء رد ما قبضه ورجع في جميع العين، وإن شاء حاص الغرماء ولم يرجع. **ولنا**، ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «أيما رجل باع سلعة، فأدرك سلعته بعينها عند رجل قد أفلس، ولم يكن قد قبض من ثمنها." (١)

"شيئا، فهي له، وإن كان قد قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء» . رواه أبو داود، وابن ماجه، والدارقطني. ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضا للصفقة على المشتري، وإضرارا به، وليس ذلك للبائع.

فإن قيل: لا ضرر عليه في ذلك؛ لأن ماله يباع، ولا يبقى له، فيزول عنه الضرر

قلنا: لا يندفع الضرر بالبيع؛ فإن قيمته تنقص بالتشقيص، ولا يرغب فيه مشقصا، فيتضرر المفلس والغرماء بنقص القيمة. ولأنه سبب يفسخ به البيع، فلم يجز تشقيصه، كالرد بالعيب والخيار، وقياس البيع على البيع أولى من قياسه على النكاح. ولا فرق بين كون المبيع عينا واحدة، أو عينين، لما ذكرنا من الحديث والمعنى

فإن قيل: حديثكم يرويه أبو بكر بن عبد الرحمن، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسلا، ولا حجة في المراسيل. قلنا: قد رواه مالك وموسى بن عقبة عن الزهري، عن أبي بكر بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة، كذلك ذكره ابن عبد البر، وأخرجه أبو داود وابن ماجه والدارقطني في " سننهم " متصلا، فلا يضر إرسال من أرسله، فإن راوي المسند معه زيادة لا يعارضها ترك مرسل الحديث لها، وعلى أن المرسل حجة، فلا يضر إرساله.

[فصل تعلق حق الغير بالمبيع]

(٣٤٣٥) فصل: الشرط الرابع، أن لا يكون تعلق بها حق الغير.

فإن رهنها المشتري، ثم أفلس أو وهبها، لم يملك البائع الرجوع، كما لو باعها أو أعتقها، ولأن في الرجوع إضرارا بالمرتهن، ولا يزال الضرر بالضرر، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به» .

وهذا لم يجده عند المفلس. ولا نعلم في هذا خلافا

فإن كان دين المرتهن دون قيمة الرهن، بيع كله، فقضي منه دين المرتهن، والباقي يرد على سائر مال المفلس، ويشترك الغرماء فيه، وإن بيع بعضه، فباقيه بينهم يباع لهم أيضا، ولا يرجع به البائع. قال القاضي:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٢٢

له الرجوع به. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه عين ماله، لم يتعلق به حق غيره. **ولنا**، أنه لم يجد متاعه بعينه، فلم يكن له أخذه، كما لو كان الدين مستغرقا له. وما ذكره القاضي لا يخرج على المذهب؛ لأن تلف بعض المبيع يمنع الرجوع، فكذلك ذهاب بعضها بالبيع

ولو رهن بعض العبد لم يكن للبائع الرجوع في باقيه؛ لما ذكرنا. وإن كان المبيع عينين، فرهن إحداهما، فهل يملك البائع الرجوع في الأخرى؟ على وجهين، بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحدى العينين. وإن فك الرهن قبل فلس المشتري. أو أبرئ من دينه، فللبائع الرجوع؛ أنه أدرك متاعه بعينه عند المشتري. وإن أفلس وهو رهن، فأبرأ المرتهن المشتري من دينه، أو قضى الدين من غيره، فللبائع الرجوع أيضا كذلك.

[فصل كان المبيع عبدا فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته]

(٣٤٣٦) فصل: وإن كان عبدا، فأفلس المشتري بعد تعلق أرش الجناية برقبته

، ففيه وجهان؛." (١)

"استرجاعه، لم يصح استرجاعه، وكان له أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله. وإن رجع في المبيع، واشتبه بغيره، فقال البائع: هذا هو المبيع. وقال المفلس: بل هذا. فالقول قول المفلس؛ لأنه منكر لاستحقاق ما ادعاه البائع، والأصل معه.

[مسألة وجب له حق بشاهد فلم يحلف]

مسألة؛ قال: ومن وجب له حق بشاهد، فلم يحلف، لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه، ويستحقوا. وجملة ذلك أن المفلس في الدعوى كغيره، فإذا ادعى حقا له به شاهد عدل، وحلف مع شاهده، ثبت المال، وتعلقت به حقوق الغرماء. وإن امتنع لم يجبر؛ لأننا لا نعلم صدق الشاهد، ولو ثبت الحق بشهادته لم يحتج إلى يمين معه، فلا يجبر على الحلف على ما لا يعلم صدقه كغيره. فإن قال الغرماء: نحن نحلف مع الشاهد. لم يكن لهم ذلك

وبهذا قال الشافعي في الجديد، وقال في القديم: يحلفون معه؛ لأن حقوقهم تعلقت بالمال، فكان لهم أن يحلفوا، كالورثة يحلفون على مال موروثهم. **ولنا**، أنهم يثبتون ملكا لغيرهم؛ لتعلق حقوقهم به بعد ثبوته، فلم يجز لهم ذلك، كالمرأة تحلف لإثبات ملك لزوجها؛ لتعلق نفقتها به، وكالورثة قبل موت موروثهم. وفارق

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٣/٤

ما بعد الموت، فإن المال انتقل إليهم، وهم يثبتون بأيمانهم ملكا لأنفسهم.

[مسألة كان على المفلس دين مؤجل]

(٣٤٤٤) مسألة؛ قال: وإذا كان على المفلس دين مؤجل، لم يحل بالتفليس، وكذلك في الدين الذي على الميت، إذا وثق الورثة وجملته أن الدين المؤجل يحل بفلس من هو عليه، رواية واحدة. قاله القاضي. وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى، أنه يحل. وبه قال مالك. وعن الشافعي كالمذهبين. واحتجوا بأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال، فأسقط الأجل كالموت. **ولنا**، أن الأجل حق للمفلس، فلا يسقط بفلسه، كسائر حقوقه، ولأنه لا يوجب حلول ماله، فلا يوجب حلول ما عليه، كالجنون والإغماء، ولأنه دين مؤجل على حي، فلم يحل قبل أجله، كغير المفلس، ولا نسلم أن الدين يحل بالموت، فهو كمسألتنا، وإن سلمنا، فالفرق بينهما أن ذمته خربت وبطلت بخلاف المفلس

إذا ثبت هذا، فإنه إذا حجر على المفلس، فقال أصحابنا لا يشارك أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالة، بل يقسم المال الموجود بين أصحاب الديون الحالة، ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله، فإن لم يقتسم الغرماء حتى حل الدين، شارك الغرماء، كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته، وإن أدرك بعض المال قبل قسمه، شاركهم فيه، ويضرب فيه بجميع دينه، ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم. وإن قلنا: إن الدين يحل. فإنه يضرب مع الغرماء بدينه، كغيره من أرباب الديون الحالة.." (١)

"فأما إن مات وعليه ديون مؤجلة، فهل تحل بالموت؟ فيه روايتان؛ إحداهما، لا تحل إذا وثق الورثة وهو قول ابن سيرين وعبد الله بن الحسن، وإسحاق، وأبي عبيد. وقال طاوس، وأبو بكر بن محمد، والزهري، وسعد بن إبراهيم: الدين إلى أجله. وحكي ذلك عن الحسن. والرواية الأخرى، أنه يحل بالموت. وبه قال الشعبي، والنخعي، وسوار، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأنه لا يخلو إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو يتعلق بالمال، لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت لخرابها، وتعذر مطالبته بها، ولا ذمة الورثة؛ لأنهم لم يلتزموها، ولا رضي صاحب الدين بذممهم، وهي مختلفة متباينة، ولا يجوز تعليقه على الأعيان وتأجيله؛ لأنه ضرر بالميت وصاحب الدين، ولا نفع للورثة فيه؛ أما الميت فلأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الميت مرتهن بدينه، حتى يقضى عنه» . وأما صاحبه فيتأخر حقه، وقد تتلف العين فيسقط حقه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٢٦

و أما الورثة، فإنهم لا ينتفعون بالأعيان، ولا يتصرفون فيها، وإن حصلت لهم منفعة، فلا يسقط حظ الميت وصاحب الدين لمنفعة لهم. **ولنا**، ما ذكرنا في المفلس، ولأن الموت ما جعل مبطلا للحقوق، وإنما هو ميقات للخلافة، وعلامة على الوراثة، وقد قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من ترك حقا أو مالا فلورثته»

وما ذكروه إثبات حكم بالمصلحة المرسلة، ولا يشهد لها شاهد الشرع باعتبار، ولا خلاف في فساد هذا، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت كما كان، ويتعلق بعين ماله كتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه. فإن أحب الورثة أداء الدين، والتزامه للغريم، ويتصرفون في المال، لم يكن لهم ذلك، إلا أن يرضى الغريم أو يوثقوا الحق بضمين مليء، أو رهن يثق به لوفاء حقه، فإنهم قد لا يكونون أملياء، ولم يرض بهم الغريم، فيؤدي إلى فوات الحق

وذكر القاضي أن الحق ينتقل إلى ذمم الورثة بموت مورثهم، من غير أن يشترط التزامهم له. ولا ينبغي أن يلزم الإنسان دين لم يلتزمه، ولم يتعاط سببه، ولو لزمهم ذلك لموت مورثهم للزمهم وإن لم يخلف وفاء، وإن قلنا: إن الدين يحل بالموت. فأحب الورثة القضاء من غير التركة، واستخلاص التركة، فلهم ذلك، وإن قضوا منها، فلهم ذلك، وإن امتنعوا من القضاء، باع الحاكم من التركة ما يقضي به الدين

وإن مات مفلس وله غرماء، بعض ديونهم مؤجل، وبعضها حال، وقلنا: المؤجل يحل بالموت. تساووا في التركة، فاقتسموها على قدر." (١)

"الحاكم الحجر عليه، لم يجبهم حتى تثبت ديونهم باعترافه أو ببينة، فإذا ثبتت، نظر في ماله، فإن كان وافيا بدينه، لم يحجر عليه، وأمره بقضاء دينه، فإن أبى حبسه، فإن لم يقضه، وصبر على الحبس قضى الحاكم دينه من ماله، وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه باعه، وإن كان ماله دون دينه، وديونه مؤجلة، لم يحجر عليه؛ لأنه لا تستحق مطالبته بها، فلا يحجر عليه من أجلها

وإن كان بعضها مؤجلا، وبعضها حالا، وماله يفي بالحال، لم يحجر عليه أيضا كذلك. وقال بعض أصحاب الشافعي: إن ظهرت أمارات الفلس، لكون ماله بإزاء دينه، ولا نفقة له إلا من ماله، ففيه وجهان؛ أحدهما، يحجر عليه؛ لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه، فهو كما لو كان ماله ناقصا. **ولنا**: أن ماله واف بما يلزمه أداؤه، فلم يحجر عليه، كما لو لم تظهر أمارات الفلس، ولأن الغرماء لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال، فلا حاجة إلى الحجر. وأما إن كانت ديونه حالة، يعجز ماله عن أدائها، فسأل غرماؤه الحجر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٢٧

عليه، لزمته إجابتهم

ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه؛ لأنه لا ولاية له في ذلك، وإنما يفعله لحق الغرماء، فاعتبر رضاهم به. وإن اختلفوا، فطلب بعضهم دون بعض، أجيب من طلب؛ لأنه حق له. وبهذا قال مالك، والشافعي، وقال أبو حنيفة: ليس للحاكم الحجر عليه، فإذا أدى اجتهاده إلى الحجر عليه ثبت؛ لأنه فصل مجتهد فيه، وليس له التصرف في ماله؛ لأنه لا ولاية عليه، إلا أن الحاكم يجبره على البيع إذا لم يمكن الإيفاء بدونه، فإن امتنع لم يبعه، وكذلك إن امتنع الموسر من وفاء الدين، لا يبيع ماله، وإنما يحبسه ليبيع بنفسه، إلا أن يكون عليه أحد النقدين، وماله من النقد الآخر، فيدفع الدراهم عن الدنانير، والدنانير عن الدراهم؛ لأنه رشيد لا ولاية عليه، فلم يجز للحاكم بيع ماله بغير إذنه، كالذي لا دين عليه، وخالفه صاحباه في ذلك

ولنا، ما روى كعب بن مالك، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - حجر على معاذ، وباع ماله في دينه. رواه الخلال بإسناده وروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه خطب الناس، وقال: ألا إن أسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته بأن يقال: سبق الحاج، فادان معرضا، فأصبح وقد رين به، فمن كان له عليه مال فليحضر غدا، فإنا بائعو ماله، وقاسموه بين غرمائه

ولأنه محجور عليه، محتاج إلى قضاء دينه، فجاز بيع ماله بغير رضاه، كالصغير والسفيه، ولأنه نوع مال، فجاز بيعه في قضاء دينه، كالأثمان. وقياسهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير. إذا ثبت هذا عدنا إلى مسألة الكتاب، فنقول: ما فعله المفلس قبل حجر الحاكم عليه، من بيع، أو هبة، أو إقرار، أو قضاء بعض الغرماء، أو غير ذلك، فهو جائز نافذ

وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي. ولا نعلم أحدا خالفهم. ولأنه رشيد غير محجور عليه، فنفذ تصرفه كغيره، ولأن سبب المنع الحجر، فلا يتقدم سببه، ولأنه من أهل التصرف، ولم يحجر عليه، فأشبه المليء، وإن أكرى جملا بعينه، أو دارا، لم تنفسخ إجارته بالفلس، وكان المكتري أحق به، حتى تنقضي مدته.." (١)

"[فصل المفلس إذا حجر عليه]

(٣٤٤٧) فصل: ومتى حجر عليه، لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله، فإن تصرف ببيع، أو هبة، أو وقف، أو أصدق امرأة مالا له، أو نحو ذلك، لم يصح. وبهذا قال مالك، والشافعي في قول، وقال في آخر: يقف تصرفه، فإن كان فيما بقي من ماله وفاء الغرماء نفذ، وإلا بطل

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٩/٤

ولنا، أنه محجور عليه بحكم حاكم، فلم يصح تصرفه، كالسفيه، ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله، فلم يصح تصرفه فيها، كالمرهونة. فأما إن تصرف في ذمته، فاشترى، أو اقترض، أو تكفل، صح تصرفه؛ لأنه أهل للتصرف، وإنما وجد في حقه الحجر، والحجر إنما يتعلق بماله لا بذمته، ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون الغرماء؛ لأنهم رضوا بذلك، إذا علموا أنه مفلس وعاملوه، ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك، فإن هذا في مظنة الشهرة، ويتبع بها بعد فك الحجر عنه

وإن أقر بدين، لزمه بعد فك الحجر عنه. نص عليه أحمد، وهو قول مالك، ومحمد بن الحسن، والثوري، والشافعي في قول، وقال في الآخر: يشاركهم، واختاره ابن المنذر؛ لأنه دين ثابت مضاف إلى ما قبل الحجر، فيشارك صاحبه الغرماء، كما لو ثبت ببينة. **ولنا**، أنه محجور عليه، فلم يصح إقراره فيما حجر عليه فيه، كالسفيه، أو كالراهن يقر على الرهن، ولأنه إقرار يبطل ثبوته حق غير المقر، فلم يقبل، أو إقرار على الغرماء، فلم يقبل، كإقرار الراهن، ولأنه متهم في إقراره، فهو كالإقرار على غيره، وفارق البينة، فإنه لا تهمة في حقها

ولو كان المفلس صانعا، كالقصار، والحائك، في يديه متاع، فأقر به لأربابه، لم يقبل إقراره، والقول فيها كالتي قبلها، وتباع العين التي في يديه، وتقسم بين الغرماء، وتكون قيمتها واجبة على المفلس إذا قدر عليها؛ لأنها صرفت في دينه بسبب من جهته، فكانت قيمتها عليه، كما لو أذن في ذلك. وإن توجهت على المفلس يمين، فنكل عنها، فقضي عليه، فحكمه حكم إقراره، يلزم في حقه، ولا يحاص الغرماء.

[فصل أعتق المفلس بعض رقيقه]

(٣٤٤٨) فصل: وإن أعتق المفلس بعض رقيقه، فهل يصح؟ على روايتين؛ إحداهما، يصح وينفذ. وهو قول أبي يوسف، وإسحاق؛ لأنه عتق من مالك رشيد، فنفذ، كما قبل الحجر، ويفارق سائر التصرفات؛ لأن للعتق تغليبا وسراية، ولهذا يسري إلى ملك الغير، ويسري واقفه، بخلاف غيره. والرواية الأخرى، لا ينفذ عتقه

وبهذا قال مالك، وابن أبي ليلى، والثوري، والشافعي، واختاره." (١)

"لا يستغني عنهما عين مال بعض الغرماء، أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها، ووجدها أصحابها، فلهم أخذها، بالشرائط التي ذكرناها؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من أدرك متاعه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٣٠

بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به» .

ولأن حقه تعلق بالعين، فكان أقوى سببا من المفلس، ولأن الإعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ، فلم يمنعه منه تعلق حاجة المشتري، كما قبل القبض، وكالعيب والخيار. ولأن منعهم من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الحيل، بأن يجيء من لا مال له، فيشتري في ذمته ثيابا يلبسها، ودارا يسكنها، وخادما يخدمه، وفرسا يركبها، وطعاما له ولعائلته ويمتنع على أربابها أخذها؛ لتعلق حاجته بها، فتضيع أموالهم ويستغني هو بها.

فعلى هذا يؤخذ ذلك. ولا يترك له شيء منه؛ لأنه أعيان أموال الناس، فكانوا أحق بها منه، كما لو كانت في أيديهم، أو أخذها منهم غصبا.

[فصل كان المفلس ذا صنعة]

(٣٤٥٧) فصل: ولو كان المفلس ذا صنعة، يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته، أو كان يقدر على أن يكسب ذلك بأن يؤجر نفسه، أو يتوكل لإنسان، أو يكتسب من المباحات ما يكفيه، لم يترك له من ماله شيء. وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه، ترك له من ماله قدر ما يكفيه.

قال الإمام أحمد، - رحمه الله تعالى -، في رواية أبي داود: ويترك له قوت يتقوت به، وإن كان له عيال ترك له قوام.

وقال، في رواية الميموني: يترك له قدر ما يقوم به معاشه، ويباع الباقي. وهذا في حق الشيخ الكبير، وذوي الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم. وينبغي أن يجعل ذلك مما لا يتعلق به حق بعضهم بعينه؛ لأن من تعلق حقه بالعين أقوى سببا من غيره.

[فصل تلف شيء من مال المفلس تحت يد الأمين]

(٣٤٥٨) فصل: وإذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الأمين، أو بيع شيء من ماله وأودع ثمنه فتلف عند المودع، فهو من ضمان المفلس. وبهذا قال الشافعي وقال مالك العروض من ماله، والدراهم والدنانير من مال الغرماء. وقال المغيرة: الدنانير من مال أصحاب الدنانير، والدراهم من مال أصحاب الدراهم. **ولنا**، أنه من مال المفلس، ونماؤه له، فكان تلفه في ماله، كالعروض.

[فصل إذا اجتمع مال المفلس]

(٣٤٥٩) فصل: وإذا اجتمع مال المفلس قسم بين غرمائه، فإن كانت ديونهم من جنس الأثمان، أخذوها، وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان كالقرض بغير الأثمان، فرضي أن يأخذ عوض حقه من الأثمان، جاز، وإن امتنع. وطلب جنس حقه، ابتيع له بحصته من جنس دينه. ولو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع، وقال المفلس: لا أوفيك إلا من جنس دينك. قدم قوله؛ لأن هذا على سبيل المعاوضة، فلا يجوز إلا بتراضيهما عليه.

وإن كان فيهم من له دين من سلم، لم يجز أن يأخذ إلا من جنس." (١)

"﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] . ولقول النبي - صلى الله عليه وسلم - لغرماء الذي كثر دينه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك.» ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو لقضاء دينه، وعسرته ثابتة، والقضاء متعذر، فلا فائدة في الحبس.

وإن كذبه غريمه فلا يخلو، إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف، فإن عرف له مال لكون الدين ثبت عن معاوضة، كالقرض والبيع، أو عرف له أصل مال سوى هذا، فالقول قول غريمه مع يمينه. فإذا حلف أنه ذو مال، حبس حتى تشهد البينة بإعساره. قال ابن المنذر: أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم، يرون الحبس في الدين، منهم مالك والشافعي وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن وروي عن شريح، والشعبي. وكان عمر بن عبد العزيز يقول: يقسم ماله بين الغرماء، ولا يحبس.

وبه قال عبد الله بن جعفر، والليث بن سعد **ولنا** أن الظاهر قول الغريم، فكان القول قوله، كسائر الدعاوى. فإن شهدت البينة بتلف ماله، قبلت شهادتهم، سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة أو لم تكن؛ لأن التلف يطلع عليه أهل الخبرة وغيرهم. وإن طلب الغريم إحلافه على ذلك، لم يجب إليه؛ لأن ذلك تكذيب للبينة، وإن شهدت مع ذلك بالإعسار اكتفي بشهادتها، وثبتت عسرته، وإن لم تشهد بعسرته، وإنما شهدت بالتلف لا غير، وطلب الغريم يمينه على عسره، وأنه ليس له مال آخر، استحلف على ذلك؛ لأنه غير ما شهدت به البينة.

وإن لم تشهد بالتلف، وإنما شهدت بالإعسار، لم تقبل الشهادة إلا من ذي خبرة باطنة، ومعرفة متقادمة لأن هذا من الأمور الباطنة، لا يطلع عليه في الغالب إلا أهل الخبرة والمخالطة. وهذا مذهب الشافعي وحكي عن مالك أنه قال: لا تسمع البينة على الإعسار؛ لأنها شهادة على النفي، فلم تسمع، كالشهادة على أنه لا دين عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٣٥

ولنا، ما روى قبيصة بن المخارق، أن النبي – صلى الله عليه وسلم - قال له: «يا قبيصة، إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة: رجل تحمل حمالة، فحلت المسألة حتى يصيبها، ثم يمسك، ورجل أصابته جائحة، فاجتاحت ماله، فحلت له المسألة، حتى يصيب قواما من عيش أو قال سدادا من عيش، ورجل أصابته فاقة، حتى يقول ثلاثة من ذوي الحجا من قومه: لقد أصابت فلانا فاقة. فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو قال: سدادا من عيش.» رواه مسلم وأبو داود. وقولهم: إن الشهادة على النفي لا تقبل. قلنا: لا ترد مطلقا، فإنه لو شهدت البينة أن هذا وارث الميت، لا وارث له سواه قبلت، ولأن هذه وإن كانت تتضمن النفي، فهي تثبت حالة تظهر، ويوقف عليها بالمشاهدة، بخلاف ما إذا شهدت أنه لا حق له، فإن هذا مما لا يوقف عليه،." (١)

"خمس وعشرين، خصت أيضا بخمس وعشرين، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المخصص، وما ذكروه من كونه جدا ليس تحته معنى يقضي الحكم، ولا له أصل يشهد له في الشرع، فهو إثبات للحكم بالتحكم.

ثم هو متصور في من له دون هذه السن، فإن المرأة تكون جدة لإحدى وعشرين سنة، وقياسهم منتقض بمن له دون خمس وعشرين سنة، وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبه بعدها.

إذا ثبت هذا فإنه لا يصح تصرفه، ولا إقراره. وقال أبو حنيفة: يصح بيعه وإقراره. وإنما لا يسلم إليه ماله؛ لأن البالغ عنده لا يحجر عليه، وإنما منع تسليم ماله إليه للآية. وقال أصحابنا في إقراره: يلزمه بعد فك الحجر عنه، إذا كان بالغا.

ولنا، أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رشده، فلا يصح تصرفه وإقراره، كالصبي، والمجنون، ولأنه إذا نفذ تصرفه وإقراره تلف ماله، ولم يفد منعه من ماله شيئا، ولأن تصرفه لو كان نافذا، لسلم إليه ماله، كالرشيد، فإنه إنما يمنع ماله حفظا له، فإذا لم يحفظ بالمنع، وجب تسليمه إليه بحكم الأصل.

[الفصل الثالث البلوغ في حق الغلام والجارية]

(٣٤٧١) الفصل الثالث، في البلوغ، ويحصل في حق الغلام والجارية بأحد ثلاثة أشياء، وفي حق الجارية بشيئين يختصان بها، أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى، فأولها خروج المني من قبله، وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد، فكيفما خرج في يقظة أو منام، بجماع، أو احتلام، أو غير ذلك، حصل به البلوغ.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٣٩

لا نعلم في ذلك اختلافا؛ لقول الله تعالى: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا﴾ [النور: ٥٩] وقوله ﴿والذين لم يبلغوا الحلم منكم﴾ [النور: ٥٨] وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «رفع القلم عن ثلاث؛ عن الصبي حتى يحتلم.» وقوله - عليه السلام - لمعاذ: «خذ من كل حالم دينارا» . رواهما أبو داود.

وقال ابن المنذر وأجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل، وعلى المرأة بظهور الحيض منها.

وأما الإنبات فهو أن ينبت الشعر الخشن حول ذكر الرجل، أو فرج المرأة، الذي استحق أخذه بالموسى، وأما الزغب الضعيف، فلا اعتبار به، فإنه يثبت في حق الصغير. وبهذا قال مالك والشافعي في قول، وقال في الآخر: هو بلوغ في حق المشركين، وهل هو بلوغ في حق المسلمين؟ فيه قولان.

وقال أبو حنيفة لا اعتبار به؛ لأنه نبات شعر، فأشبه نبات شعر سائر البدن. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة، حكم بأن تقتل مقاتلتهم، وتسبى ذراريهم، وأمر أن يكشف عن مؤازرتهم، فمن أنبت، فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت، ألحقوه بالذرية.

وقال عطية القرظي: عرضت على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم قريظة، فشكوا في، فأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - أن ينظر إلي، هل أنبت بعد، فنظروا إلي، فلم يجدوني أنبت بعد، فألحقوني بالذرية.

متعلق على معناه. وكتب عمر - رضي الله عنه - إلى عامله،." (١)

"الزوج. روي ذلك عن عمر، وبه قال شريح، والشعبي، وإسحاق؛ لما روي عن شريح أنه قال: عهد إلي عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا، أو تلد ولدا. رواه سعيد في سننه، ولا يعرف له مخالف، فصار إجماعا. وقال مالك: لا يدفع إليها مالها حتى تتزوج، ويدخل عليها زوجها؛ لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير إذنها، لم ينفك عنها الحجر، كالصغيرة.

ولنا، عموم قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] . ولأنها يتيم بلغ وأونس منه الرشد؛ فيدفع إليه ماله كالرجل، ولأنها بالغة رشيدة، فجاز لها التصرف في مالها، كالتي دخل بها الزوج، وحديث عمر إن صح، فلم يعلم انتشاره في الصحابة، ولا يترك به الكتاب والقياس، على أن حديث عمر مختص بمنع العطية، فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها،

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٤٥

ومنعها من سائر التصرفات، ومالك لم يعمل به، وإنما اعتمد على إجبار الأب لها على النكاح، **ولنا** أن نمنع ذلك، وإن سلمناه، فإنما أجبرها على النكاح لأن اختيارها للنكاح ومصالحه لا يعلم إلا بمباشرته، والبيع والشراء والمعاملات ممكنة قبل النكاح، وعلى هذه الرواية، إذا لم تتزوج أصلا احتمل أن يدوم الحجر عليها، عملا بعموم حديث عمر، ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها، فلم يجز دفعه إليها، كما لو لم ترشد.

وقال القاضي: عندي أنه يدفع إليها مالها إذا عنست وبرزت للرجال، يعني كبرت.

[فصل تصرف المرأة الرشيدة في مالها]

(٣٤٧٤) فصل: وظاهر كلام الخرقي، أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله، بالتبرع، والمعاوضة. وهذا إحدى الروايتين عن أحمد. وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر. وعن أحمد رواية أخرى، ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض، إلا بإذن زوجها. وبه قال مالك.

وحكي عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها ليس لها غيرها، فحنثت، ولها زوج، فرد ذلك عليها زوجها، قال: له أن يرد عليها، وليس لها عتق؛ لما روي أن امرأة كعب بن مالك أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - بحلي لها، فقال لها النبي: - صلى الله عليه وسلم - «لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها، فهل استأذنت كعبا؟ فقالت: نعم. فبعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى كعب، فقال: هل أذن لها أن تتصدق بحليها؟ . قال: نعم. فقبله رسول الله - صلى الله عليه وسلم -» . رواه ابن ماجه. وروي أيضا عن عمرو بن شعيب. عن أبيه، عن جده، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال في خطبة خطبها: «لا يجوز لامرأة عطية من مالها إلا بإذن زوجها؛ إذ هو مالك عصمتها.» رواه أبو داود بلفظه، عن عبد الله بن عمرو، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال." (١)

"قبل البلوغ يمنع ذلك، فكان أولى. لكن لا يختبر إلا المراهق المميز، الذي يعرف البيع والشراء. والمصلحة من المفسدة. ومتى أذن له وليه فتصرف، صح تصرفه، على ما ذكرنا فيما مضى.

وقد أومأ أحمد في موضع إلى اختباره بعد البلوغ؛ لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل. وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو ما ذكرنا فيما مضى من الروايتين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٨/٤

[مسألة المحجور عليه إذا فك عنه الحجر ثم عاد إلى السفه]

(٣٤٧٨) مسألة؛ قال: (فإن عاود السفه، حجر عليه) وجملته، أن المحجور عليه إذا فك عنه الحجر لرشده وبلوغه، ودفع إليه ماله، ثم عاد إلى السفه، أعيد عليه الحجر. وبهذا قال القاسم بن محمد ومالك والشافعي، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو ثور وأبو عبيد، وأبو يوسف، ومحمد وقال أبو حنيفة لا يبتدأ الحجر على بالغ عاقل، وتصرفه نافذ.

وروي ذلك عن ابن سيرين والنخعي؛ لأنه حر مكلف، فلا يحجر عليه كالرشيد. **ولنا**.

إجماع

الصحابة، وروى عروة بن الزبير، أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعا، فقال علي - رضي الله عنه - لآتين عثمان ليحجر عليك. فأتى عبد الله بن جعفر الزبير، فقال: قد ابتاع بيعا، وإن عليا يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان، فيسأله الحجر علي. فقال الزبير: أنا شريكك في البيع. فأتى علي عثمان، فقال إن ابن جعفر قد ابتاع بيع كذا، فاحجر عليه. فقال الزبير: أنا شريكه في البيع. فقال عثمان: كيف أحجر على رجل شريكه الزبير.

قال أحمد: لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي. وهذه قصة يشتهر مثلها، ولم يخالفها أحد في عصرهم، فتكون إجماعا. ولأن هذا سفيه، فيحجر عليه، كما لو بلغ سفيها؛ فإن العلة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيها سفهه، وهو موجود، ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه، فإذا حدث، أوجب انتزاع المال كالجنون. وفارق الرشيد؛ فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه.

[فصل لا يحجر على السفيه إلا الحاكم]

(٣٤٧٩) فصل: ولا يحجر عليه إلا الحاكم، وبهذا قال الشافعي. وقال محمد يصير محجورا عليه بمجرد تبذيره؛ لأن ذلك سبب الحجر، فأشبه الجنون. **ولنا**: أن التبذير يختلف، ويختلف فيه، ويحتاج إلى الاجتهاد، فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد، لم يثبت إلا بحكم الحاكم، كابتداء مدة العنة، ولأنه حجر مختلف فيه، فلم يثبت إلا بحكم الحاكم، كالحجر على المفلس، وفارق الجنون؛ فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد، ولا خلاف فيه، ومتى حجر عليه، ثم عاد فرشد، فك الحجر عنه. ولا يزول إلا بحكم الحاكم.

وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب: يزول السفه؛ لأنه سبب الحجر، فيزول بزواله، كما في حق الصبي والمجنون.." (١)

"فيه من ذكرناه. وإن جدد الحجر عليه بعد بلوغه، لم ينظر في ماله إلا الحاكم؛ لأن الحجر يفتقر إلى حكم حاكم، وزواله يفتقر إلى ذلك فكذلك النظر في ماله.

[مسألة أقر المحجور عليه بما يوجب حدا أو قصاصا]

(٣٤٨٣) مسألة؛ قال: (وأن أقر المحجور عليه بما يوجب حدا أو قصاصا، أو طلق زوجته، لزمه ذلك) وجملته أن المحجور عليه، لفلس، أو سفه، إذا أقر بما يوجب حدا أو قصاصا، كالزنا، والسرقة، والشرب، والقذف، والقتل العمد، أو قطع اليد، وما أشبهها، فإن ذلك مقبول، ويلزمه حكم ذلك في الحال. لا نعلم في هذا خلافا.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز، إذا كان إقراره بزنا، أو سرقة، أو شرب خمر، أو قذف، أو قتل، وأن الحدود تقام عليه. وهذا قول الشافعي وأبي ثور، وأصحاب الرأي، ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم. وذلك لأنه غير متهم في حق نفسه، والحجر إنما تعلق بماله، فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال. وإن طلق زوجته، نفذ طلاقه، في قول أكثر أهل العلم.

وقال ابن أبي ليلى: لا يقع طلاقه؛ لأن البضع يجري مجرى المال بدليل أنه يملكه بمال، ويصح أن يزول ملكه عنه بمال، فلم يملك التصرف فيه كالمال. **ولنا**، أن الطلاق ليس بتصرف في المال، ولا يجري مجراه، فلا يمنع منه. كالإقرار بالحد والقصاص. ودليل أنه لا يجري مجرى المال، أنه يصح من العبد بغير إذن سيده، مع منعه من التصرف في المال، ولا يملك بالميراث، ولأنه مكلف طلق امرأته مختارا، فوقع طلاقه، كالعبد والمكاتب.

[فصل إذا أقر بما يوجب القصاص فعفا المقر له على مال]

فصل: وإذا أقر بما يوجب القصاص، فعفا المقر له على مال، احتمل أن يجب المال؛ لأنه عفو عن قصاص ثابت، فصح، كما لو ثبت بالبينة. واحتمل أن لا يصح؛ لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال، بأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٥٢

يتواطأ المحجور عليه والمقر له على الإقرار بالقصاص، والعفو عنه على مال. ولأنه وجوب مال، مستنده إقراره، فلم يثبت، كالإقرار به ابتداء. فعلى هذا القول يسقط وجوب القصاص، ولا يجب المال في الحال.

[فصل خلع المحجور عليه]

(٣٤٨٥) فصل: وإن خالع، صح خلعه؛ لأنه إذا صح الطلاق، ولا يحصل منه شيء، فالخلع الذي يحصل به المال أولى، إلا أن العوض لا يدفع إليه، وإن دفع إليه، لم يصح قبضه، وإن أتلفه، لم يضمنه، ولم تبرأ المرأة بدفعه إليه، وهو من ضمانها إن أتلفه أو تلف في يده؛ لأنها سلطته على إتلافه.

[فصل عتق المحجور عليه]

(٣٤٨٦) فصل: وإن أعتق، لم يصح عتقه، وهذا قول القاسم بن محمد، والشافعي، وحكى." [1]

"أبو الخطاب، عن أحمد، رواية أخرى: أنه يصح؛ لأنه عتق من مكلف مالك تام الملك، فصح، كعتق الراهن والمفلس. **ولنا**، أنه تصرف في ماله، فلم يصح، كسائر تصرفاته، ولأنه تبرع فأشبه هبته ووقفه، ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه، فلم يصح عتقه، كالصبي والمجنون. وفارق المفلس والراهن؛ فإن الحجر عليهما لحق غيرهما.،

[فصل تزوج المحجور عليه]

(٣٤٨٧) فصل: وإن تزوج، صح النكاح بإذن وليه، وبغير إذنه، وبهذا قال أبو حنيفة. وقال: أبو الخطاب لا يصح بغير إذن وليه، وهو قول الشافعي، وأبي ثور؛ لأنه تصرف يجب به مال، فلم يصح بغير إذن وليه، كالشراء.

ولنا، أنه عقد غير مالي، فصح منه، كخلعه وطلاقه، وإن لزم منه المال، فحصوله بطريق الضمن، فلا يمنع من العقد، كما لو لزم ذلك من الطلاق.

[فصل تدبير ووصية المحجور عليه]

(٣٤٨٨) فصل: ويصح تدبيره ووصيته؛ لأن ذلك محض مصلحته لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٥٤

غن اه عنه. ويصح استيلاده، وتعتق الأمة المستولدة بموته؛ لأنه إذا صح ذلك من المجنون، فمن السفيه أولى. وله المطالبة بالقصاص؛ لأنه موضوع للتشفي والانتقام، وهو من أهله. وله العفو على مال؛ لأنه تحصيل للمال، لا تضييع له.

وإن عفا على غير مال نظرت؛ فإن قلنا: الواجب القصاص عينا. صح عفوه لأنه لم يتضمن تضييع المال.

وإن قلنا: أحد الشيئين. لم يصح عفوه عن المال، ووجب المال، كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين.

وإن أحرم بالحج، صح إحرامه؛ لأنه مكلف أحرم بالحج، أشبه غيره، ولأن ذلك عبادة، فصحت منه، كسائر عباداته. ثم إن كان أحرم بفرض، دفع إليه النفقة من ماله ليسقط الفرض عن نفسه، وإن كان تطوعا فكانت نفقته في السفر كنفقته في الحضر، دفعت إليه، لأنه لا ضرر في إحرامه.

وإن كانت نفقة السفر أكثر، فقال: أنا أكتسب تمام نفقتي، دفعت إليه أيضا، لأنه لا يضر بماله. وإن لم يكن له كسب، فلوليه تحليره؛ لما فيه من تضييع ماله، ويتحلل بالصيام كالمعسر؛ لأنه ممنوع من التصرف في ماله. ويحتمل أن لا يملك وليه تحليله، بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده. وإن حنث في يمينه، أو عاد في ظهاره، أو لزمته كفارة بالقتل أو الوطء في نهار رمضان، كفر بالصيام لذلك.

وإن أعتق أو أطعم عن ذلك، لم يجزه. وبهذا قال الشافعي؛ لأنه ممنوع من ماله، أشبه المفلس. ويتخرج أن يجزئه العتق، بناء على قولنا بصحته منه. وإن نذر عبادة بدنية، لزمه فعلها؛ لأنه غير محجور عليه في بدنه. وإن نذر صدقة المال،." (١)

"الرجل الدين، ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه، وأخذ منه الباقي، كان ذلك جائزا لهما، ولو فعل ذلك قاض، لم يكن عليه في ذلك إثم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كلم غرماء جابر ليضعوا عنه، فوضعوا عنه، الشطر.

وفي الذي أصيب في حديقته فمر به النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو ملزوم، فأشار إلى غرمائه بالنصف، فأخذوه منه. فإن فعل ذلك قاض اليوم، جاز إذا كان على وجه الصلح والنظر لهما.

وروى يونس، عن الزهري، عن عبد الله بن كعب، عن أبيه، أنه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فخرج إليهما، ثم نادى: «يا كعب. قال: لبيك يا رسول الله. فأشار إليه، أن ضع الشطر من دينك. قال: قد فعلت يا رسول الله. قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قم فأعطه» . فإن قال: على أن توفيني ما بقي بطل؛ لأنه ما أبرأه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٥٥

عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض.

القسم الثالث، الهبة. وهو أن يكون له في يده عين، فيقول قد وهبتك نصفها، فأعطني بقيتها. فيصح، ويعتبر له شروط الهبة. وإن أخرجه مخرج الشرط، لم يصح. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه إذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضا عن الوفاء به، فكأنه عاوض بعض حقه ببعض.

وإن أبرأه من بعض الدين، أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح، مثل أن يقول: صالحني بنصف دينك علي، أو بنصف دارك هذه. فيقول: صالحتك بذلك. لم يصح، ذكره القاضي وابن عقيل. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال أكثرهم: يجوز الصلح؛ لأنه إذا لم يجز بلفظه خرج عن أن يكون صلحا، ولا يبقى له تعلق به، فلا يسمى صلحا، أما إذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا؛ لوجود اللفظ، وإن تخلف المعنى، كالهبة بشرط الثواب، وإنما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة إذا كان ثم عوض، أما مع عدمه فلا.

وإنما معنى الصلح الاتفاق، والرضى، وقد يحصل هذا من غير عوض، كالتمليك إذا كان بعوض سمي بيعا، وإن خلا عن العوض سمي هبة. **ولنا** أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة؛ لأنه إذا قال: صالحني بهبة كذا، أو على نصف هذه العين، ونحو هذا. فقد أضاف إليه بالمقابلة، فصار كقوله: بعني بألف.

وإن أضاف إليه " على " جرى مجرى الشرط. كقوله تعالى: ﴿فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا﴾ [الكهف: ٩٤] . وكلاهما لا يجوز؛ بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة. وقولهم: أنه يسمى صلحا. ممنوع، وإن سمي صلحا فمجاز؛ لتضمنه قطع النزاع وإزالة الخصومة. وقولهم: إن الصلح لا يقتضي المعاوضة. قلنا: لا نسلم.

وإن سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء، أو على، أو نحوهما به، فإن لفظة الصلح تحتاج إلى حرف تعدى به، وذلك يقتضي المعاوضة، على ما بيناه.." (١)

"[فصل ادعى على رجل بيتا فصالحه على بعضه]

(٣٤٩٨) فصل: وإن ادعى على رجل بيتا، فصالحه على بعضه، أو على بناء غرفة فوقه، أو على أن يسكنه سنة، لم يصح؛ لأنه يصالحه من ملكه على ملكه أو منفعته. وإن أسكنه كان تبرعا منه، متى شاء أخرجه منها. وإن أعطاه بعض داره بناء على هذا، فمتى شاء انتزعه منه؛ لأنه أعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه.

وإن فعل ذلك على سبيل المصالحة، معتقدا أن ذلك وجب عليه بالصلح، رجع عليه بأجر ما سكن وأجر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٦٣

ما كان في يده من الدار؛ لأنه أخذه بعقد فاسد، فأشبه المبيع المأخوذ بعقد فاسد، وسكنى الدار بإجارة فاسدة. وإن بنى فوق البيت غرفة، أجبر على نقضها، وإذا آجر السطح مدة مقامه في يديه، فله أخذ آلته. ولو اتفقا على أن يصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض، جاز. وإن بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلاته، فليس له أخذ بنائه؛ لأنه ملك لصاحب البيت. وإن أراد نقض البناء، لم يكن له ذلك، إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به.

ويحتمل أن يملك نقضه، كقولنا في الغاصب.

[فصل صالحه بخدمة عبده سنة]

(٣٤٩٩) فصل: وإذا صالحه بخدمة عبده سنة، صح. وكانت إجارة. وقد ذكرنا ذلك. فإن باع العبد في السنة صح البيع، ويكون للمشتري مسلوب المنفعة بقية السنة، وللمستأجر استيفاء منفعته إلى انقضاء مدته، كما لو زوج أمته ثم باعها.

وإن لم يعلم المشتري بذلك، فله الفسخ؛ لأنه عيب. وإن أعتق العبد في أثناء المدة، نفذ عتقه؛ لأنه مملوكه يصح بيعه، فصح عتقه لغيره، وللمصالح أن يستوفي نفعه في المدة، لأنه أعتقه بعد أن ملك منفعته لغيره، فأشبه ما لو أعتق الأمة المزوجة لحر. ولا يرجع العبد على سيده بشيء؛ لأنه ما زال ملكه بالعتق إلا عن الرقبة، والمنافع حينئذ مملوكة لغيره، فلم تتلف منافعه بالعتق، فلم يرجع بشيء، وإن أعتقه مسلوب المنفعة، فلم يرجع بشيء، كما لو أعتق زمنا أو مقطوع اليدين، أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضي وابن عقيل وجها آخر، أنه يرجع على سيده بأجر مثله.

وهو قول الشافعي لأن العتق اقتضى إزالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعا، فلما لم تحصل المنفعة للعبد هاهنا، فكأنه حال بينه وبين منفعته. ولنا، أن إعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة، فلم يؤثر إلا فيه، كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولآخر بنفعه، فأعتق صاحب الرقبة، وكما لو أعتق أمة مزوجة. وقولهم: إنه اقتضى زوال الملك عن المنفعة. قلنا: إنما يقتضي ذلك إذا كانت مملوكة له، أما إذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي إعتاقه إزالة ما ليس بموجود وإن تبين أن العبد مستحق، تبين بطلان الصلح لفساد العوض، ورجع المدعي فيما أقر له به.

وإن وجد العبد معيبا عيبا تنقص به المنفعة، فله رده وفسخ الصلح. وإن صالح على العبد بعينه، صح الصلح، ويكون بيعا. والحكم فيما إذا خرج مستحقا أو ظهر به عيب، كما ذكرنا.." (١)

"معرفته. قال أحمد في الرجل يصالح على الشيء، فإن علم أنه أكثر منه، لم يجز إلا أن يوقفه عليه، إلا أن يكون مجهولا لا يدري ما هو، ونقل عنه عبد الله، إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير، وطحنا، فإن عرف قيمة دقيق الحنطة ودقيق الشعير، بيع هذا، وأعطي كل واحد منهما قيمة ماله، إلا أن يصطلحا على شيء ويتحالا.

وقال ابن أبي موسى: الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا بينة لها به، ولا علم لها، ولا للورثة بمبلغه، وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل، لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه، فيجوز الصلح، بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره، جاز أن يصالح عليه، وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا بينة له، أو لا علم له. ويقول القابض: إن كان لي عليك حق فأنت في حل منه. ويقول الدافع: إن كنت أخذت مني أكثر من حقك فأنت منه في حل. وقال الشافعي: لا يصح الصلح على مجهول؛ لأنه فرع البيع، ولا يصح البيع على مجهول. **ولنا**، ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست: «استهما، وتوخيا، وليحلل أحدكما صاحبه» . وهذا صلح على المجهول.

ولأنه إسقاط حق، فصح في المجهول، كالعتاق والطلاق، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم، وإمكان أداء الحق بعينه، فلأن يصح مع الجهل أولى، وذلك لأنه إذا كان معلوما فلهما طريق إلى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه، ومع الجهل لا يمكن ذلك، فلو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع المال، على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه. ولا نسلم كونه بيعا، ولا فرع بيع، وإنما هو إبراء. وإن سلمنا كونه بيعا، فإنه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان، وطي الآبار، وما مأكوله في جوفه، ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها، فقال صاحب الطعام لمتلفه: بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم، أو بهذا الثوب. صح. إذا ثبت هذا، فإن كان العوض في الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه، ولا سبيل إلى معرفته، كالمختصمين في مواريث دارسة، وحقوق سالفة، أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها، صح الصلح مع الجهالة من الجانبين؛ لما ذكرناه من الخبر والمعنى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٦٤

وإن كان مما يحتاج إلى تسليمه، لم يجز مع الجهالة، ولا بد من كونه معلوما؛ لأن تسليمه واجب، والجهالة تمنع التسليم، وتفضي إلى التنازع، فلا يحصل مقصود الصلح

(٣٥٠٦) فصل: فأما ما يمكنهما معرفته، كتركة موجودة، أو يعلمه الذي هو عليه، ويجهله صاحبه، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل. قال أحمد: إن صولحت امرأة من ثمنها، لم يصح. واحتج بقول شريح: أيما امرأة صولحت من ثمنها، لم يتبين لها ما ترك زوجها، فهي الريبة كلها.

قال: وإن ورث قوم مالا." (١)

"ودورا وغير ذلك، فقالوا لبعضهم: نخرجك من الميراث بألف درهم. أكره ذلك، ولا يشترى منها شيء، وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل، وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو، وإنما يصالح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه، ولا يدري ما هو حساب بينهما، فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل، والآخر لا يعلمه فيصالحه، فأما إذا علم فلم يصالحه إنما يريد أن يهضم حقه ويذهب به. وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة، للحاجة إليه لإبراء الذمم، وإزالة الخصام، فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة، فلم يصح كالبيع.

[فصل الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه]

(٣٥٠٧) فصل: ويصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز، فيصح عن دم العمد، وسكنى الدار، وعيب المبيع. ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من ديته أو أقل، جاز. وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات، فأبى أن يقبلها. ولأن المال غير متعين، فلا يقع العوض في مقابلته.

فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من ديته من جنسها، لم يجز. وكذلك لو أتلف عبدا أو شيئا غيره، فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها، لم يجز. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يجوز لأنه يأخذ عوضا عن المتلف، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته، كما لو باعه بذلك. **ولنا**، أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة، فلم يجز أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها، كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع، ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها، فيكون أكل مال بالباطل. فأما إن صالحه على غير جنسها، بأكثر قيمة منها، جاز؛ لأنه بيع، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٨٦٣

[فصل صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالإتلاف]

(٣٥٠٨) فصل: ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالإتلاف. بمائة مؤجلة، لم يجز، وكانت حالة. وبهذا قال الشافعي. وعن أحمد يجوز. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه. **ولنا**، أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة، الحال لا يتأجل بالتأجيل، وإن جعلناه بيعا فهو بيع دين بدين، وبيع الدين بالدين غير جائز.

[فصل صالح عن القصاص بعبد فخرج مستحقا]

(٣٥٠٩) فصل: ولو صالح عن القصاص بعبد، فخرج مستحقا، رجع بقيمته في قولهم جميعا. وإن خرج حرا فكذلك. وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: يرجع بالدية؛ لأن الصلح فاسد، فيرجع ببذل ما صالح عنه، وهو الدية. **ولنا**، أنه تعذر تسليم ما جعله عوضا، فرجع في قيمته، كما لو خرج مستحقا.." [(١)]

"بنافذ. وقال أبو حنيفة: يجوز من ذلك ما لا ضرر فيه، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه. وقال مالك، والشافعي، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد: يجوز ذلك إذا لم يضر بالمارة، ولا يملك أحد منعه؛ لأنه ارتفق بما لم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة، فكان جائزا، كالمشي في الطريق والجلوس فيها. واختلفوا فيما لا يضر، فقال بعضهم: إن كان في شارع تمر فيه الجيوش والأحمال، فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلغه.

وقال أكثرهم: لا يقدر بذلك، بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل. **ولنا**، أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه، فلم يجز، كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير إذن أهله، ويفارق المرور في الطريق، فإنها جعلت لذلك، ولا مضرة فيه، والجلوس لا يدوم، ولا يمكن التحرز منه، ولا نسلم أنه لا مضرة فيه، فإنه يظلم الطريق، ويسد الضوء، وربما سقط على المارة، أو سقط منه شيء. وقد تعلو الأرض بمرور الزمان، فيصدم رءوس الناس، ويمنع مرور الدواب بالأحمال، ويقطع الطريق إلا على الماشي، وقد رأينا مثل هذا كثيرا، وما يفضي إلى الضرر في ثاني الحال، يجب المنع منه في ابتدائه، كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها.

وعلى أبي حنيفة: أنه بناء في حق مشترك، لو منع منه بعض أهله لم يجز، فلم يجز بغير إذنهم، كما لو

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٦٩

أخرجه إلى هواء دار مشتركة، وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه، وإن كان ساكنا، كما لا يجوز إذا منع منه.

[فصل لا يبني في الطريق دكانا]

(٣٥٢٠) فصل: ولا يجوز أن يبني في الطريق دكانا، بغير خلاف نعلمه، سواء كان الطريق واسعا أو غير واسع، سواء أذن الإمام فيه أو لم يأذن؛ لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه، ولأنه يؤذي المارة ويضيق عليهم، ويعثر به العاثر، فلم يجز، كما لو كان الطريق ضيقا.

[فصل لا يبني دكانا ولا يخرج روشنا ولا ساباطا على درب غير نافذ]

(٣٥٢١) فصل: ولا يجوز أن يبني دكانا، ولا يخرج روشنا ولا ساباطا على درب غير نافذ، إلا بإذن أهله. وبهذا قال الشافعي، إذا لم يكن له في الدرب باب، وإن كان له في الدرب باب، فقد اختلف أصحابه، فمنهم من منعه أيضا، ومنهم من أجاز له إخراج الجناح والساباط؛ لأن له في الدرب استطراقا، فملك ذلك، كما يملكه في الدرب النافذ.

ولنا، أنه بناء في هواء ملك قوم معينين، أشبه ما لو لم يكن له فيه باب، ولا نسلم الأصل الذي قاسوا عليه. فأما إن أذن أهل الدرب فيه، جاز؛ لأن الحق لهم، فجاز بإذنهم، كما لو كان المالك واحدا. وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم، جاز. وقال القاضي، وأصحاب الشافعي: لا يجوز؛ لأنه بيع للهواء دون القرار.." (١)

"نصبه، ويحتمل أن يجوز ذلك؛ لأن

الحاجة

داعية إليه، والعادة جارية به، مع ما فيه من الخبر المذكور.

[فصل لا يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا]

فصل: ولا يجوز أن يفتح في الحائط المشترك طاقا ولا بابا، إلا بإذن شريكه؛ لأن ذلك انتفاع بملك غيره، وتصرف فيه بما يضر به. ولا يجوز أن يغرز فيه وتدا، ولا يحدث عليه حائطا ولا يستره، ولا يتصرف فيه

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٧٤

نوع تصرف لأنه تصرف في الحائط بما يضربه، فلم يجز، كنقضه. ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الأولى لأنه؛ إذا لم يجز فيما له فيه حق، ففيما لا حق له فيه أولى. وإن صالحه عن ذلك بعوض، جاز.

وأما الاستناد إليه، وإسناد شيء لا يضره إليه، فلا بأس به؛ لأنه لا مضرة فيه، ولا يمكن التحرز منه أشبه الاستظلال به.

[فصل وضع خشبة على حائط غيره]

(٣٥٢٥) فصل: فأما وضع خشبة عليه، فإن كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله، لم يجز، بغير خلاف نعلمه؛ لا ذكرنا، ولقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا ضرر ولا ضرار.» وإن كان لا يضر به، إلا أن به غنية عن وضع خشبه عليه، لإمكان وضعه على غيره، فقال أكثر أصحابنا: لا يجوز أيضا. وهو قول الشافعي وأبي ثور. لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه من غير حاجة، فلم يجز كبناء حائط عليه. وأشار ابن عقيل إلى جوازه؛ لما روى أبو هريرة أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره.» متفق عليه. ولأن ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة، كأخذ الشقص بالشفعة من المشتري، والفسخ بالخيار أو بالعيب، اتخاذ الكلب للصيد، وإباحة السلم، ورخص السفر، وغير ذلك. فأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على حائط جاره، أو الحائط المشترك، بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه، فإنه يجوز له وضعه بغير إذن الشريك. وبهذا قال الشافعي في القديم. وقال في الجديد: ليس له وضعه.

وهو قول أبي حنيفة، ومالك؛ لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة، فلم يجز، كزراعته. **ولنا**، الخبر ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به، أشبه الاستناد إليه والاستظلال به، ويفارق الزرع، فإنه يضر، ولم تدع إليه حاجة. إذا ثبت هذا، فاشترط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان، ولجاره حائط واحد، وليس هذا في كلام أحمد، إنما قال، في رواية أبي داود: لا يمنعه إذا لم يكن ضرر، وكان الحائط يبقى. ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين إذا كانا غير متقابلين، أو كان البيت واسعا يحتاج إلى أن يجعل عليه جسرا ثم يضع الخشب على ذلك الجسر.

والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه. ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمجنون والعاقل؛ لما ذكرنا. والله أعلم.

[فصل وضعه في جدار المسجد خشب الحائط]

(٣٥٢٦) فصل: فأما وضعه في جدار المسجد، إذا وجد الشرطان، فعن أحمد فيه روايتان:." [١]

"فجرى مجرى كون حمله على البهيمة وزرعه في الأرض، ولأن الظاهر أن الإنسان لا يترك غيره يبني على حائطه.

وكذلك إن كانت له عليه سترة، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما، أو له عليها أزج معقود، فالحائط المختلف فيه له؛ لأن الظاهر أن الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها، فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له.

(٣٥٣٥) فصل: فإن كان لأحدهما خشب موضوع، فقال أصحابنا: لا ترجح دعواه بذلك. وهو قول الشافعي؛ لأن هذا مما يسمح به الجار. وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه. وعندنا إنه حق يجب التمكين منه. فلم ترجح به الدعوى، كإسناد متاعه إليه، وتجصيصه وتزويقه.

ويحتمل أن ترجح به الدعوى. وهو قول مالك؛ لأنه منتفع به بوضع ماله عليه، فأشبه الباني عليه والزارع في الأرض، وورود الشرع بالنهي عن المنع منه، لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق، بدليل أنا استدللنا بوضعه على كون ،لوضع مستحقا على الدوام، حتى متى زال جازت إعادته، ولأن كونه مستحقا تشترط له الحاجة إلى وضعه، ففيما لا حاجة إليه له منعه من وضعه.

وأما السماح به، فإن أكثر الناس لا يتسامحون به، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «، طأطئوا رءوسهم، كراهة لذلك، فقال: مالي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمين بها بين أكتافكم» . وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمكين من هذا، ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه. ولأن الحائط يبني لذلك، فيرجح به، كالأزج. وقال أصحاب أبي حنيفة: لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد؛ لأن الحائط لا يبني له، ويرجح بالجذعين؛ لأن الحائط يبني لهما **ولنا**، أنه موضوع على الحائط، فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره، كالبناء.

(٣٥٣٦) فصل: ولا ترجح الدعوى بكون الدواخل إلى أحدهما والخوارج ووجوه الآجر والحجارة، ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما وأقطاع الآجر إلى ملك الآخر، ولا بمعاقد القمط في الخص، يعني عقد الخيوط التي يشد بها الخص. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال أبو يوسف، ومحمد: يحكم به لمن إليه وجه الحائط ومعاقد القمط؛ لما روى نمر بن حارثة التميمي، عن أبيه «، أن قوما اختصموا إلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٦/٤

النبي - صلى الله عليه وسلم - في خص، فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم، فحكم به لمن يليه معاقد القمط، ثم رجع إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبره، فقال:." (١)

"أصبت، وأحسنت» . رواه ابن ماجه. وروي نحوه عن علي.

ولأن العرف جار بأن من بنى حائطا جعل وجه الحائط إليه. **ولنا**، عموم قوله - عليه السلام -: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» . ولأن وجه الحائط ومعاقد القمط إذا كانا شريكين فيه لا بد من أن يكون إلى أحدهما، إذ لا يمكن كونه إليهما جميعا، فبطلت دلالته كالتزويق، ولأنه يراد للزينة، فأشبه التزويق. وحديثهم لا يثبته أهل النقل، وإسناده مجهول. قاله ابن المنذر.

قال الشالنجي: ذكرت هذا الحديث لأحمد، فلم يقنعه، وذكرته لإسحاق بن راهويه، فقال: ليس هذا حديثا. ولم يصححه. وحديث علي فيه مقال، وما ذكروه من العرف ليس بصحيح؛ فإن العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس، كما يلبس الرجل أحسن أثوابه، أعلاها الظاهر للناس، ليروه، فيتزين به، فلا دليل فيه.

(٣٥٣٧) . فصل: ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتحسين، ولا يكون أحدهما له على الآجر سترة غير مبنية عليه؛ لأنه مما يتسامح به، ويمكن إحداثه.

[فصل تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلاني]

(٣٥٣٨) فصل: وإن تنازع صاحب العلو والسفل، في حوائط البيت السفلاني، فهي لصاحب السفل؛ لأنه المنتفع بها، وهي من جملة البيت، فكانت لصاحبه. وإن تنازعا حوائط العلو، فهي لصاحب العلو؛ لذلك. وإن تنازعا السقف، تحالفا، وكان بينهما. وبهذا قال الإمام الشافعي: وقال أبو حنيفة: هو لصاحب السفل؛ لأن السقف على ملكه، فكان القول قوله، كما لو تنازعا سرجا على دابة أحدهما، كان القول قول صاحبها، وحكي عن مالك، أنه لصاحب السفل.

وحكي عنه، أنه لصاحب العلو؛ لأنه يجلس عليه، ويتصرف فيه، ولا يمكنه السكنى إلا به. **ولنا**، أنه حاجز بين ملكيهما، ينتفعان به، غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان، فكان بينهما، كالحائط بين الملكين. وقولهم: هو على ملك صاحب السفل. يبطل بحيطان العلو، ولا يشبه السرج على الدابة؛ لأنه لا ينتفع به غير صاحبها، ولا يراد إلا لها، فكان في يده. وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما؛ لأنه سماء صاحب السفل يظله، وأرض صاحب العلو تقله، فاستويا فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٣٨١

[فصل تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها]

(٣٥٣٩) فصل: وإن تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها، فإن لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل، كسلم مسمرا، أو دكة، فهي لصاحب العلو وحده؛ لأن له اليد والتصرف وحده؛ لأنها مصعد صاحب العلو لا غير. والعرصة التي عليها الدرجة له أيضا؛ لانتفاعه بها وحده، وإن كان تحتها بنيت لأجله، لتكون مدرجا للعلو، فهي بينهما؛ لأن يديهما عليها، ولأنها سقف للسفلاني، وموطئ للفوقاني، فهي كالسقف الذي بينهما. وإن كان تحتها طاق صغير لم تبن." [١]

"عرصته في داره فعل، وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل.

ويحتمل أن لا يجبر على القسمة؛ لأنها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل لملك شريكه، وزوال ملك شريكه، فيتضرر؛ لأنه لا يقدر على حائط يستر ملكه، وربما اختار أحدهما أن لا يبني حائطه، فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفا، أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه، وهذا ضرر لا يرد الشرع بالإجبار عليه. فإن قيل: فإذا كان مشتركا تمكن أيضا من منع شريكه وضع خشبه عليه. قلنا: إذا كان له عليه رسم وضع خشبه، أو انتفاع به، لم يملك منعه من رسمه، وها هنا يملك منعه بالكلية.

وأما إن طلب قسمها عرضا، وهو أن يجعل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول، نظرنا، فإن كانت العرصة لا تتسع لحائطين، لم يجبر الممتنع من قسمها. واختار ابن عقيل أنه يجبر. وهو ظاهر كلام الشافعي؛ لأنها عرصة، فأجبر على قسمها، كعرصة الدار. **ولنا**، أن في قسمها ضررا، فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه، كالدار الصغيرة، وما ذكروه ينتقض بذلك.

وإن كانت تتسع لحائطين، بحيث يحصل لكل واحد منهما ما يبني فيه حائطا، ففي إجبار الممتنع وجهان: أحدهما: يجبر. قاله أبو الخطاب؛ لأنه لا ضرر في القسمة؛ لكون كل واحد منهما يحصل له ما يندفع به حاجته، فأشبه عرصة الدار التي يحصل لكل واحد منهما ما يبني فيه دارا. والثاني، لا يجبر. ذكره القاضي؛ لأن هذه القسمة لا تقع فيها قرعة؛ لأننا لو أقرعنا بينهما، لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره، فلا ينتفع به، فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة، وهذا لا نظير له. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين. ومتى اقتسما العرصة طولا، فبنى كل واحد منهما لنفسه حائطا، وبقيت بينهما فرجة، لم يجبر أحدهما على سدها، ولم يمنع من سدها؛ لأن ذلك يجري مجرى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٢/٤

بناء الحائط في عرصته.

[فصل كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولا]

(٣٥٥٤) فصل: وإن كان بينهما حائط، فاتفقا على قسمته طولا، جاز، ويعلم بين نصيبهما بعلامة. وإن اتفقا على قسمته عرضا، فقال أصحابنا: يجوز القسمة؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما، فأشبه العرصة. ويحتمل أن لا تجوز القسمة؛ لأنها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر، بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه، وها هنا لا يتميز، ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفردا؛ لأن إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط، كان ثقله على الحائط كله، وإن فتح فيه طاقا يضعفه، ضعف كله، وإن وقع بعضه، تضرر النصيب الآخر. وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر، فذكر القاضي، أن الحكم في الحائط." (١)

"قلنا: يرد مثلها. اقتضى قول القاضي صحة الحوالة؛ لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه، ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدين، وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقترض.

وإن كانت بالعكس، فاحتال المقرض بإبل الدية، لم تصح؛ لأننا إن قلنا: تجب القيمة في القرض. فقد اختلف الجنس. وإن قلنا: يجب المثل. فللمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمته، والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك.

(٣٥٥٨) فصل: الشرط الرابع، أن يحيل برضائه؛ لأن الحق عليه، فلا يلزمه أداؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه، ولا خلاف في هذا فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت، برئت ذمة المحيل، في قول عامة الفقهاء إلا ما يروى عن الحسن، أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه.

وعن زفر أنه قال: لا تنقل الحق. وأجراها مجرى الضمان، وليس بصحيح؛ لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق، بخلاف الضمان، فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة. فعلق على كل واحد مقتضاه، وما دل عليه لفظه. إذا ثبت أن الحق انتقل، فمتى رضي بها المحتال، ولم يشترط اليسار، لم يعد الحق إلى المحيل أبدا، سواء أمكن استيفاء الحق، أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك.

هذا ظاهر كلام الخرقي، وبه قال الليث، والشافعي، وأبو عبيد، وابن المنذر. وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلسا، ولم يعلم المحتال بذلك، فله الرجوع، إلا أن يرضى بعد العلم. وبه قال جماعة

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٩/٤

من أصحابنا، ونحوه قول مالك؛ لأن الفلس عيب في المحال عليه، فكان له الرجوع، كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة، ولأن المحيل غره، فكان له الرجوع، كما لو دلس المبيع.

وقال شريح، والشعبي، والنخعي: متي أفلس أو مات، رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة: يرجع عليه في حالين؛ إذا مات المحال عليه مفلسا، وإذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد: يرجع عليه في هاتين الحالتين، وإذا حجر عليه ںفلس؛ لأنه روي عن عثمان، أنه سئل عن رجل أحيل بحقه، فمات المحال عليه مفلسا فقال: يرجع بحقه، لا توى على مال امرئ مسلم.

ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاوضين، فكان له الفسخ، كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه. **ولنا**، أن حزنا جد سعيد بن المسيب، كان له على علي - رضي الله عنه - دين، فأحاله به، فمات المحال عليه، فأخبره، فقال: اخترت علينا، أبعدك الله. فأبعده بمجرد احتياله، ولم يخبره أن له الرجوع.

ولأنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه، ولا ممن يدفع عنه، فلم يكن فيها رجوع، كما لو أبرأه من الدين، وحديث عثمان لم يصح، يرويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان، ولم يصح سماعه." (١)

"فأما المحال عليه، فقال مالك: لا يعتبر رضاه، إلا أن يكون المحتال عدوه. وللشافعي في اعتبار رضائه قولان؛ أحدهما: يعتبر. وهو يحكي عن الزهري؛ لأنه أحد من تتم به الحوالة، فأشبه المحيل. والثاني: لا يعتبر؛ لأنه أقامه في القبض مقام نفسه، فلم يفتقر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» . ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقبيض فلزم المحال القبول، كما لو وكل رجلا في إبقائه، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضا؛ لأنه يعطيه غير ما وجب له، فلم يلزمه قبوله.

[فصل أحال رجلا على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو]

(٣٥٦٢) فصل: إذا أحال رجلا على زيد بألف، فأحاله زيد بها على عمر فالحوالة صحيحة؛ لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة، فصح أن يحيل به، كالأول. وهكذا لو أحال الرجل عمرا على زيد بما يثبت له في ذمته، صح أيضا؛ لما ذكرنا. وتكرر المحتال والمحيل لا يضر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٩٣

[فصل اشترى عبدا فأحال المشتري البائع بالثمن]

(٣٥٦٣) فصل: إذا اشترى عبدا، فأحال المشتري البائع بالثمن، ثم ظهر العبد حرا أو مستحقا، فالبيع باطل، والحوالة باطلة؛ لأننا تبينا أنه لا ثمن على المشتري، وإنما تثبت حريته ببينة أو اتفاقهم، فإن اتفق المحيل والمحال عليه على حريته، وكذبهما المحتال، ولا بينة بذلك، لم يقبل قولهما عليه؛ لأنهما يبطلان حقه، أشبه ما لو باع المشتري العبد، ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حرا، لم يقبل قولهما على المشتري الثاني، وإن أقاما بينة، لم تسمع؛ لأنهما كذباها بدخولهما في التبايع. وإن أقام العبد بينة بحريته، قبلت، وبطلت الحوالة.

وإن صدقهما المحتال، وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل صحة الحوالة، وهما يدعيان بطلانها. فكانت جنبته أقوى. فإن أقاما البينة أن الحوالة كانت بالثمن، قبلت؛ لأنهما لم يكذباها. وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد، وكذبهما المحال عليه، لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد؛ لأنه إقرار على غيرهما، وتبطل الحوالة؛ لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع، والمحال عليه يعترف للمحتال بدين لا يصدقه فيه، فلا يأخذ منه شيئا.

وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق؛ لإقرار من هو في يده بحريته، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل؛ لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته، فلم يكن له الرجوع عليه.

[فصل اشترى عبدا فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر]

(٣٥٦٤) فصل: وإن اشترى عبدا، فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر، فقبضه من المحال عليه، ثم رد المشتري العبد بعيب، أو مقايلة، أو اختلاف في ثمن، فقد برئ المحال عليه؛ لأنه قبض منه بإذنه، ويرجع المشتري على البائع. وإن رده قبل القبض، فقال القاضي: تبطل الحوالة، ويعود المشتري إلى ذمة." (١)

"والأصل في جوازه، الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] . وقال ابن عباس: الزعيم الكفيل. وأما السنة فما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «الزعيم غارم» رواه أبو داود، والترمذي. وقال: حديث حسن، وروى البخاري،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٣٩٥

عن سلمة بن الأكوع، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي برجل ليصلي عليه، فقال: هل عليه دين؟ قالوا: نعم، ديناران. قال: هل ترك لهما وفاء؟ قالوا: لا، فتأخر، فقيل: لم لا تصل عليه؟ : فقال: ما تنفعه صلاتي وذمته مرهونة؟ ألا إن قام أحدكم فضمنه. فقام أبو قتادة، فقال: هما علي يا رسول الله، فصلى عليه النبي - صلى الله عليه وسلم -» . وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة.

وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا، فإنه يقال: ضمين، وكفيل، وقبيل، وحميل، وزعيم، وصبير، بمعني واحد. ولا بد في الضمان من ضامن، ومضمون عنه، ومضمون له. ولا بد من رضى الضامن، فإن أكره على الضمان لم يصح، ولا يعتبر رضى المضمون عنه. لا نعلم فيه خلافا. لأنه لو قضي الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه. ولا يعتبر رضى المضمون له.

وقال أبو حنيفة ومحمد: يعتبر؛ لأنه إثبات مال لآدمي، فلم يثبت إلا برضاه أو رضى من ينوب عنه، كالبيع والشراء. وعن أصحاب الشافعي كالمذهبين. **ولنا**، أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون عنه، فأجازه النبي - صلى الله عليه وسلم - وكذلك روي عن علي. - رضي الله عنه - ولأنهما وثيقة لا يعتبر فيها قبض، فأشبهت الشهادة، ولأنه ضمان دين، فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب، وقد سلموه.

(٣٥٧١) فصل: ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن. وقال القاضي: يعتبر معرفتهما، ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه أولا؟ وليعرف المضمون له، فيؤدي إليه. وذكر وجها آخر، أنه تعتبر معرفة المضمون له لذلك. ولا تعتبر معرفة المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينه وبينه. ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه. **ولنا**، حديث علي وأبي قتادة، فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عمن لم يعرفاه. ولأنه تبرع بالتزام مال، فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به، كالنذر.

[فصل ضمان المجهول]

فصل: وقد دلت مسألة الخرقي على أحكام؛ منها، صحة ضمان المجهول؛ لقوله: ما أعطيته فهو علي. وهذا مجهول فمتى قال: أنا ضامن لك مالك على فلان، أو ما يقضى به عليه، أو ما تقوم به البينة، أو يقر به لك، أو ما يخرج في روز مانحك.." (١)

"صح الضمان. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك. وقال الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، والشافعي، وابن المنذر: لا يصح؛ لأنه التزام مال، فلم يصح مجهولا، كالثمن في المبيع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٠٠

ولنا، قول الله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] ، وحمل البعير غير معلوم؛ لأن حمل البعير يختلف باختلافه، وعموم قوله – عليه السلام –: «الزعيم غارم» ، ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة، فصح في المجهول، كالنذر والإقرار، ولأنه يصح تعليقه بضرر وخطر، وهو ضمان العهدة. وإذا قال: ألق متاعك في البحر، وعلي ضمانه. أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء، وعلي ضمانها. فصح المجهول، كالعتق والطلاق.

ومنها صحة ضمان ما لم يجب، فإن معنى قوله: " ما أعطيته "، أي ما يعطيه في المستقبل، بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه، فيدل على أنه غيره، ولو كان " ما أعطيته " في الماضي، كان معنى المسألتين سواء، أو إحداهما داخلة في الأخرى. والخلاف في هذه المسألة ودليل القولين، كالتي قبلها، إلا أنهم قالوا: الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء، فلا ضم فيه، فلا يكون ضمانا. قلنا: قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه، وأن ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته. وهذا كاف.

وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله: ألق متاعك في البحر، وعلي ضمانه. وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل، وما وجب شيء بعد.

ومنها، أن الضمان إذا صح لزم الضامن من أداء ما ضمنه، وكان للمضمون له مطالبته. ولا نعلم في هذا خلافا. وهو فائدة الضمان، وقد دل قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «والزعيم غارم» . واشتقاق اللفظ.

ومنها صحة الضمان عن كل وجب عليه حق، حيا كان أو ميتا، مليئا أو مفلسا؛ لعموم لفظه فيه. وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة: لا يصح ضمان دين الميت، إلا أن يخلف وفاء، فإن خلف بعض الوفاء، صح ضمانه بقدر ما خلف؛ لأنه دين ساقط، فلم يصح ضمانه، كما لو سقط بالأبراء، ولأن ذمته قد خربت خرابا لا تعمر بعده، فلم يبق فيها دين، والضمان: ضم ذمة إلى ذمة في التزامه. **ولنا**، حديث أبي قتادة وعلي، فإنهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء.

والنبي – صلى الله عليه وسلم – حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة، بقوله: «ألا قام أحدكم فضمنه؟» وهذا صريح في المسألة، ولأنه دين ثابت، فصح ضمانه، كما لو خلف وفاء، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل

بقضاء دينه، جاز لصاحب الدين اقتضاؤه، ولو ضمنه حيا ثم مات، لم تبرأ ذمة الضامن، ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن، وفي هذا انفصال عما ذكروه.." (١)

"ومنها، صحة الضمان في كل حق، أعني من الحقوق المالية الواجبة، أو التي تئول إلى الوجوب، كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده؛ لأن هذه الحقوق لازمة، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها، كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار، ويجوز أن يسقط برد بعيب أو مقايلة. وبهذا كله قال الشافعي.

[فصل ما يصح ضمانه]

(٣٥٧٣) فصل: فيما يصح ضمانه: ويصح ضمان الجعل في الجعالة، وفي المسابقة والمناضلة. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: لا يصح ضمانه؛ لأنه لا يئول إلى اللزوم، فلم يصح ضمانه، كما في الكتابة. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] . ولأنه يئول إلى اللزوم إذا عمل العمل، وإنما الذي لا يلزم العمل، والمال يلزم بوجوده، والضمان للمال دون العمل.

ويصح ضمان أرش الجناية، سواء كانت نقودا كقيم المتلفات، أو حيوانا كالديات. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها؛ لأنه مجهول. وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول، ولأن الإبل الواجبة في الذمة معلومة الأسنان والعدد، وجهالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر؛ لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة، وكذلك غيرها من الحيوان، ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالإتلاف، فلم يمنع وجوبه بالالتزام.

ويصح ضمان نفقة الزوجة، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة؛ لأن نفقة اليوم واجبة، والمستقبلة مآلها إلى اللزوم، ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب. وقال القاضي: إذا ضمن نفقة المستقبل، لم تلزمه إلا نفقة المعسر؛ لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار.

وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه: يصح ضمانها. **ولنا**، أنه يصح ضمان ما لم يجب، واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها، بدليل الجعل في الجعالة، والصداق قبل الدخول، والمبيع في مدة الخيار. فأما النفقة في الماضي، فإن كانت واجبة، إما بحكم الحاكم بها، أو قلنا: بوجوبها بدون حكمه، صح ضمانها، وإلا فلا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/ ٤٠١

ويصح ضمان مال السلم، في إحدى الروايتين. والأخرى لا يصح؛ لأنه يؤدي إلى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم إليه، فلم يجز، كالحوالة به. والأول أصح؛ لأنه دين لازم فصح ضمانه، كالأجرة وثمن المبيع. ولا يصح ضمان مال الكتابة، في إحدى الروايتين. وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم. والأخرى: يصح؛ لأنه دين على المكاتب، فصح ضمانه، كسائر الديون عليه.

والأولى أصح؛ لأنه ليس بلازم. ولا مآله إلى اللزوم، فإن للمكاتب تعجيز نفسه، والامتناع عن أدائه، فإذا لم يلزم الأصيل، فالضمين أولى. ويصح ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعارية. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي في أحد القولين، وقال في." (١)

"**ولنا**، أنه دين مؤجل، فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل، كما لو لم يمت.

وقوله: أدخله فيه. قلنا: إنما أدخله في المؤجل، وحلوله بسبب من جهته، فهو كما لو قضى قبل الأجل.

[مسألة لا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن]

مسألة؛ قال: (ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن) يعني أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان، كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض، بل يثبت الحق في ذمة الضامن، مع بقائه في ذمة المضمون عنه، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت. وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور: الكفالة والحوالة سواء، وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل.

وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: «كنا مع النبي - صلى الله عليه وسلم - في جنازة، فلما وضعت، قال: هل على صاحبكم من دين؟ قالوا: نعم، درهمان فقال: صلوا على صاحبكم. فقال علي: هما علي يا رسول الله، وأنا لهما ضامن. فقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فصلى عليه، ثم أقبل على علي: فقال: جزاك الله خيرا عن الإسلام، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك. فقيل: يا رسول الله، هذا لعلي خاصة، أم للناس عامة؟ فقال: للناس عامة» . رواه الدارقطني. فدل على أن المضمون عنه برئ بالضمان.

وروى الإمام أحمد في " المسند "، عن جابر، قال: «توفي صاحب لنا، فأتينا النبي - صلى الله عليه وسلم - ليصلي عليه، فخطا خطوة، ثم قال: أعليه دين؟ قلنا: ديناران. فانصرف، فتحملهما أبو قتادة. فقال:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٠٢

الديناران علي. فقال. رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: وجب حق الغريم، وبرئ الميت منهما؟ قال: نعم. فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك: ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس. قال: فعاد إليه من الغد، فقال: قد قضيتهما. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: الآن بردت جلدته» . وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله: " وبرئ الميت منهما ".

ولأنه دين واحد، فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه، كالمحال به؛ وذلك لأن الدين الواحد لا يحل في محلين. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» . وقوله في خبر أبي قتادة: " الآن بردت جلده ". حين أخبره أنه قضى دينه، ولأنها وثيقة، فلا تنقل الحق، كالشهادة. وأما صلاة النبي – صلى الله عليه وسلم – على المضمون عنه، فلأنه بالضمان صار له وفاء، وإنما كان النبي – صلى الله عليه وسلم – يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء.

وأما قوله لعلي: «فك الله رهانك، كما فككت رهان أخيك» . فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي – صلى الله عليه وسلم – فلما ضمنه فكه من ذلك، أو مما في معناه. وقوله: " برئ الميت منهما " أي صرت أنت المطالب بهما. وهذا على سبيل التأكيد؛." (١)

"لهذا، أو تطوع عليه. وإذا كان مخالطا له رجع استحسانا؛ لأنه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه. **ولنا**، أنه ضمن ودفع بأمره، فأشبه إذا كان مخالطا له، أو قال: اضمن عني.

وما ذكراه ليس بصحيح؛ لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه، وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه، بدليل المخالط له، فيجب عليه أداء ما أدى عنه، كما لو صرح به. الحال الثاني، ضمن بأمره، وقضى بغير أمره، فله الرجوع أيضا. وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه.

والوجه الثاني: لا يرجع به؛ لأنه دفع بغير أمره، أشبه ما لو تبرع به. الثالث، أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه، فدفع ما عليه، رجع، وإلا فلا؛ لأنه تبرع بالدفع. **ولنا**، أنه إذا أذن في الضمان، تضمن ذلك إذنه في الأداء؛ لأن الضمان يوجب عليه الأداء، فيرجع عليه، كما لو أذن في الأداء صريحا. الحال الثالث، ضمن بغير أمره، وقضى بأمره، فله الرجوع أيضا. وظاهر مذهب

الشافعي أنه لا يرجع؛ لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه. **ولنا**: أنه أدى دينه بأمره، فرجع عليه، كما لو لم يكن ضامنا، أو كما لو ضمن بأمره. وقولهم: إن إذنه في القضاء انصرف إلى ما وجب

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٨/٤

بضمانه.

قلنا: الواجب بضمانه إنما هو أداء دينه، وليس هو شيئا آخر، فمتى أداه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله. الحال الرابع، ضمن بغير أمره، وقضى بغير أمره، ففيه روايتان؛ إحداهما، يرجع بما أدى. وهو قول مالك، وعبد الله بن الحسن وإسحاق. والثانية، لا يرجع بشيء.

وهو قول أبي حنيفة والشافعي، وابن المنذر، بدليل حديث علي وأبي قتادة، فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت، صار الدين لهما، فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما، كاشتغالها بدين المضمون عنه، ولم يصل عليه النبي - صلى الله عليه وسلم - ولأنه تبرع بذلك، أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره. ووجه الأولى، أنه قضاء مبرئ من دين واجب، فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه.

فأما علي وأبو قتادة، فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان، فإنهما قضيا دينه قصدا لتبرئة ذمته، ليصلي عليه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مع علمهما بأنه لم يترك وفاء، والمتبرع لا يرجع بشيء، وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع.

[فصل يرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين]

(٣٥٨٤) فصل: ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين؛ لأنه إن كان الأقل الدين، فالزائد لم يكن واجبا، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل، فإنما يرجع بما غرم،." (١)

"الروايتين، فإن أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان، ولم يأذن له الضامن الأول، رجع على المضمون عنه، ولم يرجع على الضامن؛ لأنه إنما يرجع على من أذن له دون غيره.

[فصل له ألف على رجلين على كل واحد منهما نصفه]

(٣٥٨٨) فصل: إذا كان له ألف على رجلين، على كل واحد منهما نصفه، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه، فأبرأ الغريم أحدهما من الألف، برئ منه، وبرئ صاحبه من ضمانه، وبقي عليه خمسمائة. وإن قضاه أحدهما خمسمائة، أو أبرأه الغريم منها، وعين القضاء بلفظه أو ببينة عن الأصل والضمان، انصرف إليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤١١

وإن أطلق، احتمل أن له صرفها إلى ما شاء منهما، كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر، كان له صرفها إلى ما شاء منهما، واحتمل أن يكون نصفها عن الأصل، ونصفها عن الضمان؛ لأن إطلاق القضاء والإبراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته، فيكون بينهما، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته، وفي الإبر اء لفظ المبرئ ونيته، ومتى اختلفوا في ذلك، فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته.

[فصل ادعى ألفا على حاضر وغائب]

(٣٥٨٩) فصل: ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب، وأن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه، فاعترف الحاضر بذلك، فله أخذ الألف منه، فإذا قدم الغائب فاعترف، رجع عليه صاحبه بنصفه، وإن أنكر، فالقول قوله مع يمينه، وإن أنكر الحاضر، فالقول قوله مع يمينه، فإن قامت عليه بينة فاستوفى الألف منه، لم يرجع على الغائب بشيء؛ لأنه بإنكاره معترف أنه لا حق له عليه، وإنما المدعي ظلمه. وإن اعترف الغائب وعاد الحاضر عن إنكاره، فله أن يستوفي منه؛ لأنه يدعي عليه حقا يعترف له به، فكان له أخذه منه.

وإن لم يقم على الحاضر بينة، حلف وبرئ، فإذا قدم الغائب فأنكر أيضا وحلف، برئ، وإن اعترف، لزمه دفع الألف. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يلزمه إلا خمس المائة الأصلية دون المضمونة؛ لأنها سقطت عن المضمون عنه بيمينه، فتسقط عن ضامنه. **ولنا**، أنه يعترف بها وغريمه يدعيها، واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر، ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته، ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه، لزمه، ولزم الضامن.

[فصل ادعى الضامن أنه قضى الدين]

(٣٥٩٠) فصل: وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين، فأنكر المضمون له، ولا بينة له، فالقول قول المضمون له؛ لأنه ادعى تسليم المال إلى من لم يأمنه، فكان القول قول المنكر، وله مطالبة من شاء منهما، فإن رجع على المضمون عنه، فهل يرجع الضامن بما قضاه عنه؟ نظرنا؛ فإن لم يعترف له بالقضاء، لم يرجع عليه، وإن اعترف له بالقضاء، وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه، لم يرجع بشيء، سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه؛ لأنه أذن له في قضاء مبرئ ولم يوجد، وإن قضاه ببينة، ثبت بها الحق، لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه؛ لأنه معترف أنه ما قصر." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤١٣

"كفل بشرط الخيار، لزمته الكفالة، وبطل الشرط؛ لأنه وصل بإقراره ما يبطله، فأشبه استثناء الكل.

[فصل ضمن رجلان عن رجل ألفا]

(٣٥٩٢) فصل: وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا، ضمان اشتراط فقالا: ضمنا لك الألف الذي على زيد. فكل واحد منهما ضامن لنصفه. وإن كانوا ثلاثة، فكل واحد منهم ضامن ثلثه. فإن قال واحد منهم: أنا وهذان ضامنون لك الألف. فسكت الآخران، فعليه ثلث الألف، ولا شيء عليهما. وإن قال كل واحد منهم: كل واحد منا ضامن لك الألف.

فهذا ضمان اشتراك وانفراد، وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله إن شاء. وإن أدى أحدهم الألف كله، أو حصته. لم يرجع إلا على المضمون عنه؛ لأن كل واحد منهم ضامن أصلي، وليس بضامن عن الضامن الآخر.

[مسألة من كفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها]

(٣٥٩٣) مسألة؛ قال. (ومن كفل بنفس لزمه ما عليها إن لم يسلمها) وجملة ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة، في قول أكثر أهل العلم. هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة. وقال الشافعي في بعض أقواله: الكفالة بالبدن ضعيفة. واختلف أصحابه، فمنهم من قال: هي صحيحة قولا واحدا.

وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس، وإن كانت ثابتة بالإجماع والأثر. ومنهم من قال: فيها قولان؛ أحدهما، أنها غير صحيحة؛ لأنها كفالة بعين، فلم تصح، كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين. **ولنا**، قول الله تعالى ﴿قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم﴾ [يوسف: ٦٦] ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة، كالمال. إذا ثبت هذا، فإنه متى تعذر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته، أو امتنع من إحضاره، لزمه ما عليه. وقال أكثرهم: لا يغرم.

ولنا عموم قوله - عليه السلام -: «الزعيم غارم» . ولأنها أحد نوعي الكفالة، فوجب بها الغرم، كالكفالة بالمال.

[فصل قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو ببدنه]

(٣٥٩٤) فصل: وإذا قال: أنا كفيل بفلان، أو بنفسه، أو ببدنه، أو بوجهه، كان كفيلا به. وإن كفل برأسه أو كبده، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه، أو بجزء شائع منه، كثلثه أو ربعه، صحت الكفالة؛ لأنه لا يمكنه

إحضار ذلك إلا بإحضاره كله.

وإن تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله، كيده ورجله، ففيه وجهان؛ أحدهما، تصح الكفالة. وهو قول أبي الخطاب، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأنه لا يمكنه." (١)

"إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله، فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه، ولأنه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض، كالطلاق والعتاق. والثاني، لا يصح؛ لأنه يمكن إحضاره بدون الجملة مع بقائها. وقال القاضي: لا تصح الكفالة ببعض البدن، ولا تصح إلا في جميعه؛ لأن ما لا يسري لا يصح إذا خص به عضو، كالبيع والإجارة.

[فصل الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم]

(٣٥٩٥) فصل: وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم، سواء كان الدين معلوما أو مجهولا؛ وقال بعض أصحاب الشافعية: لا تصح بمن عليه دين مجهول؛ لأنه قد يتعذر إحضار المكفول به، فيلزمه الدين، ولا يمكن طلبه منه لجهله.

ولنا، أن الكفالة بالبدن لا بالدين، والبدن معلوم، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض، ولأنا قد تبينا أن ضمان المجهول يصح، وهو التزام المال ابتداء، فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى. وتصح الكفالة بالصبي والمجنون؛ لأنهما قد يجب إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف، وإذن وليهما يقوم مقام إذنهما.

وتصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب. وقال أبو حنيفة: لا تصح. **ولنا**، أن كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس، كالرهن والضمان، ولأن الحبس لا يمنع من التسليم، لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم، أو أمر من حبسه، ثم يعيده إلى الحبس بالحقين جميعا، والغائب يمضي إليه فيحضره إن كانت الغيبة غير منقطعة، وهو أن يعلم خبره، وإن لم يعلم خبره، لزمه ما عليه: قاله القاضي.

وقال في موضع آخر: لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها، فلا يفعل.

[فصل الكفالة ببدن من عليه حد]

(٣٥٩٦) فصل: ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد، سواء كان حقا لله تعالى، كحد الزنى والسرقة، أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤١٥

لآدمي كحد القذف والقصاص. وهذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم شريح والحسن. وبه قال إسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى، واختلف قوله في حدود الآدمي، فقال في موضع: لا كفالة في حدود الآدمي ولا لعان. وقال في موضع: تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد؛ لأنه حق لآدمي، فصحت الكفالة به، كسائر حقوق الآدميين.

ولنا، ما روي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال «لا كفالة في حد» . ولأنه حد، فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى، ولأن الكفالة استيثاق، والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات، فلا يدخل فيها الاستيثاق، ولأنه حق." (١)

"لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه، إحضار المكفول به، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه، كحد الزنى.

[فصل الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة]

(٣٥٩٧) فصل: ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة؛ لأن الحضور لا يلزمه. فلا تجوز الكفالة به، كدين الكتابة.

[فصل الكفالة حالة ومؤجلة]

(٣٥٩٨) فصل: وتصح الكفالة حالة ومؤجلة، كما يصح الضمان حالا ومؤجلا، وإذا أطلق كانت حالة؛ لأن كل عقد يدخله الحلول اقتضى إطلاقه الحلول، كالثمن والضمان، فإذا تكفل حالا كان له مطالبته بإحضاره، فإن أحضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه، ولم يلزم المكفول له تسلمه؛ لأنه لا يحصل له غرضه. وإن لم يكن يد حائلة، لزمه قبوله، فإن قبله برئ من الكفالة.

وقال ابن أبي موسى: لا يبرأ حتى يقول: قد برئت إليك منه. أو قد سلمته إليك. أو قد أخرجت نفسي من كفالته. والصحيح الأول؛ لأنه عقد على عمل، فبرئ منه بالعمل المعقود عليه، كالإجارة، فإن امتنع من تسلمه برئ، لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه، فبرئ منه كالمسلم فيه. وقال بعض أصحابنا: إذا امتنع من تسلمه، أشهد على امتناعه رجلين، وبرئ؛ لأنه فعل ما وقع العقد على فعله، فبرئ منه. وقال القاضي: يرفعه إلى الحاكم فيسلمه إليه؛ فإن لم يجد حاكما أشهد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤١٦

شاهدين على إحضاره وامتناع المكفول له من قبوله.

والأول أصح؛ فإن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه، كحاكم أو غيره. وإن كانت الكفالة مؤجلة، لم يلزم إحضاره قبل الأجل، كالدين المؤجل، فإذا حل الأجل فأحضره وسلمه برئ. وإن كان غائبا أو مرتدا لحق بدار الحرب، لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه وإعادته.

وقال ابن شبرمة: يحبس في الحال؛ لأن الحق قد توجه عليه. **ولنا**، أن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمكان التسليم. وإن كان حالا كالدين، فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه، أخذ بما عليه. وقال أصحاب الشافعي: إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه، لم يطالب الكفيل بإحضاره، ولم يلزمه شيء، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه حبس. وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى. وإن أحضر المكفول به قبل الأجل، ولا ضرر في تسليمه، لزمه.

وإن كان فيه ضرر، مثل أن تكون حجة الغريم غائبة، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم، أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه، أو قد وعده بالإنظار في تلك المدة، لم يلزمه قبوله، كما نقول في من دفع الدين المؤجل قبل حلوله

[فصل عين في الكفالة تسليمه في مكان ثم أحضره في غيره]

(٣٥٩٩) فصل: وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان، فأحضره في غيره، لم يبرأ من الكفالة.." (١)

"وإلا فما عليه علي. فقال: لا أدري، ولكن إن قال: ساعة كذا. لزمه. فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت، ولعله أراد وقتا متسعا، أو وقت شيء يحدث، مثل وقت الحصاد ونحوه. فأما إن قال: وقت طلوع الشمس، ونحو ذلك، صح. وإن قال: إلى الغد أو شهر كذا. تعلق بأوله، على ما ذكرنا في السلم.

[فصل تكفل برجل إلى أجل]

فصل: وإذا تكفل برجل إلى أجل، إن جاء به فيه، وإلا لزمه ما عليه، صح. وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف: وقال محمد بن الحسن والشافعي: لا تصح الكفالة، ولا يلزمه ما عليه؛ لأن هذا تعليق الضمان بخطر فلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤١٧

يصح، كما لو علقه بقدوم زيد. **ولنا**، أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها، فصح اشتراطه، كما لو قال: إن جئت به في وقت كذا، وإلا فلك حبسي.

ومبنى الخلاف هاهنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة، وقد دللنا عليه. وأما إن قال: إن جئت به في وقت كذا، وإلا فأنا كفيل ببدن فلان، أو فأنا ضامن لك م ا لك على فلان. أو قال: إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه. أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان. أو قال: أنا كفيل بفلان شهرا. فقال القاضي: لا تصح الكفالة.

وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن؛ لأن ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به، كمجيء المطر وهبوب الريح، ولأنه إثبات حق لآدمي معين، فلم يجز تعليقه على شرط، ولا توقيته، كالهبة. وقال الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب: تصح، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجود، فيجب أن يصح، كضمان الدرك. والأول أقيس. فإن قال: كفلت بفلان إن جئت به في وقت كذا. وإلا فأنا كفيل بفلان، أو ضامن المال الذي على فلان. لم يصح فيهما عند القاضي؛ لأن الأول مؤقت، والثاني معلق على شرط.

وقال أبو الخطاب: يصح فيهما. فأما إن قال: كفلت بأحد هذين الرجلين. لم يصح في قولهم جميعا؛ لأنه غير معلوم في الحال ولا في المآل.

[فصل قال كفلت ببدن فل ا ن على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة]

(٣٦٠٢) فصل: فإن قال: كفلت ببدن فلان، على أن يبرأ فلان الكفيل. أو على أن تبرئه من الكفالة؛ لم يصح؛ لأنه شرط شرطا لا يلزم الوفاء به، فيكون فاسدا وتفسد الكفالة به. ويحتمل أن تصح الكفالة؛ لأنه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل إليه. فعلى هذا لا تلزمه الكفالة، إلا أن يبرئ المكفول له الكفيل الأول؛ لأنه إنما كفل بهذا الشرط، فلا تثبت كفالته بدون شرطه. وإن قال: كفلت لك بهذا الغريم، على أن تبرئني من الكفالة بفلان.

أو ضمنت لك هذا الدين، بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر، أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان. خرج فيه الوجهان، والأولى أنه لا يصح؛ لأنه شرط فسخ عقد في عقد، فلم يصح، كالبيع بشرط فسخ بيع آخر. وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر، أو يضمن دينا عليه، أو يبيعه شيئا عينه، أو يؤجره داره، لم يصح؛ لما ذكرنا.

[فصل تكفل اثنان بواحد]

(٣٦٠٣) فصل: ولو تكفل اثنان بواحد، صح. وأيهم قضى الدين برئ الآخران؛ لما ذكرنا في الضمان. وإن سلم المكفول به نفسه، برئ كفيلاه؛ لأنه أتى بما يلزم الكفيلين، وهو إحضار نفسه، فبرئت ذمتهما، كما لو قضى الدين. وإن أحضر أحد الكفيلين، لم يبرأ الآخر؛ لأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء، فلم تنحل الأخرى، كما لو أبرأ أحدهما، أو انفك أحد الرهنين من قضاء الحق. وفارق ما إذا سلم المكفول به نفسه؛ لأنه أصل لهما، فإذا برئ الأصل مما تكفل به عنه، برئ فرعاه." (١)

"والشعبي وحماد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة، والشافعي.

وقال الحكم ومالك والليث: يجب على الكفيل غرم ما عليه. وحكي ذلك عن ابن شريح؛ لأن الكفيل وثيقة بحق، فإذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن، ولأنه تعذر إحضاره، فلزم كفيله ما عليه، كما لو غاب. **ولنا**، أن الحضور سقط عن المكفول به، فبرئ الكفيل، كما لو برئ من الدين. ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الأصل، فبرئ الفرع، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين، أو أبرئ منه، وفارق ما إذا غاب، فإن الحضور لم يسقط عنه، ويفارق الرهن؛ فإنه علق به المال، فاستوفي منه.

[فصل قال الكفيل قد برئ المكفول به من الدين]

(٣٦٠٨) فصل: إذا قال الكفيل: قد برئ المكفول به من الدين، وسقطت الكفالة. أو قال: لم يكن عليه دين حين كفلته. فأنكر المكفول له، فالقول قوله؛ لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين، وعليه اليمين، فإن نكل، قضي عليه.

ويحتمل أن لا يستحلف فيما إذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لا دين عليه؛ لأن الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه، فإن من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر. والأول أولى؛ لأن ما ادعاه محتمل.

[فصل قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة]

(٣٦٠٩) فصل: وإذا قال المكفول له للكفيل: أبرأتك من الكفالة. برئ؛ لأنه حقه، فيسقط بإسقاطه، كالدين. وإن قال: قد برئت إلي منه. أو قد رددته إلي. برئ أيضا؛ لأنه معترف بوفاء الحق، فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان. وكذلك إذا قال: برئت من الدين الذي كفلت به. يبرأ الكفيل في هذه المواضع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤١٩

دون المكفول به. ولا يكون إقرارا بقبض الحق. وهذا قول محمد بن الحسن. وقيل: يكون إقرارا بقبض الحق، فيما إذا قال: برئت من الدين الذي كفلت به.

والأول أصح؛ لأنه يمكن براءته بدون قبض الحق، بإبراء المستحق، أو موت المكفول به. فأما إن قال للمكفول به: أبرأتك عما لي قبلك من الحق. أو برئت من الدين الذي قبلك. فإنه يبرأ من الحق، وتزول الكفالة؛ لأنه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله. وإن قال: برئت من الدين الذي كفل به فلان. برئ، وبرئ كفيله.

[فصل كان لذمي على ذمي خمر]

(٣٦١٠) فصل: وإذا كان لذمي على ذمي خمر، فكفل به ذمي آخر، ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه، برئ الكفيل والمكفول عنه. وقال أبو حنيفة: إذا أسلم المكفول عنه، لم يبرأ واحد منهما، ويلزمهما قيمة الخمر؛ لأنه كان واجبا، ولم يوجد إسقاط ولا استيفاء، ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه، فبقي بحاله. **ولنا**، أن المكفول به مسلم، فلم يجب عليه الخمر، كما لو كان مسلما قبل الكفالة. وإذا برئ المكفول به، برئ كفيله. كما لو أدى الدين أو أبرئ منه، ولأنه لو أسلم المكفول له، برئا جميعا، وكذلك." (١)

"إذا أسلم المكفول به. وإن أسلم الكفيل وحده، برئ من الكفالة؛ لأنه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم.

[فصل قال أعط فلانا ألفا ففعل]

(٣٦١١) فصل: فإذا قال: أعط فلانا ألفا. ففعل، لم يرجع على الآمر، ولم يكن له ذلك كفالة، ولا ضمانا إلا أن يقول: أعطه عني. وقال أبو حنيفة: يرجع عليه إذا كان خليطا له؛ لأن العادة أن يستقرض من خليطه. **ولنا**، أنه لم يقل: أعطه عني. فلم يلزمه الضمان، كما لو لم يكن خليطا. ولا يلزم إذا كان له عليه مال، فقال: أعطه فلانا. حيث يلزمه؛ لأنه لا يلزمه لأجل هذا القول، بل لأن عليه حقا يلزمه؛ أداؤه.

(٣٦١٢) فصل: إذا كانت السفينة في البحر، وفيها متاع، فخيف غرقها، فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف، لم يرجع به على أحد، سواء ألقاه محتسبا بالرجوع أو متبرعا؛ لأنه أتلف مال نفسه باختياره

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٢١

من غير ضمان. فإن قال له بعضهم: ألق متاعك. فألقاه فكذلك؛ لأنه لا يكرهه على إلقائه، ولا ضمن له. وإن قال: ألقه، وعلي ضمانه. فألقاه، فعلى القائل ضمانه. ذكره أبو بكر؛ لأن ضمان ما لم يجب صحيح. وإن قال: ألقه، وأنا وركبان السفينة ضمناء له. ففعل. فقال أبو بكر يضمنه القائل وحده، إلا أن يتطوع بقيتهم. قال القاضي: إن كان ضمان اشتراك، فليس عليه إلا ضمان حصته؛ لأنه لم يضمن الجميع، إنما يضمن حصته، وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره، فلزمته حصته، ولم يقبل قوله في حق الباقين، وإن كان ضمان اشتراك وانفراد، بأن يقول: كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته.

لزم القائل ضمان الجميع، وسواء قال هذا والباقون يسمعون فسكتوا، أو قالوا: لا نفعل. أو لم يسمعوا؛ لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق.

[فصل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلين]

(٣٦١٣) فصل: قال مهنا: سألت أحمد، عن رجل له على رجل ألف درهم، فأقام بها كفيلين، كل واحد منهما كفيل ضامن، فأيهما شاء أخذه بحقه، فأحال رب المال عليه رجلا بحقه؟ فقال: يبرأ الكفيلان. قلت: فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئا؟ قال: لا شيء له، ويذهب الألف.." (١)

"[كتاب الشركة] [الشركة على ضربين شركة أملاك وشركة عقود]

الشركة: هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف.

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] . وقال الله تعالى: ﴿وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم﴾ [ص: ٢٤] . والخلطاء. هم الشركاء.

ومن السنة، ما روي «أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان نسيئة فردوه.» وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «يقول الله: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه، خرجت من بينهما» . رواه أبو داود. وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «، أنه قال: يد الله على الشريكين ما لم يتخاونا» . وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواع منها نبينها إن شاء الله تعالى. والشركة على ضربين: شركة أملاك، وشركة عقود. وهذا الباب لشركة

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٤٢٢

العقود. وهي أنواع خمسة؛ شركة العنان، والأبدان، والوجوه، والمضاربة، والمفاوضة. ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف؛ لأنه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال، كالبيع.

(٣٦١٤) فصل قال أحمد: يشارك اليهودي والنصراني، ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون هو الذي يليه؛ لأنه يعمل بالربا. وبهذا قال الحسن والثوري وكره الشافعي مشاركتهم مطلقا؛ لأنه روي عن عبد الله بن عباس، أنه قال: أكره أن يشارك المسلم اليهودي.

ولا يعرف له مخالف في الصحابة، ولأن مال اليهودي والنصراني ليس بطيب، فإنهم يبيعون الخمر، ويتعاملون بالربا، فكرهت معاملتهم. **ولنا**، ما روى الخلال بإسناده، عن عطاء قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن مشاركة اليهودي والنصراني، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم» . ولأن العلة في كراهة ما خلوا به، معاملتهم بالربا، وبيع الخمر والخنزير، وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه.

وقول ابن." (١)

"في هذه الأشياء؛ لأن من أخذها ملكها.

وقال الشافعي شركة الأبدان كلها فاسدة؛ لأنها شركة على غير مال. فلم تصح. كما لو اختلفت الصناعات.

ولنا، ما روى أبو داود والأثرم بإسنادهما، عن أبي عبيدة، عن عبد الله، قال: اشتركنا أنا وسعد وعمار يوم بدر، فلم أجئ أنا وعمار بشيء، وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد أقرهم عليه، وقال أحمد: أشرك بينهم النبي - صلى الله عليه وسلم -. فإن قيل: فالمغانم مشتركة بين الغانمين بحكم الله تعالى، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - وكان له أن يدفعها إلى من شاء.

فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا. قلنا: أما الأول، فالجواب عنه أن غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم، ولهذا نقل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من أخذ شيئا فهو له» . فكان ذلك من قبيل المباحات؛ من سبق إلى أخذ شيء فهو له.

ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب والنفل، إلا أن الأول أصح لقوله: جاء سعد بأسيرين، ولم أجئ أنا وعمار بشيء. وأما الثاني، فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لنبيه - عليه السلام - بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم، فأنزل الله تعالى: ﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾ [الأنفال: ١] . والشركة كانت قبل ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣/٥

ويدل على صحة هذا، أنها لو كانت لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – لم يخل؛ إما أن يكون قد أباحهم أخذها، فصارت كالمباحات، أو لم يبحها لهم، فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ . وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضا؛ لأنهم اشتركوا في مباح، وفيما ليس بصناعة، وهو يمنع ذلك، ولأن العمل أحد جهتي المضاربة، فصحت الشركة عليه كالمال، وعلى أبي حنيفة، أنهما اشتركا في مكسب مباح فصح، كما لو اشتركا في الخياطة والقصارة، ولا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات؛ فإنه يصح أن يستنيب في تحصيلها بأجرة، فكذلك يصح بغير عوض إذا تبرع أحدهما بذلك، كالتوكيل في بيع ماله.

(٣٦١٦) فصل: وتصح شركة الأبدان مع اتفاق الصنائع.

فأما مع اختلافها، فقال أبو الخطاب: لا تصح.." (١)

"وهو قول مالك؛ لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه، ويلزم صاحبه، ويطالب به كل واحد منهما، فإذا تقبل أحدهما شيئا مع اختلاف صنائعهما، لم يمكن الآخر أن يقوم به، فكيف يلزمه عمله، أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه، وقال القاضي: تصح الشركة؛ لأنهما اشتركا في مكسب مباح، فصح، كما لو اتفقت الصنائع، ولأن الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحذق فيها من الآخر، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله، ولم يمنع ذلك صحتها، فكذلك إذا اختلفت الصناعتان.

وقولهم: يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه. قال القاضي: يحتمل أن لا يلزمه ذلك؛ لأنهما كالوكيلين؛ بدليل صحتهما في المباح، ولا ضمان فيها. وإن قلنا: يلزمه. أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة، أو بمن يتبرع له بعمله. ويدل على صحة هذا، أنه لو قال أحدهما: أنا أتقبل وأنت تعمل. صحت الشركة، وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه.

[فصل قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل والأجرة بيني وبينك]

(٣٦١٧) فصل: وإذا قال أحدهما: أنا أتقبل، وأنت تعمل، والأجرة بيني وبينك. صحت الشركة. وقال زفر: لا تصح، ولا يستحق العامل المسمى، وإنما له أجرة المثل. **ولنا**، أن الضمان يستحق به الربح، بدليل شركة الأبدان، وتقبل العمل يوجب الضمان على المتقبل، ويستحق به الربح، فصار كتقبله المال في المضاربة، والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب، فينزل بمنزلة المضاربة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٥

[فصل الربح في شركة الأبدان]

(٣٦١٨) فصل والربح، في شركة الأبدان على ما اتفقوا عليه، من مساواة أو تفاضل؛ لأن العمل يستحق به الربح، ويجوز تفاضلهما في العمل، فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالأجرة، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما، وإلى أيهما دفعها برئ منها. وإن تلفت في يد أحدهما من غير تفريط، فهي من ضمانهما معا؛ لأنهما كالوكلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الأعمال فهو من ضمانهما، يطالب به كل واحد منهما، ويلزمه عمله؛ لأن هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان، ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان، فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه.

وقال القاضي: يحتمل أن لا يلزم أحدهما ما لزم الآخر؛ لما ذكرنا من قبل. وما يتلف بتعدي أحدهما أو تفريطه أو تحت يده، على وجه يوجب الضمان عليه، فذلك عليه وحده. وإن أقر أحدهما بما في يده، قبل عليه وعلى شريكه؛ لأن اليد له، فيقبل إقراره بما فيها، ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه، ولا بدين عليه؛ لأنه لا يد له على ذلك." (١)

"من المسمى بقدر حصته، في أحد الوجهين، وفي الآخر، يكون بينهم أرباعا، بناء على ما إذا تزوج أربعا بمهر واحد، أو كاتب أربعة أعبد بعوض واحد. وهل يكون العوض أرباعا، أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين.

[مسألة اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدنان بمال غيرهما]

(٣٦٢٦) مسألة؛ قال: (وإن اشترك بدنان بمال أحدهما، أو بدنان بمال غيرهما، أو بدن ومال، أو مالان وبدن صاحب أحدهما، أو بدنان بماليهما، تساوى المال أو اختلف، فكل ذلك جائز.) ذكر أصحابنا الشركة الجائزة أربعا، وقد ذكرنا نوعا منها؛ وهو شركة الأبدان، وبقي ثلاثة أنواع، ذكرها الخرقي في خمسة أقسام، ثلاثة منها المضاربة، وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما، أو بدن ومال، أو مالان وبدن صاحب أحدهما.

وقسم منها شركة الوجوه، وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما. وقال القاضي: معنى هذا القسم، أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة، فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما؛ لأنهما إذا أخذا المال

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٦

بجاههما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما، وهذا محتمل.
والذي قلنا له وجه؛ لكونهما اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما، واخترنا هذا التفسير؛ لأن كلام الخرقي بهذا التقدير يكون جامعا لأنواع الشركة الصحيحة، وعلى تفسير القاضي يكون مخلا بنوع منها، وهي شركة الوجوه، ويكون هذا المذكور نوعا من المضاربة، ولأن الخرقي ذكر الشركة بين اثنين، وهو صحيح على تفسيرنا، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة، وهو خلاف ظاهر قول الخرقي. والقسم الخامس إذا اشترك بدنان بماليهما، وهذه شركة العنان، وهي شركة متفق عليها.
فأما شركة الوجوه، فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بجاههما، وثقة التجار بهما، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك، فما قسم الله تعالى فهو بينهما، فهي جائزة، سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه، أو قدره، أو وقته، أو ذكر صنف المال، أو لم يعين شيئا من ذلك، بل قال: ما اشتريت من شيء فهو بيننا.
وقال أحمد، في رواية ابن منصور: في رجلين اشتركا بغير رءوس أموالهما، على أن ما يشتريه كل واحد منهما بينهما، فهو جائز. وبهذا قال الثوري، ومحمد بن الحسن، وابن المنذر، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال، أو صنفا من الثياب. وقال مالك والشافعي: يشترط ذكر شرائط الوكالة؛ لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك، من تعين الجنس وغيره من شرائط الوكالة. **ولنا**، أنهما اشتركا في الابتياع، وأذن كل واحد منهما للآخر فيه، فصح، وكان ما يتبايعانه بينهما، كما لو ذكر شرائط الوكالة.
وقولهم: إن الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع. ممنوع على رواية لنا، وإن سلمنا ذلك فإنما يعتبر في الوكالة المفردة، أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر." (١)
"والناس يشتركون بها من لدن النبي – صلى الله عليه وسلم – إلى زمننا من غير نكير. فأما العروض، فلا تجوز الشركة فيها، في ظاهر المذهب.
نص عليه أحمد، في رواية أبي طالب وحرب. وحكاه عنه ابن المنذر.
وكره ذلك ابن سيرين، ويحيى بن أبي كثير والثوري، والشافعي وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها، لا يجوز وقوعها على أعيانها؛ لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله، وهذه لا مثل لها، فيرجع إليه، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر، فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال، وقد تنقص قيمته، فيؤدي إلى أن يشاركه

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١١

الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها؛ لأن القيمة غير متحققة القدر، فيفضي إلى التنازع، وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته، ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه، فيشاركه الآخر في العين المملوكة له. ولا يجوز وقوعها على أثمانها؛ لأنها معدومة حال العقد ولا يملكانها، ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به، فقد خرج عن ملكه وصار للبائع، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به، فإنها تصير شركة معلقة على شرط، وهو بيع الأعيان، ولا يجوز ذلك.

وعن أحمد رواية أخرى، أن الشركة والمضاربة تجوز بالعروض، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال. قال أحمد: إذا اشتركا في العروض، يقسم الربح على ما اشترطا. وقال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضاربة بالمتاع؟ فقال: جائز. فظاهر هذا صحة الشركة بها.

اختار هذا أبو بكر، وأبو الخطاب. وهو قول مالك، وابن أبي ليلى. وبه قال في المضاربة طاوس، والأوزاعي، وحماد بن أبي سليمان؛ لأن مقصود الشركة جواز تصرفها في المالين جميعا، وكون ربح المالين بينهما، وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان، فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها، كالأثمان. ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد، كما أننا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها. وقال الشافعي: إن كانت العروض من ذوات الأمثال؛ كالحبوب والأدهان، جازت الشركة بها، في أحد الوجهين؛ لأنها من ذوات الأمثال، أشبهت النقود، ويرجع عند المفاصلة بمثلها.

وإن لم تكن من ذوات الأمثال، لم يجز، وجها واحدا؛ لأنه لا يمكن الرجوع بمثلها. **ولنا**، أنه نوع شركة، فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له، كالمضاربة، وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض، ولأنها ليست بنقد، فلم تصح الشركة بها، كالذي لا مثل له.

(٣٦٢٩) فصل: والحكم في النقرة كالحكم في العروض؛ لأن قيمتها تزيد وتنقص، فهي كالعروض.." (١)

"وكذلك الحكم في المغشوش من الأثمان، قل الغش أو كثر.

وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة إن كان الغش أقل من النصف، جاز، وإن كثر، لم يجز؛ لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول. **ولنا**، أنها مغشوشة، فأشبه ما لو كان الغش أكثر، ولأن قيمتها تزيد وتنقص، أشبهت العروض. وقولهم: الاعتبار بالغالب. ليس بصحيح؛ فإن الفضة إذا كانت أقل، لم يسقط حكمها في الزكاة، وكذلك الذهب، اللهم إلا أن يكون الغش قليلا جدا لمصلحة النقد، كيسير الفضة في الدينار، مثل الحبة ونحوها، فلا اعتبار به، لأنه لا يمكن التحرز منه، ولا يؤثر في الربا، ولا في غيره.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣/٥

[فصل الشركة بالفلوس]

(٣٦٣٠) فصل: ولا تصح الشركة بالفلوس. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وابن القاسم صاحب مالك. ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة؛ فإن أحمد قال: لا أرى السلم في الفلوس؛ لأنه يشبه الصرف. وهذا قول محمد بن الحسن، وأبي ثور؛ لأنها ثمن، فجازت ال‍شركة بها، كالدراهم والدنانير.

ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال، نافقة كانت أو غير نافقة، بناء على جواز الشركة بالعروض. ووجه الأول، أنها تنفق مرة وتكسد أخرى، فأشبهت العروض، فإذا قلنا بصحة الشركة بها، فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها، وإن كانت كاسدة، كانت قيمتها كالعروض.

[فصل لا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا]

(٣٦٣١) فصل: ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولا، ولا جزافا؛ لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاصلة، ولا يمكن مع الجهل والجزاف. ولا يجوز بمال غائب، ولا دين؛ لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال، وهو مقصود الشركة.

(٣٦٣٢) فصل: ولا يشترط لصحتها اتفاق المالين في الجنس، بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير. نص عليه أحمد. وبه قال الحسن، وابن سيرين وقال الشافعي: لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد، بناء على أن خلط المالين شرط، ولا يمكن إلا في المال الواحد. ونحن لا نشترط ذلك، ولأنهما من جنس الأثمان، فصحت الشركة فيهما، كالجنس الواحد، ومتى تفاصلا، رجع هذا بدنانيره، وهذا بدراهمه، ثم اقتسما الفضل.

نص عليه أحمد، فقال: يرجع هذا بدنانيره، وهذا بدراهمه. وقال:." (١)

"كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي: إذا أرادا المفاصلة، قوما المتاع بنقد البلد، وقوما مال الآخر به، ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه. **ولنا** أن هذه شركة صحيحة، رأس المال فيها الأثمان، فيكون الرجوع بجنس رأس المال، كما لو كان الجنس واحدا.

(٣٦٣٣) فصل: ولا يشترط تساوي المالين في القدر. وبه قال الحسن، والشعبي، والنخعي، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وقال بعض أصحاب الشافعي: يشترط ذلك. **ولنا**، أنهما مالان من جنس

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤/٥

الأثمان، فجاز عقد الشركة عليهما، كما لو تساويا.

(٣٦٣٤) فصل: ولا يشترط اختلاط المالين، إذا عيناهما وأحضراهما. وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه، بأن يجعلاه في حانوت لهما، أو في يد وكيلهما.

وقال الشافعي: لا يصح حتى يخلطا المالين؛ لأنهما إذا لم يخلطاهما فمال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه، أو يزيد له دون صاحبه، فلم تنعقد الشركة، كما لو كان من المكيل. **ولنا**، أنه عقد يقصد به الربح، فلم يشترط فيه خلط المال، كالمضاربة، ولأنه عقد على التصرف، فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة. وعلى مالك، فلم يكن من شرطه أن تكون أيديهما عليه، كالوكالة.

وقولهم: إنه يتلف من مال صاحبه، أو يزيد على ملك صاحبه. ممنوع، بل ما يتلف من مالهما وزيادته لهما؛ لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه، فيكون تلفه منهما، وزيادته لهما. وقال أبو حنيفة: متى تلف أحد المالين، فهو من ضمان صاحبه. **ولنا**، أن الوضيعة والضمان أحد موجبي الشركة، فتعلق بالشريكين، كالربح، وكما لو اختلطا.

[فصل في الشركة الفاسدة]

فصل: ومتى وقعت الشركة فاسدة، فإنهما يقتسمان الربح على قدر رءوس أموالهما، ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله. نص عليه أحمد في المضاربة. واختاره القاضي. وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي؛ لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد، كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري، إلا أن يكون مال كل واحد منهما متميزا وربحه معلوما، فيكون له ربح ماله. ولو ربح في جزء منه ربحا متميزا وباقيه مختلط، كان له ما تميز من ربح ماله، وله بحصته باقي ماله من الربح.

واختار الشريف أبو جعفر أنهما يقتسمان الربح على ما شرطاه، ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله. وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها. قال: لأن أحمد قال: إذا اشتركا في العروض، قسم الربح على ما اشترطاه. واحتج بأنه." (١)

"لأن شريكه إنما أذن في التجارة، وليس الإقرار داخلا فيها.

وإن أقر بعيب في عين باعها، قبل إقراره، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالعيب. نص عليه أحمد وكذلك إن أقر ببقية ثمن المبيع، أو بجميعه، أو بأجر المنادي أو الحمال، وأشباه هذا، ينبغي أن يقبل؛

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥/٥

لأن هذا من توابع التجارة، فكان له ذلك، كتسليم المبيع وأداء ثمنه. وإن ردت السلعة عليه بعيب، فله أن يقبلها. وله أن يعطي أرش العيب، أو يحط من ثمنه، أو يؤخر ثمنه لأجل العيب؛ لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد، وإن حط من الثمن ابتداء، أو أسقط دينا لهما عن غريمهما، لزم في حقه، وبطل في حق شريكه؛ لأنه تبرع، والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه.

وإن كان لهما دين حال، فأخر أحدهما حصته من الدين، جاز. وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة: لا يجوز. **ولنا**، أنه أسقط حقه من المطالبة، فصح أن ينفرد أحدهما به، كالإبراء.

(٣٦٣٨) فصل: وهل لأحدهما أن يبيع نساء؟ يخرج على روايتين، بناء على الوكيل والمضارب. وسنذكر ذلك.

وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله، أو نقد من غير جنسه، أو اشترى بشيء من ذوات الأمثال وعنده مثله، جاز؛ لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده، فهو يؤدي مما في يديه، فلا يفضي إلى الزيادة في الشركة. وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى به، أو كان عنده عرض فاستدان عرضا، فالشراء له خاصة، وربحه له، وضمانه عليه؛ لأنه استدانه على مال الشركة، وليس له ذلك، على ما أسلفناه.

والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه من أداء الثمن منه ببيعه، أنه يجوز؛ لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة، فأشبه ما لو كان عنده نقد، ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه. وهل له أن يبضع أو يودع؟ على روايتين؛ إحداهما، له ذلك؛ لأنه عادة التجار، وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع. والثانية، لا يجوز؛ لأنه ليس من الشركة، وفيه غرر.

والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه؛ لأنه من ضرورة الشركة، أشبه دفع المتاع إلى الحمال. وفي التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان، بناء على الوكيل. وقيل: يجوز للشريك التوكيل، بخلاف الوكيل؛ لأنه لو جاز للوكيل التوكيل، لاستفاد بحكم العقد مثل العقد، والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه؛ لأن التوكيل أخص من عقد الشركة. فإن وكل أحدهما، ملك الآخر عزله؛ لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل، فكذلك بالعزل.

وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما، أو يرتهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين،." (١)

"**ولنا**، أنهما لم يجعلا أحد العقدين شرطا للآخر، فلم نمنع من جمعهما، كما لو كان المال متميزا.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧/٥

[فصل دفع إليه ألفا مضاربة]

(٣٦٤٥) فصل: إذا دفع إليه ألفا مضاربة، وقال: أضف إليه ألفا من عندك، واتجر بهما، والربح بيننا، لك ثلثاه، ولي ثلثه. جاز؛ وكان شركة وقراضا. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح؛ لأن الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابعا له، دون العمل. **ولنا**، أنهما تساويا في المال، وانفرد أحدهما بالعمل، فجاز أن ينفرد بزيادة الربح، كما لو لم يكن له مال.

وقولهم: إن الربح تابع للمال وحده. ممنوع، بل هو تابع لهما، كما أنه حاصل بهما. فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح، لم يجز. وقال القاضي: يجوز، بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان. **ولنا**، أنه اشترط لنفسه جزءا من الربح لا مقابل له، فلم يصح، كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد، وفارق شركة العنان؛ لأن فيها عملا منهما، فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل، بخلاف مسألتنا.

وإن جعلا الربح بينهما نصفين، ولم يقولا مضاربة، جاز، وكان إبضاعا كما تقدم. وإن قالا: مضاربة. فسد العقد؛ لما سنذكره إن شاء الله تعالى.

[فصل أن يشترك بدنان بمال أحدهما]

(٣٦٤٦) فصل: القسم الخامس، أن يشترك بدنان بمال أحدهما. وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما، مثل أن يخرج أحدهما ألفا، ويعملان فيه معا، والربح بينهما. فهذا جائز. ونص عليه أحمد، في رواية أبي الحارث. وتكون مضاربة؛ لأن غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح بعمله في مال غيره، وهذا هو حقيقة المضاربة.

وقال أبو عبد الله بن حامد، والقاضي، وأبو الخطاب: إذا شرط أن يعمل معه رب المال، لم يصح. وهذا مذهب مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي، وأبي ثور، وابن المنذر. قال: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل، ويخلي بينه وبينه؛ لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب، فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لأن يده عليه، فيخالف موضوعها.

وتأول القاضي كلام أحمد والخرقي، على أن رب المال عمل من غير اشتراط. **ولنا**، أن العمل أحد ركني المضاربة، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر، كالمال.

وقولهم: إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل. ممنوع، إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره

بجزء مشاع من ربحه، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل، ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح، ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما.." (١)

"**ولنا**، أنها شركة فيها عمل، فجاز ما اتفقا عليه في الربح، كسائر الشركات. وقول القاضي: لا مال لهما يعملان فيه. قلنا: إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يأخذانه بجاههما، كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي، فكذا هاهنا. وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما، مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفا، ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما، فمهما شرطا للعامل من الربح إذا زاد على النصف، جاز؛ لأنه مضارب لصاحبه في ألف، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف.

وإن شرطا له دون نصف الربح، لم يجز؛ لأن الربح يستحق بمال وعمل، وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له، فبطل شرطه. وإن جعلا الربح بينهما نصفين، فليس هذا شركة، ولا مضاربة؛ لأن شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيبا من الربح في مقابلة عمله، ولم يجعلا له هاهنا في مقابلة عمله شيئا.

وإنما جعلا الربح على قدر المالين، وعمله في نصيب صاحبه تبرع، فيكون ذلك إبضاعا، وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضا عن قرض، فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه، لم يجز؛ لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضا عن قرضه، وذلك غير جائز. وأما إذا اشترك بدنان بمال أحدهما، مثل أن يخرج أحدهما ألفا ويعملان جميعا فيه، فإن للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه؛ لأنه مضارب محض، فأشبه ما لو لم يعمل معه رب المال، فحصل مما ذكرنا أن الربح بينهما على ما اصطلحا عليه في جميع أنواع الشركة، سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحنا.

[فصل من شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل]

فصل: ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل؛ لأنه يستحقه بالشرط، فلم يقدر إلا به. ولو قال: خذ هذا المال مضاربة. ولم يسم للعامل شيئا من الربح، فالربح كله لرب المال، والوضيعة عليه، وللعامل أجر مثله. نص عليه أحمد. وهو قول الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وقال الحسن، وابن سيرين، والأوزاعي: الربح بينهما نصفين، لأنه لو قال: والربح بيننا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢١

لكان بينهما نصفين، فكذلك إذا لم يذكر شيئا. ولنا، أن المضارب إنما يستحق بالشرط، ولم يوجد. وقوله: مضاربة. اقتضى أن له جزءا من الربح مجهولا، فلم تصح المضاربة، كما لو قال: ولك جزء من الربح. فأما إذا قال: والربح بيننا. فإن المضاربة تصح، ويكون بينهما نصفين؛ لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة، لم يترجح فيها أحدهما على الآخر، فاقتضى التسوية، كما لو قال: هذه الدار بيني وبينك.

وإن قدر نصيب العامل، فقال: ولك ثلث الربح، أو." [1]

"فاتجر به. يصلح لهما، وقد قرن به حكم القرض، فانصرف إليه.

وإن قال مع ذلك: ولا ضمان عليك. فهذا قرض شرط فيه نفي الضمان، فلا ينتفي بشرطه، كما لو صرح به، فقال: خذ هذا قرضا ولا ضمان عليك. وإن قال: خذه فاتجر به، والربح كله لي. كان إبضاعا؛ لأنه قرن به حكم الإبضاع فانصرف إليه. فإن قال مع ذلك: وعليك ضمانه. لم يضمنه؛ لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة، فلا يزول ذلك بشرطه. وإن قال: خذه مضاربة، والربح كله لك، أو كله لي. فهو عقد فاسد. وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إذا قال: والربح كله لي كان إبضاعا صحيحا؛ لأنه أثبت له حكم الإبضاع فانصرف إليه، كالتي قبلها. وقال مالك: يكون مضاربة صحيحة في الصورتين؛ لأنهما دخلا في القراض، فإذا شرط لأحدهما، فكأنه وهب الآخر نصيبه، فلم يمنع صحة العقد. ولنا، أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما. بالربح، فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد، ففسد، كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما.

ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة؛ لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع والقراض، بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة. وما ذكره مالك لا يصح؛ لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب.

[فصل دفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد]

(٣٦٥٣) فصل: ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد، فإن شرط لهما جزءا من الربح بينهما نصفين، جاز. وإن قال: لكما كذا وكذا من الربح. ولم يبين كيف هو، بينهما نصفان؛ لأن إطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية، كما لو قال لعامله: والربح بيننا. وإن شرط لأحدهما ثلث الربح، وللآخر ربعه، وجعل الباقي له، جاز. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك: لا يجوز؛ لأنهما شريكان في العمل بأبدانهما، فلا يجوز تفاضلهما في الربح كشريكي الأبدان.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٤

ولنا، أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر، كما لو انفرد. ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه، فجاز تفاضلهما في العوض، كالأجيرين. ولا نسلم وجوب التساوي في شركة الأبدان، بل هي كمسألتنا في جواز تفاضلهما. ثم الفرق بينهما أن ذلك عقد واحد، وهذان عقدان.

[فصل قارض اثنان واحدا بألف لهما]

(٣٦٥٤) فصل: وإن قارض اثنان واحدا بألف لهما، جاز. وإذا شرطا له ربحا متساويا منهما، جاز. وإن شرط أحدهما له النصف، والآخر الثلث، جاز، ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه. وإن شرطا كون الباقي من الربح بينهما نصفين، لم يجز. وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه. وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور." [١]

"أحدهما، لا يعتق. وهو قول أبي بكر؛ لأنه لم يتم ملكه عليه، لأن الربح وقاية لرأس المال، فلم يعتق لذلك. والثاني، يعتق بقدر حصته من الربح، إن كان معسرا، ويقوم عليه باقيه إن كان موسرا؛ لأنه ملكه بفعله فيعتق عليه، كما لو اشتراه بماله.

وهذا قول القاضي، ومذهب أصحاب أبي حنيفة، لكن عندهم يستسعى في بقيته إن كان معسرا. ولنا رواية كقولهم. وإن اشتراه ولم يظهر ربح، ثم ظهر بعد ذلك، والعبد باق في التجارة، فهو كما لو كان الربح ظاهرا وقت الشراء.

وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح، لم يصح، في أحد الوجهين؛ لأنه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال. ولنا أنهما شريكان، فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه، كشريكي العنان.

[فصل شراء المضارب بأكثر من رأس المال]

(٣٦٦٩) فصل: وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لأن الإذن ما تناول أكثر منه. فإن كان رأس المال ألفا، فاشترى عبدا بألف، ثم اشترى عبدا آخر بعين الألف، فالشراء فاسد؛ لأنه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الأول. وإن اشتراه في ذمته، صح الشراء، والعبد له؛ لأنه اشترى في ذمته لغيره ما لم يأذن له في شرائه، فوقع له.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦/٥

وهل يقف على إجازة رب المال؟ على روايتين. ومذهب الشافعي كنحو ما ذكرنا.

[فصل المضارب لا يطأ أمة من المضاربة]

(٣٦٧٠) فصل: وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، فإن فعل، فعليه المهر والتعزير. وإن علقت منه ولم يظهر في المال ربح، فولده رقيق؛ لأنها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك، ولا تصير أم ولد له؛ وكذلك وإن ظهر في المال ربح، فالولد حر، وتصير أم ولد له، وعليه قيمتها. ونحو هذا قال سفيان وإسحاق وقال القاضي: إن لم يظهر ربح، فعليه الحد؛ لأنه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك. والمنصوص عن أحمد، أن عليه التعزير؛ لأن ظهور الربح ينبني على التقويم، والتقويم غير متحقق، لأنه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء، الحد، لأنه يدرأ بالشبهات. (٣٦٧١) فصل: وليس لرب المال وطء الأمة أيضا؛ لأنه ينقصها إن كانت بكرا، ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف، فإن فعل، فلا حد عليه؛ لأنها مملوكته. وإن علقت منه، صارت أم ولده، وولده حر كذلك." (١)

"**ولنا**، أنه قد يرى الخلط أصلح له، فيدخل في قوله: اعمل برأيك.

وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها، إلا أن يقول: اعمل برأيك. فيملكها.

[فصل المضارب لا يشتري خمرا ولا خنزيرا]

(٣٦٧٧) فصل: وليس له أن يشتري خمرا ولا خنزيرا، سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا، فإن فعل، فعليه الضمان. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إن كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر، وبيعه إياها؛ لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل، وحقوق العقد تتعلق به. وقال أبو يوسف ومحمد: يصح شراؤه إياها؛ لأن الملك فيها ينتقل إلى الوكيل، ولا يصح بيعه؛ لأنه يبيع ما ليس بملك له، ولا لموكله.

ولنا إنه إن كان العامل مسلما فقد اشترى خمرا، ولا يصح أن يشتري خمرا ولا يبيعه، وإن كان ذميا، فقد اشترى للمسلم ما لا يصح أن يملكه ابتداء، فلا يصح، كما لو اشترى الخنزير، ولأن الخمر محرمة فلا يصح شراؤها له، كالخنزير و ا لميتة، ولأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه، كالميتة والدم. وكل ما جاز في الشركة، جاز في المضاربة، وما جاز في المضاربة، جاز في الشركة، وما منع منه في إحداهما منع منه في

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٤

الأخرى؛ لأن المضاربة شركة، ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والأمانة.

[مسألة إذا ضارب لرجل لم يجز أن يضارب لآخر]

(٣٦٧٨) مسألة؛ قال: (وإذا ضارب لرجل، لم يجز أن يضارب لآخر، إذا كان فيه ضرر على الأول. فإن فعل، وربح، رده في شركة الأول) .

وجملة ذلك أنه إذا أخذ من إنسان مضاربة إحداها ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر، فأذن له الأول، جاز. وإن لم يأذن له، ولم يكن عليه ضرر، جاز أيضا، بغير خلاف، وإن كان فيه ضرر على رب المال الأول ولم يأذن، مثل أن يكون المال الثاني كثيرا يحتاج إلى أن يقطع زمانه، ويشغله عن التجارة في الأول، ويكون المال الأول كثيرا متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته، لم يجز له ذلك.

وقال أكثر الفقهاء: يجوز؛ لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها، فلم يمنع من المضاربة، كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك. ولنا، أن المضاربة على الحظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه، لم يكن له، كما لو أراد التصرف بالعين، وفارق ما لا ضرر فيه. فعلى هذا إذا فعل وربح، رد الربح في شركة الأول، ويقتسمانه، فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية، فيدفع إلى رب المال منها نصيبه، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح، فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى، ويقاسمه لرب المضاربة الأولى؛ لأنه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول، فكان بينهما، كربح المال. الأول.

فأما حصة رب المال الثاني من الربح، فتدفع إليه؛ لأن." (١)

"والثاني: يكونان للعامل، وعليه أداء رأس المال، والربح له والخسران عليه. وللشافعي قولان، كالوجهين. والأول أولى؛ لأن ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين، فلا يزول بالاشتباه عن جميعه، ولا عن بعضه، بغير رضاه، كما لو لم يكونا في يد المضارب، ولأننا لو جعلناهما للمضارب، أدى إلى أن يكون تفريطه سببا لانفراده بالربح، وحرمان المتعدى عليه، وعكس ذلك أولى، وإن جعلناهما شريكين، أدى إلى أن يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضاه؛ وليس له فيه مال ولا عمل.

[فصل تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله]

(٣٦٨٢) فصل: إذا تعدى المضارب، وفعل ما ليس له فعله، أو اشترى شيئا نهي عن شرائه، فهو ضامن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧/٥

للمال، في قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن أبي هريرة، وحكيم بن حزام، وأبي قلابة، ونافع، وإياس، والشعبي، والنخعي، والحكم، وحماد، ومالك والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وعن علي - رضي الله عنه -: لا ضمان على من شورك في الربح.

وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري **ولنا** أنه، متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان، كالغاصب. ولا نقول بمشاركته في الربح، فلا يتناوله قول علي - رضي الله عنه - ومتى اشترى ما لم يؤذن فيه، فربح فيه، فالربح لرب المال، نص عليه أحمد. وبه قال أبو قلابة، ونافع وعن أحمد، أنهما يتصدقان بالربح. وبه قال الشعبي، والنخعي، والحكم، وحماد.

قال القاضي: قول أحمد: يتصدقان بالربح. على سبيل الورع، وهو لرب المال في القضاء. وهذا قول الأوزاعي. وقال إياس بن معاوية، ومالك: الربح على ما شرطاه؛ لأنه نوع تعد، فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه، كما لو لبس الثوب، وركب دابة ليس له ركوبها.

وقال القاضي: إذا اشترى في الذمة، ثم نقد المال، فالربح لرب المال. وإن اشترى بعين المال، فالشراء باطل، في إحدى الروايتين. والأخرى هو موقوف على إجازة المالك، فإن أجازه، صح، وإلا بطل. والمذهب الأول، نص عليه أحمد، في رواية الأثرم. وقال أبو بكر: لم يرو أنه يتصدق بالربح إلا حنبل. واحتج أحمد بحديث عروة البارقي، وهو ما روى أبو لبيد، عن عروة بن الجعد، قال: «عرض للنبي - صلى الله عليه وسلم - جلب، فأعطاني دينارا، فقال: عروة، ائت الجلب، فاشتر لنا شاة. فأتيت الجلب، فساومت صاحبه، فاشتريت شاتين بدينار، فجئت أسوقهما أو أقودهما، فلقيني رجل بالطريق، فساومني، فبعت منهما شاة بالدينار، فجئت بالدينار وبالشاة، فقلت: يا رسول الله، هذا ديناركم، وهذه شاتكم. قال: وكيف صنعت؟ فحدثته الحديث، فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه.»." (١)

"مالك والثوري والأوزاعي وإسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة. وقال أبو ثور: البيع باطل؛ لأنه شريك. **ولنا**، أنه ملك لغيره، فصح شراؤه له، كما لو اشترى الوكيل من موكله، وإنما يكون شريكا إذا ظهر ربح؛ لأنه إنما يشارك رب المال في الربح، لا في أصل المال، ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين، على ما سنذكره.

[فصل اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩/٥

فصل: وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئا، بطل في قدر حقه؛ لأنه ملكه، وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين، بناء على تفريق الصفقة. وتتخرج الصحة في الجميع، بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه. وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه، جاز؛ لأنه يشتري ملك غيره. وقال أحمد في الشريكين في الطعام، يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: إن لم يكونا يعلمان كيله فلا بأس، وإن علما كيله فلا بد من كيله، يعني أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة، وإن باعه إياه بالكيل والوزن، جاز.

[فصل استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا ليحرز فيها مال الشركة أو غرائر]

(٣٦٩١) فصل: ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه دارا، ليحرز فيها مال الشركة أو غرائر، جاز نص عليه أحمد، في رواية صالح.

وإن استأجره لنقل الطعام، أو غلامه، أو دابته، ففيه روايتان؛ إحداهما، الجواز؛ لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان، جاز أن يستأجر له الحيوان، كمال الأجنبي. والأخرى، لا يجوز؛ لأن هذا لا تجب الأجرة فيه إلا بالعمل، ولا يمكن إيفاء العمل في المشترك؛ لأن نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر، فإذا لا تجب الأجرة، والدار والغرائز لا يعتبر فيهما إيقاع العمل، إنما تجب بوضع العين في الدار، فيمكن تسليم المعقود عليه.

[مسألة اشترى المضارب سلعتين فربح في إحداهما وخسر في الأخرى]

(٣٦٩٢) مسألة؛ قال: (وإذا اشترى سلعتين، فربح في إحداهما، وخسر في الأخرى، جبرت الوضيعة من الربح)

وجملته أنه إذا دفع إلى المضارب ألفين، فاشترى بكل ألف عبدا، فربح في أحدهما، وخسر في الآخر، أو تلف، وجب جبر الخسران من الربح، ولا يستحق المضارب شيئا إلا بعد كمال الألفين.

وبهذا قال الشافعي إلا فيما إذا تلف أحد العبدين، فإن أصحابه ذكروا فيه وجها ثانيا، أن التالف من رأس المال؛ لأنه بدل أحد الألفين، ولو تلف أحد الألفين، كان رأس المال، فكذلك بدله.

ولنا أنه تلف بعد أن دار في القراض، وتصرف في المال بالتجارة، فكان تلفه من الربح، كما لو كان رأس المال دينارا واحدا، فاشترى به سلعتين، ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى،." [1]

"فجبر تلفها به، كما لو كان رأس المال دينارا، ولأنه رأس مال، واحد، فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال، كالذي ذكرنا.

فأما إن تلف أحد الألفين قبل الشراء به والتصرف فيه، أو تلف بعضه، انفسخت المضاربة فيما تلف، وكان رأس المال الباقي خاصة وقال بعض الشافعية: مذهب الشافعي أن التالف من الربح ورأس المال الألفان معا؛ لأن المال إنما يصير قراضا بالقبض، فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده.

ولنا، أنه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه، فكان رأس المال الباقي، كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف؛ لأنه دار في التجارة، وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح.

فصل: وإذا دفع إليه ألفا مضاربة، ثم دفع إليه ألفا آخر مضاربة، وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول، جاز، وصارا مضاربة واحدة، كما لو دفعهما إليه مرة واحدة. وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع، لم يجز؛ لأن حكم الأول استقر، فكان ربحه وخسرانه مختصا به، فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد. فإن نض، الأول، جاز ضم الثاني إليه لزوال هذا المعنى.

وإن لم يأذن له في ضم الثاني إلى الأول، لم يجز له ذلك. نص عليه أحمد. وقال إسحاق له ذلك قبل أن يتصرف في الأول. ولنا، أنه أفرد كل واحد بعقد، فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه، ولا تجبر وضيعة أحدهما بربح الآخر، كما لو نهاه عن ذلك.

(٣٦٩٤) فصل: قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب بربح، ويضع مرارا. فقال: يرد الوضيعة على الربح، إلا أن يقبض المال صاحبه، ثم يرده إليه، فيقول: اعمل به ثانية.

فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضيعة الأول، فهذا ليس في نفسي منه شيء، وأما ما لم يدفع إليه، فحتى يحتسبا حسابا كالقبض، كما قال ابن سيرين قيل: وكيف يكون حسابا كالقبض؟ قال: يظهر المال. يعني ينض ويجيء، فيحتسبان عليه، فإن شاء صاحب المال قبضه. قيل له: فيحتسبان على المتاع؟ فقال: لا يحتسبان إلا على الناض؛ لأن المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب: قيل لأحمد رجل دفع إلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٣

رجل عشرة آلاف درهم مضاربة، فوضع، فبقيت ألف، فحاسبه صاحبها، ثم قال له: اذهب فاعمل بها. فربح؟ قال: يقاسمه ما فوق الألف. يعني إذا كانت الألف ناضة حاضرة، إن شاء صاحبها قبضها. فهذا الحساب الذي كالقبض، فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية، كما لو قبضها منه ثم ردها إليه. فأما قبل." (١)

"ذلك، فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف، ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح، أو أخذ أحدهما منه شيئا بإذن صاحبه، والمضاربة بحالها، ثم سافر المضارب به، فخسر، كان على المضارب رد ما أخذه من الربح؛ لأننا تبينا أنه ليس بربح، ما لم تنجبر الخسارة.

[فصل قارض المضارب في مرضه]

(٣٦٩٥) فصل: وإذا قارض في مرضه، صح؛ لأنه عقد يبتغي به الفضل، فأشبه البيع والشراء. وللعامل ما شرط له من الربح، وإن زاد على شرط، مثله، وإلا يحتسب به من ثلثه؛ لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال، وإنما حصل بعمل المضارب في المال، فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل، بخلاف ما لو حابى الأجير في الأجر، فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه؛ لأن الأجر يؤخذ من ماله.

ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل، احتمل أن لا يحتسب به من ثلثه؛ لأن الثمرة تخرج على ملكيهما، كالربح في المضاربة، واحتمل أن يكون من ثلثه؛ لأن الثمرة زيادة في ملكه، خارجة عن عينه، والربح لا يخرج من عين المال، إنما يحصل بالتقليب.

[فصل موت رب المال]

فصل: وإذا مات رب المال، قدمنا حصة العامل على غرمائه، ولم يأخذوا شيئا من نصيبه؛ لأنه يملك الربح بالظهور، فكان شريكا فيه، وليس لرب المال شيء من نصيبه، فهو كالشريك بماله، ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة، فكان مقدما، كحق الجناية، ولأنه متعلق بالمال قبل الموت، فكان أسبق، كحق الرهن.

[فصل مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه]

(٣٦٩٧) فصل: وإن مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بعينه، صار دينا في ذمته، ولصاحبه أسوة الغرماء. وقال الشافعي: ليس على المضارب شيء؛ لأنه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء، ولم يعلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٤

حدوث ذلك بالموت، فإنه يحتمل أن يكون المال قد هلك. **ولنا** أن الأصل بقاء المال في يده، واختلاطه بجملة التركة، ولا سبيل إلى معرفة عينه، فكان دينا كالوديعة إذا لم تعرف عينها، ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق رب المال؛ لأن الأصل بقاؤه، ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه، ولا سبيل إلى إعطائه عينا من هذا المال؛ لأنه يحتمل أن يكون من غير مال المضاربة، فلم يبق إلا تعلقه بالذمة.

[مسألة تبين للمضارب أن في يده فضلا]

(٣٦٩٨) مسألة: قال (وإذا تبين للمضارب أن في يده فضلا، لم يكن له أخذ شيء منه إلا بإذن رب المال) .." (١)

"وجملته أن الربح إذا ظهر في المضاربة، لم يجز للمضارب أخذ شيء منه بغير إذن رب المال. لا نعلم في هذا بين أهل العلم خلافا. وإنما لم يملك ذلك لأمور ثلاثة: أحدها، إن الربح وقاية لرأس المال، فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابرا له، فيخرج بذلك عن أن يكون ربحا. والثاني، إن رب المال شريكه، فلم يكن له مقاسمة نفسه.

الثالث، أن ملكه عليه غير مستقر؛ لأنه بعرض أن يخرج عن يده بجبران خسارة المال. وإن أذن رب المال في أخذ شيء، جاز؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما.

[فصل طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر في الشركة]

(٣٦٩٩) فصل: وإن طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال، وأبى الآخر، قدم قول الممتنع؛ لأنه إن كان رب المال، فلأنه لا يأمن الخسران في رأس المال، فيجبره بالربح، وإن كان العامل فإنه لا يأمن أن يلزمه رد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه.

وإن تراضيا على ذلك، جاز؛ لأن الحق لهما، وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه، أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئا معلوما ينفقه. ثم متى ظهر في المال خسران، أو تلف كله، لزم العامل رد أقل الأمرين مما أخذه، أو نصف خسران المال، إذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي، وإسحاق، وقال أبو حنيفة: لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله. قال ابن المنذر إذا اقتسما الربح، ولم يقبض رب المال رأس ماله، فأكثر أهل العلم يقولون: يرد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله. **ولنا**، على جواز

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٥

القسمة، أن المال لهما، فجاز لهما أن يقتسما بعضه، كالشريكين. أو نقول: إنهما شريكان، فجاز لهما قسمة الربح قبل المفاضلة، كشريكي العنان.

[فصل المضاربة من العقود الجائزة]

فصل: والمضاربة من العقود الجائزة، تنفسخ بفسخ أحدهما، أيهما كان، وبموته، وجنونه، والحجر عليه لسفه؛ لأنه متصرف في مال غيره بإذنه، فهو كالوكيل. ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده. فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه، أخذه ربه، وإن كان فيه ربح، قسما الربح على ما شرطاه. وإن انفسخت والمال عرض، فاتفقا على بيعه أو قسمه، جاز؛ لأن الحق لهما، لا يعدوهما. وإن طلب العامل البيع، وأبى، رب المال، وقد ظهر في المال ربح، أجبر رب المال على البيع. وهو قول إسحاق والثوري لأن حق العامل في الربح، ولا يظهر إلا بالبيع.

وإن لم يظهر ربح، لم يجبر؛ لأنه لا حق له فيه، وقد رضيه مالكه كذلك فلم يجبر على بيعه. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم: فيه وجه." (١)

"آخر، أنه يجبر على البيع؛ لأنه ربما زاد فيه زائد، أو رغب فيه راغب، فزاد على ثمن المثل، فيكون للعامل في البيع حظ.

ولنا، أن المضارب إنما استحق الربح إلى حين الفسخ، وذلك لا يعلم إلا بالتقويم، ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى، أو المشتري، كان للمعير والشفيع أن يدفعا قيمة ذلك، لأنه مستحق للأرض، فهاهنا أولى.

وما ذكروه من احتمال الزيادة، بزيادة مزايد أو راغب على قيمته، فإنما حدث ذلك بعد فسخ العقد، فلا يستحقها العامل. وإن طلب رب المال البيع، وأبى العامل، ففيه وجهان: أحدهما، يجبر العامل على البيع. وهو قول الشافعي؛ لأن عليه رد المال ناضا كما أخذه. والثاني، لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح، أو أسقط حقه من الربح؛ لأنه بالفسخ زال تصرفه، وصار أجنبيا من المال، فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده، فزالت وكالته قبل رده.

ولو كان رأس المال دنانير، فصار دراهم، أو دراهم، فصار دنانير، فهو كما لو كان عرضا، على ما شرح. وإذا نض رأس المال جميعه، لم يلزم العامل أن ينض له الباقي؛ لأنه شركة بينهما، ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه، ولأنه إنما لزمه أن ينض رأس المال، ليرد إليه رأس ماله على صفته، ولا يوجد هذا المعنى في

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٦

الربح.

[فصل انفسخ القراض والمال دين]

(٣٧٠١) فصل: وإن انفسخ القراض، والمال دين، لزم العامل تقاضيه، سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن ظهر ربح، لزمه تقاضيه، وإن لم يظهر ربح، لم يلزمه تقاضيه، لأنه لا غرض له في العمل، فهو كالوكيل. **ولنا**، أن المضاربة تقتضي رد رأس المال على صفته، والديون لا تجري مجرى الناض، فلزمه أن ينضه، كما لو ظهر في المال ربح، وكما لو كان رأس المال عرضا

ويفارق الوكيل؛ فإنه لا يلزمه رد المال كما قبضه، ولهذا لا يلزمه بيع العروض. ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال، فإن اقتضى منه قدر رأس المال، أو كان الدين قدر الربح، أو دونه، لزم العامل تقاضيه أيضا؛ لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته، ووصول كل واحد منهما إلى حقه منه، ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه.

[فصل أي المتقارضين مات أو جن انفسخ القراض]

فصل: (٣٧٠٢) وأي المتقارضين مات أو جن، انفسخ القراض؛ لأنه عقد جائز، فانفسخ بموت أحدهما وجنونه، كالتوكيل. فإن كان الموت أو الجنون برب المال، فأراد الوارث أو وليه إتمامه، والمال ناض،." [١]

"[فصل المضاربة الفاسدة]

(٣٧٠٩) فصل: وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة: (٣٧١٠) الفصل الأول: أنه إذا تصرف نفذ تصرفه؛ لأنه أذن له فيه فإذا بطل العقد بقي الإذن فملك به التصرف، كالوكيل. فإن قيل: فلو اشترى الرجل شراء فاسدا، ثم تصرف فيه، لم ينفذ تصرفه، مع أن البائع قد أذن له في التصرف.

قلنا: لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالإذن، فإن أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك، لم يصح، وها هنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه، وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الإذن؛ لأنه أذن له في تصرف يقع له.

(٣٧١١) الفصل الثاني: أن الربح جميعه لرب المال؛ لأنه نماء ماله، وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط، فلم يستحق منه شيئا، ولكن له أجر مثله. نص عليه أحمد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٧

وهو مذهب الشافعي. واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه، واحتج بما روي عن أحمد أنه قال: إذا اشتركا في العروض، قسم الربح على ما شرطاه. قال: وهذه الشركة فاسدة. واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة، فيثبت المسمى في فاسده، كالنكاح. قال: ولا أجر له. وجعل أحكامها كلها كأحكام الصحيحة. وقد ذكرنا هذا.

قال القاضي أبو يعلى: والمذهب ما حكينا، وكلام أحمد محمول على أنه صحح الشركة بالعروض. وحكي عن مالك أنه يرجع إلى قراض المثل. وحكي عنه: إن لم يربح فلا أجر له. ومقتضى هذا أنه إن ربح، فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله.

ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا؛ لأنه إذا كان الأقل ما شرط له فقد رضي به، فلا يستحق أكثر منه، كما لو تبرع بالعمل الزائد، **ولنا** أن تسمية الربح من توابع المضاربة، أو ركن من أركانها، فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها، كالصلاة ولا نسلم في النكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسدا، وإذا لم يجب له المسمى، وجب أجر المثل؛ لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه، وذلك متعذر، فتجب قيمته، وهو أجر مثله، كما لو تبايعا بيعا فاسدا، وتقابضا، وتلف أحد العوضين في يد القابض له، وجب رد قيمته.

فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، فأما إن رضي المضارب بالعمل بغير عوض، مثل أن يقول: قارضتك والربح كله لي. فالصحيح أنه لا شيء للمضارب هاهنا؛ لأنه تبرع بعمله، فأشبه ما لو أعانه في شيء، أو توكل له بغير جعل، أو أخذ له بضاعة.." (١)

"الفصل الثالث، في الضمان، ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه؛ لأن ما كان القبض في صحيحه مضمونا، كان مضمونا في فاسده، وما لم يكن مضمونا في صحيحه، لم يضمن في فاسده.

وبهذا قال الشافعي. وقال أبو يوسف ومحمد: يضمن. **ولنا**، أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه، فلم يضمنه في فاسده، كالوكالة، ولأنها إذا فسدت صارت إجارة، والأجير لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديه ولا فعله، فكذا هاهنا. وأما الشركة إذا فسدت، فقد ذكرناها قبل هذا.

[مسألة قال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي عليك]

(٣٧١٣) . مسألة: قال: (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين: ضارب بالدين الذي عليك)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢/٥

نص أحمد على هذا، وهو قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه مخالفا. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أنه لا يجوز أن يجعل الرجل دينا له على رجل مضاربة، وممن حفظنا ذلك عنه: عطاء، والحكم، وحماد، ومالك، والثوري، وإسحاق. وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وبه قال الشافعي. وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن تصح المضاربة؛ لأنه إذا اشترى شيئا للمضاربة، فقد اشتراه بإذن رب المال، ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه، فتبرأ ذمته منه، ويصير كما لو دفع إليه عرضا، وقال: بعه، وضارب بثمنه. وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال، وللمضارب أجر مثله؛ لأنه علقه بشرط، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط. والمذهب هو الأول؛ لأن المال الذي في يدي من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه بقبضه، ولم يوجد القبض هاهنا.

وإن قال له: اعزل المال الذي لي عليك، وقد قارضتك عليه. ففعل، واشترى بعين ذلك المال شيئا للمضاربة، وقع الشراء للمشتري؛ لأنه يشتري لغيره بمال نفسه، فحصل الشراء له وإن اشترى في ذمته فكذلك؛ لأنه عقد القراض على ما لا يملكه، وعلقه على شرط لا يملك به المال.

[فصل قال لرجل اقبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة]

(٣٧١٤) فصل: وإن قال لرجل: اقبض المال الذي على فلان، واعمل به مضاربة. فقبضه، وعمل به، جاز في قولهم جميعا. ويكون وكيلا في قبضه، مؤتمنا عليه؛ لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره، فجاز أن يجعله مضاربة، كما لو قال: اقبض المال من غلامي، وضارب به.

قال مهنا: سألت أحمد عن رجل قال: أقرضني ألفا شهرا، ثم هو بعد الشهر مضاربة؟ قال: لا يصلح؛ وذلك؛ لأنه إذا أقرضه صار دينا عليه، وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه. ولو قال: ضارب به شهرا، ثم خذه قرضا. جاز؛ لما ذكرنا فيما تقدم.." (١)

"[فصل من شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار]

(٣٧١٥) فصل: ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولا ولا جزافا، ولو شاهداه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو ثور، وأصحاب الرأي: يصح إذا شاهداه، والقول قول العامل مع يمينه في قدره؛ لأنه أمين رب المال، والقول قوله فيما في يديه، فقام ذلك مقام المعرفة به.

ولنا، أنه مجهول، فلم تصح المضاربة به، كما لو لم يشاهداه؛ وذلك لأنه لا يدري بكم يرجع عند المفاصلة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٥٣

ولأنه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره، فلم يصح، كما لو كان في الكيس. وما ذكروه يبطل بالسلم، وبما إذا لم يشاهداه.

[فصل أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما]

(٣٧١٦) فصل: ولو أحضر كيسين، في كل واحد منهما مال معلوم المقدار، وقال: قارضتك على أحدهما. لم يصح، سواء تساوى ما فيهما أو اختلف؛ لأنه عقد يمنع صحته الجهالة، فلم يجز على غير معين، كالبيع.

[مسألة إذا كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها]

(٣٧١٧) مسألة؛ قال: (وإن كان في يده وديعة، جاز له أن يقول: ضارب بها) وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال الحسن: لا يجوز حتى يقبضها منه، قياسا على الدين.

ولنا، أن الوديعة ملك رب المال، فجاز أن يضاربه عليها، كما لو كانت حاضرة. فقال: قارضتك على هذا الألف. وأشار إليه في زاوية البيت. وفارق الدين؛ فإنه لا يصير عين المال ملكا للغريم إلا بقبضه. ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه، وصارت في الذمة، لم يجز أن يضاربه عليها؛ لأنها صارت دينا.

[فصل كان له في يد غيره مال مغصوب فضارب الغاصب به]

(٣٧١٨) فصل: ولو كان له في يد غيره مال مغصوب، فضارب الغاصب به، صح أيضا؛ لأنه مال لرب المال، يباح له بيعه من غاصبه، ومن يقدر على أخذه منه، فأشبه الوديعة. وإن تلف، وصار في الذمة، لم تجز المضاربة به؛ لأنه صار دينا. ومتى ضاربه بالمال المغصوب، زال ضمان الغصب، بمجرد عقد المضاربة. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال القاضي: لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمنا. وهو مذهب الشافعي؛ لأن القراض لا ينافي الضمان، بدليل ما لو تعدى فيه. **ولنا**، أنه ممسك للمال بإذن مالكه، لا يختص بنفعه، ولم يتعد فيه، فأشبه ما لو قبضه إياه.." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٥/٥٤

"**ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولأن الاختلاف في المضاربة، فلم يتحالفا، كسائر ما قدمنا اختلافهما فيه، والمتبايعان يرجعان إلى رءوس أموالهما، بخلاف ما نحن فيه.

[فصل ادعى العامل رد المال فأنكر رب المال]

(٣٧٢٢) فصل: وإن ادعى العامل رد المال، فأنكر رب المال؛ فالقول قول رب المال مع يمينه. نص عليه أحمد. ولأصحاب الشافعي وجهان؛ أحدهما كق**ولنا**. والآخر: يقبل قوله؛ لأنه أمين، ولأن معظم النفع لرب المال، فالعامل كالمودع. **ولنا**، أنه قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله في الرد، كالمستعير، ولأن رب المال منكر، والقول قول المنكر.

وفارق المودع؛ فإنه لا نفع له في الوديعة. وقولهم: إن معظم النفع لرب المال. يمنعه، وإن سلم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه، ولم يأخذه لنفع رب المال.

[فصل قال المضارب ربحت ألفا ثم قال خسرت ذلك]

(٣٧٢٣) فصل: وإن قال: ربحت ألفا. ثم قال: خسرت ذلك. قبل قوله؛ لأنه أمين يقبل قوله في التلف، فقبل قوله في الخسارة، كالوكيل. وإن قال: غلطت أو نسيت. لم يقبل قوله؛ لأنه مقر بحق لآدمي، فلم يقبل قوله في الرجوع، كما لو أقر بأن رأس المال ألف ثم رجع.

ولو أن العامل خسر، فقال لرجل: أقرضني ما أتمم به رأس المال لأعرضه على ربه، فإنني أخشى أن ينزعه مني إن علم بالخسارة. فأقرضه، فعرضه على رب المال، وقال: هذا رأس مالك. فأخذه، فله ذلك. ولا يقبل رجوع العامل عن إقراره إن رجع. ولا تقبل شهادة المقرض له؛ لأنه يجر إلى نفسه نفعا.

وليس له مطالبة رب المال؛ لأن العامل ملكه بالقرض، ثم سلمه إلى رب المال، ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير.

(٣٧٢٤) فصل: وإذا دفع رجل إلى رجلين مالا قراضا على النصف، فنض المال، وهو ثلاثة آلاف، فقال رب المال: رأس المال ألفان، فصدقه أحدهما، وقال الآخر: بل هو ألف. فالقول قول المنكر مع يمينه. فإذا حلف أن رأس المال ألف والربح ألفان، فنصيبه منهما خمسمائة، يبقى ألفان وخمسمائة، يأخذ رب المال ألفين؛ لأن الآخر يصدقه، ويبقى خمسمائة ربحا بين رب المال والعامل الآخر، يقتسمانها أثلاثا،

لرب المال ثلثاها، وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان، ولرب المال ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث؛ لأن نصيب رب المال من الربح نصفه، ونصيب هذا العامل ربعه، فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة، وما أخذه." (١)

"الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منهما، والتالف يحسب في المضاربة من الربح. وهذا قول الشافعي.

(٣٧٢٥) فصل: وإن دفع إلى رجل ألفا يتجر فيه، فربح، فقال العامل: كان قرضا لي ربحه كله. وقال رب المال: كان قراضا فربحه بيننا. فالقول قول رب المال؛ لأنه ملكه، فالقول قوله في صفة خروجه عن يده. فإذا حلف قسمنا الربح بينهما

ويحتمل أن يتحالفا، ويكون للعامل أكثر الأمرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله؛ لأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح، فرب المال معترف له به، وهو يدعي الربح كله، وإن كان أجر مثله أكثر، فالقول قوله في عمله مع يمينه.

كما أن القول قول رب المال في ربح ماله، فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط، وإنما عمل لغرض لم يسلم له، فيكون له أجر المثل. وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه، فنص، أحمد في رواية مهنا، أنهما يتعارضان، ويقسم الربح بينهما نصفين. وإن قال رب المال: كان بضاعة. وقال العامل: بل كان قراضا. احتمل أن يكون القول قول العامل؛ لأنه عمله له، فيكون القول قوله فيه.

ويحتمل أن يتحالفا، ويكون للعامل أقل الأمرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله؛ لأنه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح، فلا يستحق زيادة عليه. وإن كان الأقل أجر مثله، فلم يثبت كونه قراضا، فيكون له أجر عمله. وإن قال رب المال: كان بضاعة. وقال العامل: كان قرضا. حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه، وكان له أجر عمله لا غير.

وإن خسر المال أو تلف، فقال رب المال: كان قرضا. وقال العامل: كان قراضا أو بضاعة. فالقول قول رب المال.

[فصل اشترط المضارب النفقة ثم ادعى أنه إنما أنفق من ماله وأراد الرجوع]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٥٦

(٣٧٢٦) فصل: وإذا اشترط المضارب النفقة، ثم ادعى أنه إنما أنفق من ماله، وأراد الرجوع، فله ذلك، سواء كان المال باقيا في يديه، أو قد رجع إلى مالكه. وبه قال أبو حنيفة إذا كان المال باقيا في يديه، وليس له ذلك إذا كان بعد رده. **ولنا**، أنه أمين، فكان القول قوله في ذلك، كما لو كان باقيا في يده، وكالوصي إذا ادعى النفقة على اليتيم.

(٣٧٢٧) فصل: إذا كان عبد بين رجلين، فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف، وقال: لم أقبض ثمنه. وادعى المشتري أنه قبضه، وصدقه الذي لم يبع، برئ المشتري من نصف ثمنه؛ لاعتراف شريك البائع بقبض وكيله حقه،." (١)

"(٣٧٣٤) فصل: ولا يبطل الإذن بالإباق. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يبطل؛ لأنه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة، بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه، فأشبه ما لو باعه. **ولنا**، أن الإباق لا يمنع ابتداء الإذن له في التجارة، فلم يمنع استدامته، كما لو غصبه غاصب أو حبس بدين عليه أو على غيره.
وما ذكروه غير صحيح؛ فإن سبب الولاية باق وهو الرق، ويجوز بيعه وإجارته ممن يقدر عليه، ويبطل بالمغصوب.

[فصل المأذون لا يتبرع بهبة الدراهم]
(٣٧٣٥) فصل: ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم، ولا كسوة الثياب. وتجوز هبته المأكول، وإعارة دابته، واتخاذ الدعوة، ما لم يكن إسرافا.
وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده؛ لأنه تبرع بمال مولاه، فلم يجز، كهبة دراهمه. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يجيب دعوة المملوك. وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد، أنه تزوج، فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -؛ منهم: عبد الله بن مسعود، وحذيفة، وأبو ذر، فأمهم وهو يومئذ عبد. رواه صالح في مسائله بإسناده ولأن العادة جارية بهذا بين التجار، فجاز، كما جاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها.." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٥٧

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٦٢

"ويجوز القبول على الفور والتراخي، نحو أن يبلغه أن رجلا وكله في بيع شيء منذ سنة، فيبيعه. أو يقول: قبلت. أو يأمره بفعل شيء، فيفعله بعد مدة طويلة؛ لأن قبول وكلاء النبي - صلى الله عليه وسلم - لوكالته كان بفعلهم، وكان متراخيا عن توكيله إياهم. ولأنه إذن في التصرف، والإذن قائم، ما لم يرجع عنه، فأشبه الإباحة. وهذا كله مذهب الشافعي.

[فصل تعليق الوكالة على شرط]

(٣٧٤٤) فصل: ويجوز تعليقها على شرط، نحو قوله: إذا قدم الحاج فبع هذا الطعام. وإذا جاء الشتاء فاشتر لنا فحما. وإذا جاء الأضحى فاشتر لنا أضحية. وإذا طلب منك أهلي شيئا فادفعه إليهم. وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا، أو فأنت وكيلي. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: لا يصح، لكن إن تصرف صح تصرفه؛ لوجود الإذن، وإن كان وكيلا بجعل فسد المسمى، وله أجر المثل؛ لأنه عقد يملك به التصرف في الحياة، فأشبه البيع. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أميركم زيد، فإن قتل فجعفر، فإن قتل فعبد الله بن رواحة» . وهذا في معناه.

ولأنه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه، وهو إباحة التصرف وصحته، فكان صحيحا، كما لو قال: أنت وكيلي في بيع عبدي إذا قدم الحاج. ولأنه لو قال: وكلتك في شراء كذا، في وقت كذا. صح بلا خلاف، ومحل النزاع في معناه. ولأنه إذن في التصرف، أشبه الوصية والتأمير. ولأنه عقد يصح بغير جعل، ولا يختص فاعله بكونه من أهل القربة، فصح بالجعل، كالتوكيل الناجز.

[فصل التوكيل بجعل وغير جعل]

(٣٧٤٥) فصل: ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - وكل أنيسا في إقامة الحد، وعروة في شراء شاة، وعمرا وأبا رافع في قبول النكاح بغير جعل. وكان يبعث عماله لقبض الصدقات، ويجعل لهم عمالة. ولهذا قال له ابنا عمه: لو بعثتنا على هذه الصدقات، فنؤدي إليك ما يؤدي الناس، ونصيب ما يصيبه الناس يعنيان العمالة. فإن كانت بجعل، استحق الوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل، إن كان مما يمكن تسليمه، كثوب ينسجه أو يقصره أو يخيطه، فمتى سلمه إلى الموكل معمولا فله الأجر.

وإن كان الخياط في دار الموكل، فكلما عمل شيئا وقع مقبوضا، فيستحق الوكيل الجعل إذا فرغ الخياط من

الخياطة. وإن وكل في بيع أو شراء أو حج، استحق الأجر إذا عمله. وإن لم يقبض الثمن في البيع. وإن قال: إذا." (١)

"بعت الثوب، وقبضت ثمنه، وسلمته إلي، فلك الأجر. لم يستحق منها شيئا حتى يسلمه إليه، فإن فاته التسليم لم يستحق شيئا؛ لفوات الشرط.

[فصل لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم]

(٣٧٤٦) فصل: ولا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم. فإن قال: وكلتك في كل شيء. أو في كل قليل وكثير. أو في كل تصرف يجوز لي. أو في كل مالي التصرف فيه. لم يصح. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال ابن أبي ليلى: يصح، ويملك به كل ما تناوله لفظه؛ لأنه لفظ عام، فصح فيما يتناوله، كما لو قال: بع مالي كله.

ولنا، أن في هذا غررا عظيما، وخطرا كبيرا؛ لأنه تدخل فيه هبة ماله، وطلاق نسائه، وإعتاق رقيقه، وتزوج نساء كثيرة. ويلزمه المهور الكثيرة، والأثمان العظيمة، فيعظم الضرر. وإن قال: اشتر لي ما شئت. لم يصح؛ لأنه قد يشتري ما لا يقدر على ثمنه. وقد روي عن أحمد، ما يدل على صحته؛ لقوله في رجلين، قال كل واحد منهما لصاحبه: م ا اشتريت من شيء فهو بيننا: إنه جائز. وأعجبه.

ولأن الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء. فعلى هذا ليس له أن يشتري إلا بثمن المثل فما دون، ولا يشتري ما لا يقدر الموكل على ثمنه، ولا ما لا يرى المصلحة له في شرائه. وإن قال: بع مالي كله، واقبض ديوني كلها. صح؛ لأنه قد يعرف ماله وديونه. وإن قال: بع ما شئت من مالي، واقبض ما شئت من ديوني. جاز؛ لأنه إذا جاز التوكيل في الجميع، ففي بعضه أولى.

وإن قال: اقبض ديني كله، وما يتجدد في المستقبل. صح. وقال أصحاب الشافعي: إذا قال: بع ما شئت من مالي. لم يجز. وإن قال: من عبيدي. جاز؛ لأنه محصور بالجنس. **ولنا**، أن ما جاز التوكيل في جميعه، جاز في بعضه، كعبده. وإن قال: اشتر لي عبدا، تركيا، أو ثوبا هرويا. صح.

وإن قال: اشتر لي عبدا، أو قال ثوبا ولم يذكر جنسه، صح أيضا. وقال أبو الخطاب: لا يصح. وهو مذهب الشافعي، لأنه مجهول. **ولنا**، أنه توكيل في شراء عبده، فلم يشترط ذكر نوعه، كالقراض. ولا يشترط ذكر قدر الثمن. ذكره القاضي. وقال أبو الخطاب: لا يصح حتى يذكر قدر الثمن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٨/٥

وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأن العبيد تتفاوت من الجنس الواحد، وإنما تتميز بالثمن. **ولنا**، أنه إذا ذكر نوعا، فقد أذن في أغلاه ثمنا، فيقل الغرر، ولأن تقدير الثمن يضر، فإنه قد لا يجد بقدر الثمن. ومن اعتبر ذكر الثمن، جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله.." (١)

"[فصل وكل وكيلين في تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف]

(٣٧٤٧) فصل: وإذا وكل وكيلين في تصرف، وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف، فله ذلك؛ لأنه مأذون له فيه. فإن لم يجعل له ذلك، فليس لأحدهما الانفراد به؛ لأنه لم يأذن له في ذلك، وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله. وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي. وإن وكلهما في حفظ ماله، حفظاه معا في حرز لهما؛ لأن قوله: افعلا كذا. يقتضي اجتماعهما على فعله، وهو مما يمكن، فتعلق بهما.

وفارق هذا قوله: بعتكما. حيث كان منقسما بينهما؛ لأنه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع، فانقسم بينهما. فإن غاب أحد الوكيلين، لم يكن للآخر أن يتصرف، ولا للحاكم ضم أمين إليه ليتصرفا؛ لأن الموكل رشيد جائز التصرف، لا ولاية للحاكم عليه، فلا يضم الحاكم وكيلا له بغير أمره. وفارق ما لو مات أحد الوصيين، حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أمينا ليتصرف؛ لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم، ولهذا لو لم يوص إلى أحد، أقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم.

وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين، والآخر غائب، وادعى الوكالة لهما، وأقام بينة سمعها الحاكم، وحكم بثبوت الوكالة لهما، ولم يملك الحاضر التصرف وحده، فإذا حضر الآخر تصرفا معا، ولا يحتاج إلى إعادة البينة؛ لأن الحاكم سمعها لهما مرة. فإن قيل: هذا حكم للغائب. قلنا: يجوز تبعا لحق الحاضر، كما يجوز أن يحكم بالوقف الذي يثبت لمن لم يخلق لأجل من يستحقه في الحال، كذا هاهنا. وإن جحد الغائب الوكالة، أو عزل نفسه، لم يكن للآخر أن يتصرف.

وبما ذكرناه قال أبو حنيفة، والشافعي. ولا نعلم فيه خلافا. وجميع التصرفات في هذا سواء. وقال أبو حنيفة: إذا وكلهما في خصومة، فلكل واحد منهما الانفراد بها. **ولنا**، أنه لم يرض بتصرف أحدهما، أشبه البيع والشراء.

[مسألة ليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك إليه]

(٣٧٤٨) مسألة؛ قال: (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه، إلا أن يجعل ذلك إليه) لا يخلو التوكيل من

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٦٩

ثلاثة أحوال: أحدها، أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل، فلا يجوز له ذلك بغير خلاف، لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه. فلم يجز، كما لو لم يوكله.

الثاني، أذن له في التوكيل، فيجوز له ذلك؛ لأنه عقد أذن له فيه، فكان له فعله، كالتصرف المأذون فيه. ولا نعلم في هذين خلافا. وإن قال له: وكلتك فاصنع ما شئت. فله أن يوكل. وقال أصحاب الشافعي: ليس له التوكيل في أحد الوجهين؛ لأن التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه، وقوله: اصنع ما شئت. يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه.." (١)

"الشافعي في الوصي؛ لأن الوصي يتصرف بولاية، بدليل أنه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه، والوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه. والجمع بينهما أولى؛ لأنه متصرف في مال غيره بالإذن، فأشبه الوكيل، وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية، كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة.

[فصل الولي في النكاح له التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها]

(٣٧٥١) فصل: فأما الولي في النكاح، فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها، أبا كان أو غيره. وقال القاضي في من ولايته غير ولاية الإجبار: هو كالوكيل، يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل. ولأصحاب الشافعي فيه وجهان؛ أحدهما، لا يملك التوكيل إلا بإذنها؛ لأنه لا يملك التزويج إلا بإذنها، أشبه الوكيل، ولنا، أن ولايته من غير جهتها، فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها، كالأب، بخلاف الوكيل، ولأنه متصرف بحكم الولاية الشرعية، أشبه الحاكم، ولأن الحاكم يملك تفويض عقود الأنكحة إلى غيره بغير إذن النساء، فكذلك الولي. وما ذكروه يبطل بالحاكم. والذي يعتبر إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه، بدليل أن الوكيل لا يستغني عن إذنها له في التزويج أيضا، فهو كالموكل في ذلك.

[فصل أذن الموكل في التوكيل فوكل]

(٣٧٥٢) فصل: إذا أذن الموكل في التوكيل، فوكل، كان الوكيل الثاني وكيلا للموكل، لأنه لا ينعزل بموت الوكيل الأول، ولا عزله، ولا يملك الأول عزل الثاني؛ لأنه ليس بوكيله. وإن أذن له أن يوكل لنفسه، جاز، وكان وكيلا للموكل ينعزل بموته وعزله إياه، وإن مات الموكل، أو عزل الأول، انعزلا جميعا؛ لأنهما فرعان له، لكن أحدهما فرع للآخر، فذهب حكمهما بذهاب أصلهما.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٧٠

وإن وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا، بل وجد عرفا، أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن، فالثاني وكيل الوكيل الأول، حكمه حكم ما لو أذن له أن يوكل لنفسه.

[فصل التوكيل في الخصومة]

(٣٧٥٣) فصل: إذا وكل رجلا في الخصومة، لم يقبل إقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره. وبه قال مالك، والشافعي، وابن أبي ليلى. وقال أبو حنيفة ومحمد: يقبل إقراره في مجلس الحكم، فيما عدا الحدود والقصاص. وقال أبو يوسف: يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره؛ لأن الإقرار أحد جوابي الدعوى، فصح من الوكيل، كالإنكار.

ولنا، أن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها، فلا يملكه الوكيل فيها، كالإبراء. وفارق الإنكار؛ فإنه لا يقطع الخصومة، ويملكه في الحدود والقصاص، وفي غير مجلس الحاكم. ولأن الوكيل." [١]

"لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار، فلو ملك الإقرار، لامتنع على الموكل الإنكار، فافترقا، ولا يملك المصالحة عن الحق، ولا الإبراء منه، بغير خلاف نعلمه؛ لأن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك. وإن أذن له في تثبيت حق، لم يملك قبضه. وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يملك قبضه؛ لأن المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله. **ولنا**، أن القبض لا يتناوله الإذن نطقا ولا عرفا، إذ ليس كل من يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه. وإن وكله في قبض حق، فجحد من عليه الحق، كان وكيلا في تثبيته عليه، في أحد الوجهين. وبه قال أبو حنيفة.

والآخر: ليس له ذلك، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأنهما معنيان مختلفان، فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر، كما لا يكون وكيلا في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الأول، أنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبيت؛ فكان إذنا فيه عرفا، ولأن القبض لا يتم إلا به، فملكه، كما لو وكل في شراء شيء ملك وزن ثمنه، أو في بيع شيء ملك تسليمه. ويحتمل أنه إن كان الموكل عالما بجحد من عليه الحق أو مطله، كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه، لعلمه بوقوف القبض عليه. وإن لم يعلم ذلك، لم يكن توكيلا فيه؛ لعدم علمه بتوقف القبض عليه. ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا. وقال بعض أصحاب أبي حنيفة: إن وكله في قبض عين لم يملك تثبيتها؛ لأنه وكيل في نقلها، أشبه الوكيل في نقل الزوجة.

ولنا، أنه وكيل في قبض حق، فأشبه الوكيل في قبض الدين. وما ذكروه يبطل بالتوكيل في قبض الدين؛ فإنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٧٢

وكيل في قبضه ونقله إليه.

[فصل وكل في بيع شيء]

(٣٧٥٤) فصل: وإن وكله في بيع شيء، ملك تسليمه؛ لأن إطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم، لكونه من تمامه، ولم يملك الإبراء من ثمنه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يملكه. **ولنا**، أن الإبراء ليس من البيع، ولا من تتمته، فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه، كالإبراء من غير ثمنه.

وأما قبض الثمن، فقال القاضي وأبو الخطاب: لا يمكن. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأنه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن. فعلى هذا إن تعذر قبض الثمن من المشتري، لم يلزم الوكيل شيء. ويحتمل أن يملك قبض الثمن؛ لأنه من موجب البيع، فملكه الوكيل فيه، كتسليم المبيع. فعلى هذا ليس له تسليم المبيع إلا بقبض الثمن أو حضوره. وإن سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه. والأولى أن ينظر فيه، فإن دلت قرينة الحال على قبض الثمن، مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل، أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له، كان إذنا في قبضه.

ومتى ترك قبضه كان." (١)

"فادعى الوكيل أنه اشتراه بذلك، فالقول قول الوكيل إذا، وإلا فالقول قول الموكل؛ لأن من كان القول قوله في أصل شيء، كان القول قوله في صفته.

وللشافعي قولان كهذين الوجهين. وقال أبو حنيفة: إن كان الشراء في الذمة، فالقول قول الموكل؛ لأنه غارم مطالب بالثمن. وإن اشترى بعين المال، فالقول قول الوكيل؛ لكونه الغارم؛ فإنه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة. **ولنا**، أنهما اختلفا في تصرف الوكيل، فكان القول قوله، كما لو اختلفا في البيع، ولأنه أمين في الشراء، فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري، كالمضارب، وكما لو قال له: اشتر بألف عند القاضي.

الحال الرابعة، أن يختلفا في الرد، فيدعيه الوكيل، فينكره الموكل، فإن كان بغير جعل، فالقول قول الوكيل؛ لأنه قبض المال لنفع مالكه، فكان القول قوله، كالمودع، وإن كان بجعل، ففيه وجهان؛ أحدهما، أن القول قوله؛ لأنه وكيل، فكان القول قوله، كالأول. والثاني، لا يقبل قوله؛ لأنه قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين، أو رد ثمنها. وجملة الأمناء على ضربين؛ أحدهما، من

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٧٣

قبض المال لنفع مالكه لا غير، كالمودع والوكيل بغير جعل، فيقبل قولهم في الرد؛ لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الأمانات، فيلحق الناس الضرر. الثاني، من ينتفع بقبض الأمانة، كالوكيل بجعل، والمضارب، والأجير المشترك، والمستأجر، والمرتهن، ففيهم وجهان. ذكرهما أبو الخطاب.

وقال القاضي: لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب في الرد؛ لأن أحمد نص عليه في المضارب، في رواية ابن منصور، ولأن من قبض المال لنفع نفسه، لا يقبل قوله في الرد. ولو أنكر الوكيل قبض المال، ثم ثبت ذلك ببينة، أو اعتراف، فادعى الرد أو التلف، لم يقبل قوله؛ لأن خيانته قد ثبتت بجحده. فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف، فهل تقبل بينته؟ على وجهين؛ أحدهما، لا تقبل؛ لأنه كذبها بجحده، فإن قوله: ما قبضت. يتضمن أنه لم يرد شيئا.

والثاني: تقبل؛ لأنه يدعي الرد والتلف قبل وجود خيانته. وإن كان جحوده أنك لا تستحق علي شيئا، أو ما لك عندي شيء، سمع قوله مع يمينه؛ لأن جوابه لا يكذب ذلك، فإنه إذا كان قد تلف." (١)

"أو رد، فليس له عنده شيء. فلا تنافي بين القولين، إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد قوله: ما لك عندي شيء. فلا يسمع قوله أيضا؛ لثبوت كذبه وخيانته.

الحالة الخامسة، إذا اختلفا في أصل الوكالة، فقال: وكلتني. فأنكر الموكل، فالقول قول الموكل؛ لأن الأصل عدم الوكالة، فلم يثبت أنه أمينه ليقبل قوله عليه.

ولو قال: وكلتك، ودفعت إليك مالا. فأنكر الوكيل ذلك كله، أو اعترف بالتوكيل، وأنكر دفع المال إليه، فالقول قوله؛ لذلك. ولو قال رجل لآخر: وكلتني أن أتزوج لك فلانة، بصداق كذا، ففعلت. وادعت المرأة ذلك، فأنكر الموكل، فالقول قوله. نص عليه أحمد، فقال: إن أقام البينة، وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح. قال أحمد: ولا يستحلف.

قال القاضي: لأن الوكيل يدعي حقا لغيره. فأما إن ادعته المرأة، فينبغي أن يستحلف؛ لأنها تدعي الصداق في ذمته، فإذا حلف لم يلزمه الصداق، ولم يلزم الوكيل منه شيء؛ لأن دعوى المرأة على الموكل، وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل. ونقل إسحاق بن إبراهيم عن أحمد، أن الوكيل يلزمه نصف الصداق؛ لأن الوكيل في الشراء ضامن للثمن، وللبائع مطالبته به، كذا هاهنا. والأول أولى؛ لما ذكرناه.

ويفارق الشراء؛ لأن الثمن مقصود البائع، والعادة تعجيله وأخذه من المتولي للشراء، والنكاح يخالفه في هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٦/٥

كله، ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر، فلها الرجوع عليه بنصفه؛ لأنه ضمنه عن الموكل، وهو مقر بأنه في ذمته. وبهذا قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، والشافعي.

وقال محمد بن الحسن: يلزم الوكيل جميع الصداق؛ لأن الفرقة لم تقع بإنكاره، فيكون ثابتا في الباطن، فيجب جميع الصداق. **ولنا**، أنه يملك الطلاق، فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه، فصار بمنزلة إيقاعه لها تحرم به. قال أحمد: ولا تتزوج المرأة حتى يطلق، لعله يكون كاذبا في إنكاره. وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها؛ لأنها معترفة بأنها زوجة له، فيؤخذ بإقرارها، وإنكاره ليس بطلاق.

وهل يلزم الموكل طلاقها؟ يحتمل أن لا يلزمه؛ لأنه لم يثبت في حقه نكاح، ولو ثبت لم يكلف الطلاق. ويحتمل أن يكلفه، لإزالة الاحتمال، وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه. فأشبه النكاح الفاسد. ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة، فتزوجها له، ثم مات الغائب، لم ترثه المرأة، إلا أن يصدقه الورثة، أو يثبت ببينة. وإن أقر الموكل بالتوكيل في التزويج، وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له، فهاهنا الاختلاف في تصرف الوكيل، والقول قول الوكيل فيه، فيثبت التزويج هاهنا.

وقال القاضي: لا يثبت. وهو قول أبي حنيفة، لأنه لا تتعذر إقامة البينة عليه، لكونه لا ينعقد إلا بها. وذكر أن أحمد نص عليه. وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها.." (١)

"قبضهما، وأقام بذلك بينة، وجب الدفع إليه. وإن لم يقم بينة، لم يلزمه دفعها إليه، سواء صدقه في أنه وكيله أو كذبه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إن صدقه، لزمه وفاء الدين.

وفي دفع العين إليه روايتان؛ أشهرهما، لا يجب تسليمها. واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء، فلزمه، إيفاؤها، كما لو أقر له أنه وارثه. **ولنا**، أنه تسليم لا يبرئه، فلا يجب، كما لو كان الحق عينا، وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير. وفارق الإقرار بكونه وارثه؛ لأنه يتضمن براءته؛ فإنه أقر بأنه لا حق لسواه. فأما إن أنكر وكالته، لم يستحلف. وقال أبو حنيفة: يستحلف. ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق، فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق، ألزمه اليمين عند التكذيب، كسائر الحقوق، ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق، قال: لا يلزمه اليمين عند التكذيب؛ لعدم فائدتها.

فإن دفع إليه مع التصديق أو مع عدمه، فحضر الموكل، وصدق الوكيل، برئ الدافع، وإن كذبه، فالقول قوله مع يمينه، فإذا حلف، وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل، فله أخذها، وله مطالبة من شاء بردها؛ لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها، والوكيل عين ماله في يده. فإن طالب الدافع، فللدافع مطالبة الوكيل بها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٧٧

وأخذها من يده، ليسلمها إلى صاحبها.

وإن تلفت العين، أو تعذر ردها، فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منهما؛ لأن الدافع ضمنها بالدفع، والمدفوع إليه قبض ما لا يستحق قبضه. وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر؛ لأن كل واحد منهما يدعي أن ما يأخذه المالك ظلم، ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد، فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة. فإن ضمن رجع على الوكيل؛ لكونه لم يقر بوكالته، ولا ثبتت ببينة.

وإن ضمن الوكيل، لم يرجع عليه. وإن صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط، استقر الضمان عليه. فإن ضمن، لم يرجع على أحد، وإن ضمن الدافع، رجع عليه؛ لأنه وإن كان يقر أنه قبضه قبضا صحيحا، لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه، فالدافع يقول: ظلمني المالك بالرجوع علي. وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل، فبأخذه يستوفي حقه منه. فأما إن كان المدفوع دينا، لم يرجع إلا على الدافع وحده؛ لأن حقه في ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق، والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق، والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكا لصاحب الحق، وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه، فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل، ويكون قصاصا مما أخذ منه صاحب الحق.

وإن كان قد تلف في يد الوكيل، لم يرجع عليه بشيء؛ لأنه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه، إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه، فيرجع عليه.." (١)

"وبعض الشافعية. وقال بعضهم: لا يجوز؛ لأن يد العبد كيد سيده، فأشبه ما لو وكله في الشراء من نفسه، ولهذا يحكم للإنسان بما في يد عبده. وذكر أصحابنا وجها كذلك. **ولنا** أنه يجوز أن يشتري عبدا من غير مولاه، فجاز أن يشتريه من مولاه، كالأجنبي، وإذا جاز أن يشتري غيره، جاز أن يشتري نفسه، كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها، جاز في طلاق نفسها. والوجه الذي ذكره أصحابنا لا يصح؛ لأن أكثر ما يقدر هاهنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده، وقد ذكرنا صحة توكيل السيد في الشراء والبيع من نفسه، فهاهنا أولى.

فعلى هذا، إذا قال العبد: اشتريت نفسي لزيد فصدقه سيده وزيد، صح، ولزم زيدا الثمن. وإن قال السيد: ما اشتريت نفسك إلا لنفسك. عتق العبد بقوله وإقراره على نفسه بما يعتق به، ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده؛ لأن زيدا لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له، وكون سيده لا يدعيه عليه، فلزم العبد، لأن الظاهر

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٨٣

ممن باشر العقد أنه له. وإن صدقه السيد وكذبه زيد، نظرت في تكذيبه، فإن كذبه في الوكالة، حلف وبرئ، وللسيد فسخ البيع، واسترجاع عبده؛ لتعذر ثمنه، وإن صدقه في الوكالة وكذبه في أنك ما اشتريت نفسك لي، فالقول قول العبد؛ لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه.

[فصل وكل عبده في إعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها]

(٣٧٧٣) فصل: وإن وكل عبده في إعتاق نفسه، أو امرأته في طلاق نفسها، صح. وإن وكل العبد في إعتاق عبيده، والمرأة في طلاق نسائه، لم يملك العبد إعتاق نفسه، ولا المرأة طلاق نفسها؛ لأن ذلك ينصرف بإطلاقه إلى التصرف في غيره.

ويحتمل أن لهما ذلك، أخذا من عموم لفظه، كما يجوز للوكيل في البيع، البيع من نفسه، في إحدى الروايتين. وإن وكل غريما له في إبراء نفسه، صح؛ لأنه وكله في إسقاط حق عن نفسه، فأشبه توكيل العبد في إعتاق نفسه. وإن وكله في إبراء غرمائه، لم يكن ىه أن يبرئ نفسه، كما لو وكله في حبس غرمائه، لم يملك حبس نفسه. ولو وكله في خصومتهم، لم يكن وكيلا في خصومة نفسه.

ويحتمل أن يملك إبراء نفسه؛ لما ذكرنا من قبل. وإن وكل المضمون عنه، في إبراء الضامن فأبرأه، صح. ولا يبرأ المضمون عنه. وإن وكل الضامن في إبراء المضمون عنه، أو الكفيل في إبراء المكفول عنه، فأبرأه، صح، وبرئ الوكيل ببراءته؛ لأنه فرع عليه، فإذا برئ الأصل برئ الفرع ببراءته.

[فصل وكله في إخراج صدقة على المساكين وهو مسكين]

(٣٧٧٤) فصل: وإن وكله في إخراج صدقة على المساكين وهو مسكين، أو أوصى إليه بتفريق ثلثه على قوم وهو منهم، أو دفع إليه مالا وأمره بتفريقه على من يريد، أو دفعه إلى من شاء، فالمنصوص عن أحمد أنه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئا، فإن أحمد قال: إذا كان في يده مال للمساكين وأبواب البر وهو محتاج،." (١)

"فلا يأكل منه شيئا، إنما أمره بتنفيذه؛ وذلك لأن إطلاق لفظ الموكل ينصرف إلى دفعه إلى غيره. ويحتمل أن يجوز له الأخذ إذا تناوله عموم اللفظ، كالمسائل التي تقدمت، ولأن المعنى الذي حصل به الاستحقاق متحقق فيه، واللفظ متناول له، فجاز له الأخذ كغيره.

ويحتمل الرجوع في ذلك إلى قرائن الأحوال، فما غلب على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره، فله

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٨٧

الأخذ منه، وما غلب أنه لم يرده، فليس له الأخذ، وما تساوى فيه الأمران، احتمل وجهين. وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته؟ فيه وجهان؛ أولهما، جوازه؛ لدخولهم، في عموم لفظه، ووجود المعنى المقتضي لجواز الدفع إليهم. فأما من تلزمه مؤنته غير هؤلاء، فيجوز الدفع إليهم، كما يجوز دفع صدقة التطوع إليهم.

[مسألة شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل]

(٣٧٧٥) مسألة؛ قال: (وشراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل جائز. وكذلك شراؤه له من نفسه) . يعني أن الأب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره. ويبيع ولده من مال نفسه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والأوزاعي وزادوا الجد، فأباحوا له ذلك. وقال زفر لا يجوز؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد، فلا يجوز أن يتعلق به حكمان متضادان، ولأنه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد، كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه. **ولنا**، أن هذا يلي بنفسه، فجاز أن يتولى طرفي العقد، كالأب يزوج ابنته عبده الصغير، والسيد يزوج عبده أمته. ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعاقد لغيره.

فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنه، على ما سنذكره في موضعه، فينزل منزلة الأجنبي. ولأن التهمة بين الأب وولده منتفية، إذ من طبعه الشفقة عليه، والميل له، وترك حظ نفسه لحظه، فلذلك جاز. وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه؛ فإن التهمة غير منتفية في حقهم.

وأما تولي طرفي العقد، فيجوز، بدليل الأصل الذي ذكرناه. ولا نسلم ما ذكره فيما إذا أراد أن يتزوج ابنة عمه، بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ: أتجعلين أمرك إلي؟ قالت: نعم. قال: قد تزوجتك. ولئن سلمنا فإن التهمة غير منتفية ثم.

[مسألة فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته]

(٣٧٧٦) مسألة؛ قال: (وما فعل الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فباطل) . وجملته أن الوكالة عقد جائز من الطرفين، فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه؛ لأنه إذن في التصرف، فكان لكل واحد منهما إبطاله، كما لو أذن في أكل طعامه. وتبطل أيضا بموت." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٨٨

"أحدهما، أيهما كان، وجنونه المطبق. ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم.

فمتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل، أو موته، فهو باطل إذا علم ذلك. فإن لم يعلم الوكيل بالعزل، ولا موت الموكل، فعن أحمد فيه روايتان. وللشافعي فيه قولان. وظاهر كلام الخرقي هذا أنه ينعزل، علم أو لم يعلم. ومتى تصرف، فبان أن تصرفه بعد عزله أو موت موكله، فتصرفه باطل؛ لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضى صاحبه، فلا يفتقر إلى علمه، كالطلاق والعتاق. والرواية الثانية عن أحمد، لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله.

نص عليه في رواية جعفر بن محمد، لأنه لو انعزل قبل علمه، كان فيه ضرر؛ لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة، وربما باع الجارية فيطؤها المشتري، أو الطعام فيأكله، أو غير ذلك، فيتصرف فيه المشتري، ويجب ضمانه، ويتضرر المشتري والوكيل. ولأنه يتصرف بأمر الموكل، ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه، كالفسخ. فعلى هذه الرواية، متى تصرف قبل العلم، نفذ تصرفه.

وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل، فلا ينعزل قبل علمه؛ لما ذكرنا. وإن عزل الوكيل نفسه، لم ينعزل إلا بحضرة الموكل؛ لأنه متصرف بأمر الموكل، فلا يصح رد أمره بغير حضرته، كالمودع في رد الوديعة. **ولنا**، ما تقدم. فأما الفسخ ففيه وجهان، كالروايتين. ثم هما مفترقان؛ فإن أمر الشارع يتضمن المعصية بتركه، ولا يكون عاصيا من غير علمه، وهذا يتضمن العزل عنه إبطال التصرف، فلا يمنع منه عدم العلم.

[فصل خروج الموكل والوكيل عن كونهما من أهل التصرف]

(٣٧٧٧) فصل: ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف، مثل أن يجن، أو يحجر عليه لسفه، فحكمه حكم الموت؛ لأنه لا يملك التصرف، فلا يملكه غيره من جهته. قال أحمد في الشركة: إذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل. وإن حجر على الوكيل لفلس، فالوكالة بحالها؛ لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف. وإن حجر على الموكل، وكانت الوكالة في أعيان ماله، بطلت؛ لانقطاع تصرفه في أعيان ماله. وإن كانت في الخصومة، أو الشراء في الذمة، أو الطلاق، أو الخلع، أو القصاص، فالوكالة بحالها؛ لأن الموكل أهل لذلك، وله أن يستنيب فيه ابتداء، فلا تنقطع الاستدامة.

وإن فسق الوكيل لم ينعزل؛ لأنه من أهل التصرف، إلا أن تكون الوكالة فيما ينافيه الفسق، كالإيجاب في

عقد النكاح، فإنه ينعزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف. وإن كان وكيلا في القبول للموكل، لم ينعزل بفسق موكله؛ لأنه لا ينافي جواز قبوله. وهل ينعزل بفسق نفسه؟ فيه وجهان.." (١)

"وإن كان وكيلا فيما تشترط فيه الأمانة، كوكيل ولي اليتيم، وولي الوقف على المساكين، ونحو هذا، انعزل بفسقه وفسق موكله بخروجهما بذلك عن أهلية التصرف.

وإن كان وكيلا لوكيل من يتصرف في مال نفسه، انعزل بفسقه؛ لأن الوكيل ليس له توكيل فاسق، ولا ينعزل بفسق موكله؛ لأن موكله وكيل لرب المال، ولا ينافيه الفسق، ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والإغماء؛ لأن ذلك لا يخرجه عن أهلية التصرف، ولا تثبت عليه ولاية، إلا أن يحصل الفسق بالسكر، فيكون فيه من التفصيل ما أسلفناه.

[فصل التعدي فيما وكل فيه]

(٣٧٧٨) فصل: ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه، مثل أن يلبس الثوب، ويركب الدابة. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. والوجه الثاني، تبطل الوكالة؛ لأنها عقد أمانة، فتبطل بالتعدي كالوديعة. **ولنا**، أنه إذا تصرف فقد تصرف بإذن موكله، فصح، كما لو لم يتعد. ويفارق الوديعة من جهة أنها أمانة مجردة، فنافاها التعدي والخيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الأمانة، فإذا انتفت الأمانة بالتعدي، بقي الإذن بحاله.

فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه. صار ضامنا. فإذا باعه، صح بيعه، وبرئ من ضمانه؛ لدخوله في ملك المشتري وضمانه. فإذا قبض الثمن، كان أمانة في يده غير مضمون عليه؛ لأنه قبضه بإذن الموكل، ولم يتعد فيه. ولو دفع إليه مالا، ووكله في شراء شيء، فتعدى في الثمن، صار ضامنا له، فإذا اشترى به وسلمه، زال الضمان، وقبضه للمبيع قبض أمانة وإن وجد بالمبيع عيب، فرد عليه، أو وجد هو بما اشترى عيبا، فرده وقبض الثمن، كان مضمونا عليه؛ لأن العقد المزيل للضمان زال، فعاد ما زال عنه.

[فصل وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها]

(٣٧٧٩) فصل: وإن وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره، ثم طلقها، لم تنفسخ الوكالة؛ لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة، فلا يقطع استدامتها. وإن وكل عبده، ثم أعتقه، أو باعه، لم ينعزل؛ لذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٨٩

ويحتمل أن ينعزل، لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة، إنما هو استخدام بحق الملك، فيبطل بزوال الملك. وإذا باعه فقد صار إلى ملك من لم يأذن في توكيله، وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله بغير إذنه، فيقطع استدامته. وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه. والصحيح أن الوكالة لا تبطل؛ لأن سيد العبد أذن له في بيع ماله، والعتق لا يبطل؛ الإذن. وهكذا إن باعه، إلا أن المشتري إن رضي ببقائه على الوكالة، بقي، وإن لم يرض بذلك، بطلت الوكالة

وإن وكل عبد غيره، فأعتقه، لم تبطل الوكالة، وجها واحدا؛ لأن هذا توكيل حقيقة، والعتق." (١)

"فإذا وكله في طلاق امرأته، ثم وطئها، انفسخت الوكالة؛ لأن ذلك يدل على رغبته فيها، واختياره إمساكها. وكذلك إن وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعيا، كان ارتجاعا لها، فإذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها، فلأن يقتضي استبقاءها على نكاحها ومنع طلاقها أولى. وإن باشرها دون الفرج، أو قبلها، أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج، فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين، بناء على الخلاف في حصول الرجعة به. وإن وكله في بيع عبد، ثم أعتقه، أو باعه بيعا صحيحا، أو كاتبه، أو دبره، انفسخت الوكالة؛ لأنه بزوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه، وفي الكتابة والتدبير على إحدى الروايتين لم يبق محلا للبيع، وعلى الرواية الأخرى، تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه. وإن باعه بيعا فاسدا لم تبطل الوكالة؛ لأن ملكه في العبد لم يزل. ذكره ابن المنذر.

[مسألة وكل في شراء شيء فاشترى غيره]

(٥٨٣٧ (مسألة؛ قال: (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره، كان الآمر مخيرا في قبول الشراء، فإن لم يقبل، لزم الوكيل، إلا أن يكون اشتراه بعين المال، فيبطل الشراء) وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله، فاشترى غير ما وكل في شرائه، مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية، لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال، فإن كان اشتراه في ذمته، ثم نقد ثمنه، فالشراء صحيح؛ لأنه إنما اشترى بثمن في ذمته، وليس ذلك ملكا لغيره.

وقال أصحاب الشافعي: لا يصح، في أحد الوجهين؛ لأنه عقده على أنه للموكل، ولم يأذن فيه، فلم يصح، كما لو اشترى بعين ماله. **ولنا**، أنه لم يتصرف في ملك غيره، فصح كما لو لم ينوه لغيره. إذا ثبت هذا، فعن أحمد روايتان؛ إحداهما، الشراء لازم للمشتري. وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي؛ لأنه اشترى في

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٩٠

ذمته بغير إذن غيره، فكان الشراء له، كما لو لم ينو غيره.

والرواية الثانية، يقف على إجازة الموكل، فإن أجازه لزمه؛ لأنه اشترى له وقد أجازه، فلزمه، كما لو اشترى بإذنه، وإن لم يجزه لزم الوكيل؛ لأنه لا يجوز أن يلزم الموكل، لأنه لم يأذن في شرائه، ولزم الوكيل؛ لأن الشراء صدر منه، ولم يثبت لغيره، فيثبت في حقه، كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئا في ذمته لغيره بغير إذنه، سواء كان وكيلا للذي قصد الشراء له، أو لم يكن وكيلا له.." (١)

"وإن قال: اشتر لي في ذمتك. أو قال: تسلف لي ألفا في كر طعام، واقض الثمن عني من مالك، أو من الدين الذي لي عليك. صح؛ لأنه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه، فإذا قضاه من الدين الذي عليه، فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه إليه، وإن قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه، صار قرضا عليه.

[فصل لا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف]

(٣٧٨٨) فصل: ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله، من جهة النطق، أو من جهة العرف؛ لأن تصرفه بالإذن، فاختص بما أذن فيه، والإذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى. ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيد، لم يملك التصرف قبله ولا بعده؛ لأنه لم يتناوله إذنه مطلقا ولا عرفا؛ لأنه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة إليه دون غيره، ولهذا لما عين الله تعالى لعبادته وقتا، لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه.

فلو قال له: بع ثوبي غدا. لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد. وإن عين له المكان، وكان يتعلق به غرض، مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق، وكان ذلك السوق معروفا بجودة، النقد، أو كثرة الثمن، أو حله، أو بصلاح أهله، أو بمودة بين الموكل وبينهم، تقيد الإذن به؛ لأنه قد نص على أمر له فيه غرض، فلم يجز تفويته. وإن كان هو وغيره سواء في الغرض، لم يتقيد الإذن به، وجاز له البيع في غيره؛ لمساواته المنصوص عليه في الغرض، فكان تنصيصه على أحدهما إذنا في الآخر، كما لو استأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء، كان إذنا في زراعة مثله فما دونه، ولو اشترى عقارا كان له أن يسكنه مثله، ولو نذر صلاة أو اعتكافا في مسجد، جاز الاعتكاف والصلاة في غيره

وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره. وإن عين له المشتري، فقال: بعه فلانا. لم يملك بيعه لغيره، بغير خلاف

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٣/٥

علمناه، سواء قدر له الثمن أو لم يقدره؛ لأنه قد يكون له غرض في تمليكه إياه دون غيره، إلا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري.

[فصل وكله في عقد فاسد]

(٣٧٨٩) فصل: وإن وكله في عقد فاسد، لم يملكه؛ لأن الله تعالى لم يأذن فيه، ولأن الموكل لا يملكه، فالوكيل أولى. ولا يملك الصحيح؛ لأن الموكل لم يأذن فيه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: يملك الصحيح؛ لأنه إذا أذن في الفاسد، فالصحيح أولى. **ولنا**، أنه أذن له في محرم، فلم يملك الحلال بهذا الإذن، كما لو أذن في شراء خمر وخنزير، لم يملك شراء الخيل والغنم.." [١]

"كان في المنطوق به غرض مختص به لم يجز تفويته، ولا ثبوت الحكم في غيره. وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر.

[فصل وكله في الشراء بثمن نقدا فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد]

(٣٧٩٤) فصل: وإن وكله في الشراء بثمن نقدا، فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد، لم يقع للموكل. وإن اشتراه نسيئة بثمنه نقدا، أو بما عينه له، فهي كالتي قبلها. ويصح للموكل في قول القاضي. وعلى ما ذكرنا ينظر في ذلك؛ فإن كان فيه ضرر، نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك، لم يجز، كق**ولنا** في التي قبلها. ولأصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان.

[فصل لا يبيع الوكيل بدون ثمن المثل ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل]

(٣٧٩٥) فصل: وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل، أو دون ما قدره له، ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له. وبهذا قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد وقال أبو حنيفة: إذا أطلق الوكالة في البيع، فله البيع بأي ثمن كان؛ لأن لفظه في الإذن مطلق، فيجب حمله على إطلاقه. **ولنا**، أنه توكيل مطلق في عقد معاوضة، فاقتضى ثمن المثل، كالشراء، فإنه وافق عليه، وما ذكره ينتقض بالشراء.

فإن باع بأقل من ثمن المثل، أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله، أو باع بدون ما قدره له، أو اشترى بأكثر منه، فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء. وهذا قول الشافعي وعن أحمد أن البيع

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٩٥

جائز دون الشراء، ويضمن الوكيل النقص؛ لأن من صح بيعه بثمن المثل، صح بدونه كالمريض. فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحا، وعلى الوكيل ضمان النقص، وفي قدره وجهان؛ أحدهما، ما بين ثمن المثل وما باعه به.

والثاني، ما بين ما يتغابن الناس به، وما لا يتغابن الناس به، لأن ما يتغابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه. والأول أقيس؛ لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع، فأشبه بيع الأجنبي. ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان، فأشبه الشراء. وكل تصرف كان الوكيل مخالفا فيه لموكله، فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبي، على ما يذكر في موضعه إن شاء الله. وأما ما يتغابن الناس به عادة، فمعفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر له الثمن؛ لأن ما يتغابن الناس به يعد ثمن المثل، ولا يمكن التحرز عنه. ولو حضر من يزيد على ثمن المثل، لم يجز أن يبيع بثمن المثل؛ لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله.

وإن باع بثمن المثل، فحضر من يزيد في مدة الخيار، لم يلزمه فسخ العقد." (١)

"وفوات الثمن بتلفه، وإن أخره بناء على هذا القول، فلم يرض به الموكل، لم يسقط رده. وإن قلنا: الرد على الفور؛ لأنه أخره بإذن البائع فيه.

وإن قال البائع: موكلك قد علم العيب فرضيه. لم يقبل قوله إلا ببينة، فإن لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل، إلا أن يدعي علمه، فيحلف على نفي العلم. وبهذا قال الشافعي. وعن أبي حنيفة – رضي الله عنه – أنه لا يستحلف؛ لأنه لو حلف كان نائبا في اليمين، وليس بصحيح، فإنه لا نيابة هاهنا، وإنما يحلف على نفي علمه، وهذا لا ينوب فيه عن أحد.

فإن رد الوكيل، وحضر الموكل، وقال: بلغني العيب، ورضيت به. وصدقه البائع، أو قامت به بينة، لم يقع الرد موقعه، وكان للموكل استرجاعه، وللبائع رده عليه؛ لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد، بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد، إلا أن نقول: إن الوكيل لا ينعزل حتى يعلم العزل. وإن رضي الوكيل المعيب، أو أمسكه إمساكا ينقطع به الرد، فحضر الموكل، فأراد الرد، فله ذلك إن صدقه البائع أن الشراء له، أو قامت به بينة. وإن كذبه ولم تكن به بينة، فحلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له، فليس له رده؛ لأن الظاهر أن من اشترى شيئا فهو له، ويلزم الوكيل، وعليه غرامة الثمن. وهذا كله مذهب الشافعي.

وقال أبو حنيفة: للوكيل شراء المعيب؛ لأن التوكيل في البيع مطلقا يدخل المعيب في إطلاقه، ولأنه أمينه في الشراء، فجاز له شراء المعيب، كالمضارب. **ولنا**، أن البيع بإطلاقه يقتضي الصحيح دون المعيب،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٨/٥

فكذلك الوكالة فيه، ويفارق المضاربة من حيث إن المقصود فيها الربح، والربح يحصل من المعيب كحصوله من الصحيح، والمقصود من الوكالة شراء ما يقتني أو يدفع به حاجته، وقد يكون العيب مانعا من قضاء الحاجة به ومن قنيته، فلا يحصل المقصود.

وقد ناقض أبو حنيفة أصله؛ فإنه قال في قوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ [المجادلة: ٣] : لا تجوز العمياء ولا معيبة عيبا يضر بالعمل. وقال هاهنا: يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين.

[فصل أمره بشراء سلعة بعينها فاشتراها فوجدها معيبة]

(٣٨٠٢) فصل: وإن أمره بشراء سلعة بعينها، فاشتراها، فوجدها معيبة، احتمل أن له الرد؛ لأن الأمر يقتضي السلامة، فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة. ويحتمل أن لا يملك الرد؛ لأن الموكل قطع نظره بالتعيين، فربما رضيه على جميع صفاته. وإن علم عيبه قبل شرائه، فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين أيضا، مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه.

وإن قلنا: يملك رده. فليس له شراؤه؛ لأن العيب إذا جاز به الرد بعد العقد فلأن يمنع من الشراء أولى. وإن قلنا: لا يملك الرد ثم. فله الشراء هاهنا؛ لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد، فكذلك في الشراء.." (١)

"[فصل اشترى الوكيل لموكله شيئا بإذنه]

(٣٨٠٣) فصل: وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئا بإذنه، انتقل الملك من البائع إلى الموكل، ولم يدخل في ملك الوكيل، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يدخل في ملك الوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل، بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه، ولم ينتقل إلى الموكل. **ولنا**، أنه قبل عقدا لغيره صح له، فوجب أن ينتقل الملك إليه، كالأب والوصي، وكما لو تزوج له. وقولهم: إن حقوق العقد تتعلق به. غير مسلم

ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذميا في شراء خمر أو خنزير، فاشتراه له، لم يصح الشراء. وقال أبو حنيفة: يصح، ويقع للذمي؛ لأن الخمر مال لهم، لأنهم يتمولونها ويتبايعونها، فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم. **ولنا**، أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه، لا يجوز أن يوكل فيه، كتزويج المجوسية. وبهذا خالف سائر أموالهم. وإذا باع الوكيل بثمن معين، ثبت الملك للموكل في الثمن؛ لأنه بمنزلة المبيع. وإن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٢/٥

كان الثمن في الذمة، فللوكيل والموكل المطالبة به.

وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ليس للموكل المطالبة؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه، ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله، فكذلك القبض.

ولنا، أن هذا دين للموكل يصح قبضه له، فملك المطالبة به، كسائر ديونه التي وكل فيها، ويفارق مجلس العقد؛ لأن ذلك من شروط العقد، فتعلق بالعاقد، كالإيجاب، والقبول. وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من أمواله، فكانت له المطالبة به. ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به، وإنما تتعلق بالموكل، وهي تسليم الثمن، وقبض المبيع، والرد بالعيب، وضمان الدرك. فأما ثمن ما اشتراه إذا كان في الذمة فإنه يثبت في ذمة الموكل أصلا، وفي ذمة الوكيل تبعا، كالضامن، وللبائع مطالبة من شاء منهما، فإن أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل، وإن أبرأ الموكل برئ الوكيل أيضا، كالضامن والمضمون عنه سواء.

وإن دفع الثمن إلى البائع، فوجد به عيبا، فرده على الوكيل، كان أمانة في يده. إن تلف فهو من ضمان الموكل. ولو وكل رجلا يتسلف له ألفا في كر حنطة، ففعل، ملك الموكل ثمنها، والوكيل ضامن عن موكله، كما تقدم.

[فصل دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري منديلا]

(٣٨٠٤) فصل: قال أحمد في رواية مهنا: إذا دفع إلى رجل ثوبا ليبيعه، ففعل، فوهب له المشتري منديلا، فالمنديل لصاحب الثوب. إنما قال ذلك لأن هبة المنديل سببها البيع، فكان المنديل زيادة في الثمن، والزيادة في مجلس العقد تلحق به.." (١)

"مختلف. والجري: الوكيل.

ولو قال أحدهما: أشهد أنه وكله. وقال الآخر: أشهد أنه أذن له في التصرف تمت الشهادة؛ لأنهما لم يحكيا لفظ الموكل، وإنما عبرا عنه بلفظهما، واختلاف لفظهما لا يؤثر إذا اتفق معناه. ولو قال أحدهما: أشهد أنه أقر عندي أنه وكله. وقال الآخر: أشهد أنه أقر أنه جريه. أو أنه أوصى إليه بالتصرف في حياته. ثبتت الوكالة بذلك.

وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده، وشهد الآخر أنه وكله وزيدا، أو شهد أنه وكله في بيعه، وقال: لا تبعه حتى تستأمرني، أو تستأمر فلانا. لم تتم الشهادة؛ لأن الأول أثبت استقلاله بالبيع من غير شرط.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٣/٥

والثاني ينفي ذلك، فكانا مختلفين. وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده، وشهد الآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته، حكم بالوكالة في العبد؛ لاتفاقهما عليه، وزيادة الثاني لا تقدح في تصرفه في الأول، فلا تضره. وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد، وشهد الآخر أنه وكله في بيعه لزيد وإن شاء لعمرو.

[فصل الوكالة والعزل بخبر الواحد]

(٣٨٠٧) فصل: ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد. وإن لم يكن ثقة. ويجوز التصرف للمخبر بذلك، إذا غلب على ظنه صدق المخبر، بشرط الضمان إن أنكر الموكل. ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولا؛ لأن اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق، فسقط اعتباره، ولأنه أذن في التصرف ومنع منه، فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة، كاستخدام غلامه. **ولنا**، أنه عقد مالي، فلا يثبت بخبر الواحد، كالبيع، وفارق الاستخدام؛ فإنه ليس بعقد. ولو شهد اثنان أن فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر، فقال الوكيل: ما علمت هذا، وأنا أتصرف عنه. ثبتت الوكالة؛ لأن معنى ذلك أني لم أعلم إلى الآن، وقبول الوكالة يجوز متراخيا، وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه، فلا يضر جهله به. وإن قال: ما أعلم صدق الشاهدين. لم تثبت وكالته؛ لقدحه في شهادتهما.

وإن قال: ما علمت. وسكت، قيل له: فسر. فإن فسر بالأول ثبتت وكالته، وإن فسره بالثاني لم تثبت.

[فصل سماع البينة بالوكالة على الغائب]

(٣٨٠٨) فصل: ويصح سماع البينة بالوكالة على الغائب، وهو أن يدعي أن فلانا الغائب وكلني في كذا. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح. بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح. **ولنا**، أنه لا يعتبر رضاه في سماع البينة، فلا يعتبر حضوره كغيره.

وإذا قال له من عليه الحق: احلف أنك تستحق مطالبتي. لم تسمع دعواه؛ لأن ذلك طعن في الشهادة. وإن قال: قد عزلك الموكل، فاحلف أنه ما عزلك. لم يستحلف؛ لأن الدعوى على الموكل، واليمين لا تدخلها النيابة. وإن قال: أنت." (١)

"تعلم أن موكلك قد عزلك. سمعت دعواه. وإن طلب اليمين من الوكيل، حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله؛ لأن الدعوى عليه. وإن أقام الخصم بينة بالعزل، سمعت، وانعزل الوكيل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٠٥

[فصل شهادة الوكيل على موكله]

(٣٨٠٩) فصل: وتقبل شهادة الوكيل على موكله؛ لعدم التهمة، فإنه لا يجر بها نفعا، ولا يدفع بها ضررا. وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه؛ لأنه لا يجر إلى نفسه نفعا. ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه؛ لأنه يثبت لنفسه حقا، بدليل أنه إذا وكله في قبض حق، فشهد به له، ثبت استحقاق قبضه، ولأنه خصم فيه، بدليل أنه يملك المخاصمة فيه. فإن شهد بما كان وكيلا فيه بعد عزله، لم تقبل أيضا، سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم.

وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة إن كان لم يخاصم فيه، قبلت شهادته؛ لأنه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه، فأشبه ما لو لم يكن وكيلا فيه. وللشافعي قولان كالمذهبين. **ولنا**، أنه بعقد الوكالة صار خصما فيه، فلم تقبل شهادته فيه، كما لو خاصم فيه، وفارق ما لم يكن وكيلا فيه؛ فإنه لم يكن خصما فيه.

[فصل كانت الأمة بين نفسين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها]

(٣٨١٠) فصل: إذا كانت الأمة بين نفسين، فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها، لم تقبل شهادتهما؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا، وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما. وإن شهدا بعزل الوكيل في الطلاق، لم تقبل؛ لأنهما يجران إلى أنفسهما نفعا، وهو إبقاء النفقة على الزوج.

ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة، ولا أبويه؛ لأنهما يثبتان له حق التصرف، ولا يثبت للإنسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه. ولا تقبل شهادة ابني الموكل، ولا أبويه بالوكالة. وقال بعض الشافعية: تقبل؛ لأن هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة، فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل، كالإقرار.

ولنا، أن هذه شهادة يثبت بها حق لأبيه أو ابنه، فلم تقبل، كشهادة ابني الوكيل وأبويه، وذلك لأنهما يثبتان لأبيهما نائبا متصرفا له، وفارق الشهادة عليه بالإقرار، فإنها شهادة عليه متمحضة. ولو ادعى الوكيل الوكالة، فأنكرها الموكل، فشهد عليه ابناه أو أبواه، ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه؛ لأن ذلك شهادة عليه. وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته، وأنكر الوكيل، فشهد عليه أبواه أو ابناه، قبل أيضا؛ لذلك.

وإن ادعى وكيل لموكله الغائب حقا، وطالب به، فادعى الخصم أن الموكل عزله، وشهد له بذلك ابنا

الموكل، قبلت شهادتهما، وثبت العزل بها؛ لأنهما يشهدان على أبيهما. وإن لم يدع الخصم عزله، لم تسمع شهادتهما؛ لأنهما يشهدان لمن لا يدعيها. فإن قبض الوكيل، فحضر الموكل، وادعى." (١)

"[فصل حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه]

(٣٨١٣) فصل: ولو حضر رجل، وادعى على غائب مالا في وجه وكيله، فأنكره فأقام بينة بما ادعاه، حلفه الحاكم، وحكم له بالمال. فإذا حضر الموكل، وجحد الوكالة، أو ادعى أنه كان قد عزله، لم يؤثر ذلك في الحكم؛ لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله.

[فصل قال بع هذا الثوب بعشرة فما زاد عليها فهو لك]

(٣٨١٤) فصل: إذا قال: بع هذا الثوب بعشرة، فما زاد عليها فهو لك. صح، واستحق الزيادة. وقال الشافعي لا يصح. **ولنا**، أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأسا، ولأنه يتصرف في ماله بإذنه، فصح شرط الربح له في الثاني، كالمضارب والعامل في المساقاة.." (٢)

"[كتاب الإقرار بالحقوق]

الإقرار: هو الاعتراف. والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وإذ أخذ الله ميثاق النبيين﴾ [آل عمران: ٨١] إلى قوله تعالى: ﴿قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا﴾ [آل عمران: ٨١] . وقال تعالى: ﴿وآخرون اعترفوا بذنوبهم﴾ [التوبة: ١٠٢] وقال تعالى: ﴿ألست بربكم قالوا بلى﴾ [الأعراف: ١٧٢] . في آي كثيرة مثل هذا. وأما السنة فما روي أن ماعزا أقر بالزنى، فرجمه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وكذلك الغامدية، وقال: «واغد يا أنيس على امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» . وأما الإجماع، فإن الأمة أجمعت على صحة الإقرار.

ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها، ولهذا كان آكد من الشهادة، فإن المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكر، ولو كذب المدعي ببينة لم تسمع، وإن كذب المقر ثم صدقه سمع.

(٣٨١٥) فصل: ولا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار. فأما الطفل، والمجنون، والمبرسم، والنائم، والمغمى عليه، فلا يصح إقرارهم. لا نعلم في هذا خلافا. وقد قال - عليه الصلاة والسلام -: «رفع القلم عن ثلاثة؛

(١) المغني لابن قدامة ١٠٦/٥

(٢) المغني لابن قدامة ١٠٨/٥

عن الصبي حتى يبلغ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ» .
فنص على الثلاثة، والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون والنائم. ولأنه قول من غائب العقل، فلم يثبت له حكم، كالبيع والطلاق. وأما الصبي المميز، فإن كان محجورا عليه، لم يصح إقراره، وإن كان مأذونا له، صح إقراره في قدر ما أذن له فيه. قال أحمد في رواية مهنا، في اليتيم: إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء، فبيعه وشراؤه جائز. وإن أقر أنه اقتضى شيئا من ماله، جاز بقدر ما أذن له وليه فيه.
وهذا قول أبي حنيفة. وقال أبو بكر وابن أبي موسى: إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه، في الشيء اليسير. وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال؛ لعموم الخبر، ولأنه غير بالغ، فأشبه الطفل، ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته، فأشبه الطفل. ولنا، أنه عاقل مختار، يصح تصرفه، فصح إقراره، كالبالغ، وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى، والخبر محمول على رفع التكليف والإثم. فإن أقر مراهق غير مأذون له، ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه، فالقول قوله، إلا أن تقوم بينة ببلوغه؛ لأن الأصل الصغر.
ولا يحلف المقر؛ لأننا حكمنا." (١)

"الأول. وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده، لئلا يفضي إلى إيجاب المال على سيده بإقرار غيره، فلا يقبل إقرار العبد بجناية الخطأ، ولا شبه العمد، ولا بجناية عمد موجبها المال، كالجائفة والمأمومة، لأنه إيجاب حق في رقبته، وذلك يتعلق بحق المولى. ويقبل إقرار المولى عليه؛ لأنه إيجاب حق في ماله.
وإن أقر بسرقة موجبها المال، لم يقبل إقراره، ويقبل إقرار المولى عليه؛ لما ذكرنا. وإن كان موجبها القطع والمال، فأقر بها العبد، وجب قطعه، ولم يجب المال، سواء كان ما أقر بسرقته باقيا، أو تالفا في يد السيد أو يد العبد. قال أحمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده أنه سرقها من رجل، والرجل يدعي ذلك، وسيده يكذبه: فالدراهم لسيده، ويقطع العبد، ويتبع بذلك بعد العتق. وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان.
ويحتمل أن لا يجب القطع؛ لأن ذلك شبهة، فيدرأ بها القطع، لكونه حدا يدرأ بالشبهات. وهذا قول أبي حنيفة؛ وذلك لأن العين التي يقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها، فلا يثبت حكم القطع بها. وإن أقر العبد بسرقة لغير من هو في يده، لم يقبل إقراره بالرق؛ لأن الإقرار بالرق إقرار بالملك، والعبد لا يقبل إقراره بحال، ولأننا لو قبلنا إقراره، أضررنا بسيده، لأنه إذا شاء أقر لغير سيده، فأبطل ملكه. وإن أقر به السيد

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٩/٥

لرجل، وأقر هو لآخر، فهو للذي أقر له السيد؛ لأنه في يد السيد، لا في يد نفسه، ولأن السيد لو أقر به منفردا قبل.

ولو أقر العبد منفردا لم يقبل، فإذا لم يقبل إقرار العبد منفردا فكيف يقبل مع معارضته لإقرار السيد؟ . ولو قبل إقرار العبد، لما قبل إقرار السيد، كالحد وجناية العمد. وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة إقراره. ولو أقر بجناية خطأ صح إقراره، فإن عجز بيع فيها إن لم يفده سيده. وقال أبو حنيفة يستسعى في الكتابة، وإن عجز بطل إقراره بها، سواء قضي بها أو لم يقض. وعن الشافعي كقولنا.

وعنه أنه مراعى إن أدى لزمه، وإن عجز بطل. ولنا، أنه إقرار لزمه في كتابته، فلا يبطل بعجزه، كالإقرار بالدين. وعلى الشافعي أن المكاتب في يد نفسه فصح إقراره بالجناية، كالحر.

[فصل الإقرار لكل من يثبت له الحق]

(٣٨١٦) فصل: ويصح الإقرار لكل من يثبت له الحق. فإذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير القذف، صح الإقرار له، صدقه المولى أو كذبه؛ لأن الحق له دون سيده. وله المطالبة بذلك، والعفو عنه، وليس لسيده مطالبة به ولا عفو. وإن كذبه العبد، لم يقبل. وإن أقر له بمال، صح، ويكون لسيده؛ لأن يد العبد كيد سيده. وقال أصحاب الشافعي: إن قلنا: يملك المال. صح الإقرار له.

وإن قلنا: لا يملك.." [1]

"وقال القاضي: تقبل؛ لأنه رفع ما أثبته بدعوى القضاء متصلا، فأشبه ما لو قال: كان له علي، وقضيته.

وقال ابن أبي موسى إن قال: قضيت جميعه. لم يقبل إلا ببينة، ولزمه ما أقر به، وله اليمين على المقر له. ولو قال: قضيت بعضه. قبل منه، في إحدى الروايتين؛ لأنه رفع بعض ما أقر به بكلام متصل، فأشبه ما لو استثناه، بخلاف ما إذا قال: قضيت جميعه. لكونه رفع جميع ما هو ثابت، فأشبه استثناء الكل.

ولنا، أن هذا قول متناقض، إذ لا يمكن أن يكون عليه ألف قد قضاه، فإن كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته، واستحقاق مطالبته به، وقضاؤه يقتضي براءة ذمته منه، وتحريم مطالبته به، والإقرار به يقتضي ثبوته، والقضاء يقتضي رفعه، وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد، بخلاف ما إذا قال: كان له علي، وقضيته. فإنه أخبر بهما في زمانين، ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتا، ويقضي ما كان دينا، وإذا لم يصح هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١١١/٥

في الجميع، لم يصح في البعض؛ لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء؛ فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه، فقول الله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما﴾ [العنكبوت: ١٤] . عبارة عن تسعمائة وخمسين.
أما القضاء فإنما يرفع جزءا كان ثابتا، فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء.

[فصل وصل إقراره بما يسقطه]

فصل: وإن وصل إقراره بما يسقطه، فقال: له علي ألف من ثمن خمر أو خنزير، أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه، أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه، أو تكفلت به على أني بالخيار. لزمه الألف، ولم يقبل قوله في إسقاطه. ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي.
وذكر القاضي أنه إذا قال: له علي ألف زيوف. ففسره برصاص أو نحاس، لم يقبل؛ لأنه رفع كل ما اعترف به. وقال في سائر الصور التي ذكرناها: يقبل قوله؛ لأنه عزا إقراره إلى سببه، فقبل كما لو عزاه إلى سبب صحيح. **ولنا**، أن هذا يناقض ما أقر به، فلم يقبل، كالصورة التي سلمها، وكما لو قال: له علي ألف لا يلزمني. أو يقول: دفع جميع ما أقر به. فلم يقبل، كاستثناء الكل.
وغير خاف تناقض كلامه؛ فإن ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور، وإقراره إخبار بثبوته، فيتنافيان، وإن سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه.

[فصل رجوع المقر عن إقراره]

(٣٨٣٢) فصل: ولا يقبل رجوع المقر عن إقراره، إلا فيما كان حدا لله تعالى، يدرأ بالشبهات، ويحتاط لإسقاطه.." (١)

"فأما حقوق الآدميين، وحقوق الله تعالى التي لا تدرأ بالشبهات، كالزكاة والكفارات، فلا يقبل رجوعه عنها. ولا نعلم في هذا خلافا.
فإذا قال: هذه الدار لزيد، لا بل لعمرو. أو ادعى زيد على ميت شيئا معينا من تركته، فصدقه ابنه، ثم ادعاه عمرو، فصدقه، حكم به لزيد ووجبت عليه غرامته لعمرو. وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: لا يغرم لعمرو شيئا. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه أقر له بما عليه الإقرار به، وإنما منعه الحكم من قبوله، وذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١١٩

لا يوجب الضمان.

ولنا، أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به بإقراره لغيره، فلزمه غرمه، كما لو شهد رجلان على آخر بإعتاق عبده، ثم رجعا عن الشهادة، أو كما لو رمى به إلى البحر، ثم أقر به. وإن قال: غصبت هذه الدار من زيد، لا بل من عمرو. أو غصبتها من زيد، وغصبها زيد من عمرو. حكم بها لزيد، ولزمه تسليمها إليه، ويغرمها لعمرو.

وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي. وقال في الآخر: لا يضمن؛ لما تقدم. **ولنا**، أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المغصوب منه، ثم لم يرد ما أقر بغصبه، فلزمه ضمانه، كما لو تلف بفعل الله تعالى. قال أحمد، في رواية ابن منصور، في رجل قال لرجل: استودعتك هذا الثوب. قال: صدقت، ثم قال: استودعنيه رجل آخر. فالثوب للأول، ويغرم قيمته للآخر. ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون إقراره بكلام متصل أو منفصل.

[فصل قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو في الإقرار بالحقوق]

(٣٨٣٣) فصل: فإن قال: غصبت هذه الدار من زيد، وملكها لعمرو. لزمه دفعها إلى زيد؛ لإقراره له بأنها كانت في يده، وهذا يقتضي كونها في يده بحق، وملكها لعمرو لا ينافي ذلك؛ لأنها يجوز أن تكون في يد زيد بإجارة أو عارية أو وصية، ولا يغرم لعمرو شيئا؛ لأنه لم يكن منه تفريط. وفارق هذا ما إذا قال: هذه الدار لزيد، بل لعمرو؛ لأنه أقر للثاني بما أقر به للأول، فكان الثاني رجوعا عن الأول؛ لتعارضهما، وها هنا لا تعارض بين إقراريه.

وإن قال: ملكها لعمرو، وغصبتها من زيد. فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل. ذكره القاضي. وقيل: يلزمه دفعها إلى عمرو، ويغرمها لزيد؛ لأنه لما أقر بها لعمرو أولا، لم يقبل إقراره باليد لزيد. وهذا وجه حسن. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. ولو قال: هذا الألف دفعه إلي زيد، وهو لعمرو. أو قال: هو لعمرو دفعه إلي زيد. فكذلك، على ما مضى من القول فيه.

[فصل قال غصبت هذه الدار من أحدهما أو هي لأحدهما]

(٣٨٣٤) فصل: وإن قال: غصبتها من أحدهما. أو هي لأحدهما. صح الإقرار؛ لأنه يصح بالمجهول، فيصح للمجهول،." (١)

"كما لو كان باقيا.

فإذا حلف، سقط عنه الضمان، وإن كان تلفه. بتعديه، ووجب له الضمان على الآخر، إن كان تلفه بتعد منه، والله أعلم.

[مسألة أقر بعشرة دراهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه]

(٣٨٣٧) مسألة؛ قال: (ومن أقر بعشرة، دراهم، ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه، ثم قال: زيوفا أو صغارا أو إلى شهر. كانت عشرة جيادا وافية حالة) وجملته أن من أقر بدراهم، وأطلق، اقتضى إقراره الدراهم الوافية، وهي دراهم الإسلام، كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل، وكل درهم ستة دوانق، واقتضى أن تكون جيادا، حالة، كما لو باعه بعشرة دراهم، وأطلق، فإنها تلزمه كذلك.

فإذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه، أو أخذ في كلام غير ما كان فيه، استقرت عليه كذلك. فإن عاد، فقال: زيوفا. يعني رديئة. أو صغارا. وهي الدراهم الناقصة، مثل دراهم طبرية، كان كل درهم منها أربعة دوانق، وذلك ثلثا درهم. أو إلى شهر. يعني مؤجلة، لم يقبل منه؛ لأنه يرجع عن بعض ما أقر به، ويرفعه بكلام منفصل، فلم يقبل، كالاستثناء المنفصل.

وهذا مذهب الشافعي. ولا فرق بين الإقرار بها دينا، أو وديعة، أو غصبا. وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب الوديعة؛ لأنه أقر بفعل في عين، وذلك لا يقتضي سلامتها، فأشبه ما لو أقر بغصب عبد، ثم جاء به معيبا. **ولنا**، أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الجياد، فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك، كالدين، ويفارق العبد؛ فإن العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه. فأما إن وصفها بذلك بكلام متصل، أو سكت للتنفس، أو اعترضته سعلة، أو نحو ذلك، ثم وصفها بذلك، أو شيء منه، قبل منه.

وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل. وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي؛ لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق، فلم يقبل، كما لو قال: له علي دراهم قضيته إياها. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يقبل تفسيره بالناقصة. وقال القاضي: إن قال: له علي عشرة دراهم ناقصة. قبل قوله.

وإن قال: صغارا. وللناس دراهم صغار، قبل قوله أيضا. وإن لم يكن له دراهم صغار لزمه وازنة، كما لو قال:

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٢٠

دريهم. لزمه درهم وازن. وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي. **ولنا**، أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل، فقبل منه، كاستثناء البعض، وذلك لأن الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة، والزيوف والجيدة، وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل، فإذا وصفها بذلك، تقيدت به، كما لو وصف الثمن به، فقال: بعتك بعشرة دراهم، مؤجلة ناقصة. وثبوتها على غير." (١)

"[فصل قال له علي درهم كبير]

(٣٨٤٠) فصل: وإن قال: له علي درهم كبير. لزمه درهم من دراهم الإسلام؛ لأنه كبير في العرف.

وإن قال: له علي دريهم. فهو كما لو قال: درهم؛ لأن التصغير قد يكون لصغره في ذاته، أو لقلة قدره عنده وتحقيره، وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر:

بذيالك الوادي أهيم ولم أقل ... بذيالك الوادي وذياك من زهد

ولكن إذا ما حب شيء تولعت ... به أحرف التصغير من شدة الوجد

وإن قال: له علي عشرة دراهم عددا. لزمته عشرة معدودة وازنة؛ لأن إطلاق الدراهم يقتضي وازنة، وذكر العدد لا ينافيها، فوجب الجمع بينهما.

فإن كان في بلد يتعاملون بها عددا من غير وزن، فحكمه حكم ما لو أقر بها في بلد أوزانهم ناقصة، أو دراهمهم مغشوشة، على ما فصل فيه.

[فصل أقر بدرهم ثم أقر بدرهم]

(٣٨٤١) فصل: وإذا أقر بدرهم، ثم أقر بدرهم، لزمه درهم واحد. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان، كما لو قال: له علي درهم ودرهم. ولا فرق بين أن يكون الإقرار في وقت واحد أو في أوقات، أو في مجلس واحد أو مجالس. **ولنا**، أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول، كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحا وهودا وصالحا ولوطا وشعيبا وإبراهيم وموسى وعيسى، ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في أخرى، كذا هاهنا. فإن وصف أحدهما وأطلق الآخر، فكذلك؛ لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف، أطلقه في حال ووصفه في حال.

وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين، كان تأكيدا لما ذكرنا، وإن وصفه في إحدى المرتين بغير ما وصفه في الأخرى، فقال: درهم من ثمن مبيع. ثم قال: له علي درهم من قرض، أو درهم من ثمن ثوب. ثم قال: درهم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٢/٥

من ثمن عبد. أو قال: درهم أبيض، ثم قال: درهم أسود. فهما درهمان؛ لأنهما متغايران.

[فصل قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم]

(٣٨٤٢) فصل: وإن قال: له علي درهم ودرهم أو درهم ثم درهم أو درهم فدرهم. أو درهم ثم درهم. لزمه درهمان. وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه. وذكر القاضي وجها، فيما إذا قال: درهم فدرهم. وقال: أردت: درهم فدرهم لازم لي. أنه يقبل منه، وهو قول الشافعي لأنه يحتمل الصفة.

ولنا، أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة، فأشبهت الواو وثم، ولأنه عطف شيئا على شيء." [١]

"بالفاء، فاقتضى ثبوتهما، كما لو قال: أنت طالق فطالق. وقد سلمه الشافعي وما ذكروه من احتمال الصفة بعيد، لا يفهم حالة الإطلاق، فلا يقبل تفسيره به، كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زيوف أو صغار أو مؤجلة.

وإن قال: له علي درهم ودرهمان. لزمته ثلاثة. وإن قال: له علي درهم ودينار، أو فدينار، أو قفيز حنطة. ونحو ذلك. لزمه ذلك كله. وإن قال: له علي درهم ودرهم ودرهم. لزمته ثلاثة. وحكى ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا، أنه إذا قال: أردت بالثالث تأكيد الثاني وبيانه. أنه يقبل.

وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأن الثالث في لفظ الثاني، وظاهر مذهبه أنه تلزمه الثلاثة؛ لأن الواو للعطف، والعطف يقتضي المغايرة، فوجب أن يكون الثالث غير الثاني، كما كان الثاني غير الأول، والإقرار لا يقتضي تأكيدا، فوجب حمله على العدد.

وكذلك الحكم إذا قال: له علي درهم فدرهم فدرهم، أو درهم ثم درهم ثم درهم. وإن قال: له علي درهم ودرهم ثم درهم، أو درهم فدرهم ثم درهم، أو درهم ثم درهم فدرهم. لزمته الثلاثة، وجها واحدا؛ لأن الثالث مغاير للثاني، لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما، فلم يحتمل التأكيد.

[فصل قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان]

(٣٨٤٣) فصل: وإن قال: له علي درهم بل درهمان، أو درهم لكن درهمان. لزمه درهمان. وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة؛ لأن " بل " للإضراب، فلما أقر بدرهم وأضرب عنه، لزمه؛ لأنه لا يقبل رجوعه عما أقر به، ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما. **ولنا**، أنه إنما نفى الاقتصار على واحد، وأثبت الزيادة عليه،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٤/٥

فأشبه ما لو قال: له علي درهم، بل أكثر. فإنه لا يلزمه أكثر من اثنين.

وإن قال: له علي درهم، بل درهم، أو لكن درهم. ففيه وجهان؛ أحدهما، يلزمه درهم واحد؛ لأن أحمد قال في من قال لامرأته: أنت طالق، لا بل أنت طالق: إنها لا تطلق إلا واحدة. وهذا في معناه. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه أقر بدرهم مرتين، فلم يلزمه أكثر من درهم، كما لو أقر بدرهم ثم أنكره، ثم قال: بل علي درهم. و " لكن " للاستدراك، فهي في معنى " بل " إلا أن الصحيح أنها لا تستعمل إلا بعد الجحد، إلا أن يذكر بعدها جملة.

والوجه الثاني، يلزمه درهمان. ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز. ويقتضيه قول زفر وداود؛ لأن ما بعد الإضراب يغاير ما قبله، فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده، فيجب الاثنان، كما لو قال: له علي درهم، بل دينار. ولأن " بل " من حروف العطف،." (١)

"أحدها، تلزمه تسعة. وهذا يحكى عن أبي حنيفة لأن " من " لابتداء الغاية، وأول الغاية منها، و " إلى " لانتهائها، فلا يدخل فيها، كقوله تعالى: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧] . والثاني، تلزمه ثمانية؛ لأن الأول والعاشر حدان، فلا يدخلان في الإقرار، ولزمه ما بينهما، كالتي قبلها.

والثالث، تلزمه عشرة؛ لأن العاشر أحد الطرفين، فيدخل فيها كالأول، وكما لو قال: قرأت القرآن من أوله إلى آخره. فإن قال: أردت بقولي من واحد إلى عشرة. مجموع الأعداد كلها، أي الواحد والاثنين وكذلك إلى العشرة، لزمه خمسة وخمسون درهما. واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة، فيصير أحد عشر، ثم تضربها في نصف العشرة، فما بلغ فهو الجواب.

[فصل قال له علي دراهم]

(٣٨٤٦) فصل: وإن قال: له علي دراهم. لزمه ثلاثة. لأنها أقل الجمع. وإن قال: له علي دراهم كثيرة، أو وافرة، أو عظيمة. لزمه ثلاثة.

وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون العشرة؛ لأنها أقل جمع الكثرة. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقبل أقل من مائتين؛ لأن بها يحصل الغنى، وتجب الزكاة. **ولنا**، أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا، وتختلف بالإضافات وأحوال الناس، فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها، ومن الناس من يستعظم اليسير، ومنهم من لا يستعظم الكثير، ويحتمل أن المقر أراد كثيرة بالنسبة إلى ما دونها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٢٥

أو كثيرة في نفسه، فلا تجب الزيادة بالاحتمال.

[فصل قال له علي درهمان في عشرة وقال أردت الحساب]

(٣٨٤٧) فصل: وإن قال: له علي درهمان في عشرة. وقال: أردت الحساب. لزمه عشرون. وإن قال: أردت درهمين مع عشرة. ولم يكن يعرف الحساب، قبل منه، ولزمه اثنا عشر؛ لأن كثيرا من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى.

وإن كان من أهل الحساب، احتمل أن لا يقبل؛ لأن الظاهر من الحساب استعمال ألفاظه لمعانيها في اصطلاحهم، ويحتمل أن يقبل؛ لأنه لا يمنع أن يستعمل اصطلاح العامة. وإن قال: أردت درهمين في عشرة لي. لزمه درهمان؛ لأنه يحتمل ما يقول. وإن قال: درهمان في دينار. لم يحتمل الحساب، وسئل عن مراده، فإن قال: أردت العطف أو معنى مع. لزمه الدرهمان والدينار.

وإن قال: أسلمتهما في دينار. فصدقه المقر له؛ بطل إقراره؛ لأن سلم أحد النقدين في الآخر لا يصح، وإن كذبه، فالقول قول المقر له؛ لأن المقر وصل إقراره بما يسقطه، فلزمه ما أقر به، وبطل قوله في دينار. وكذلك إن قال: له علي درهمان في ثوب. وفسره بالسلم، أو قال: في ثوب اشتريته منه إلى سنة.." (١)

"وقال أبو حنيفة: إن عطف على المبهم مكيلا أو موزونا، كان تفسيرا له، وإن عطف مذروعا أو معدودا، لم يكن تفسيرا؛ لأن علي للإيجاب في الذمة، فإن عطف عليه ما يثبت في الذمة بنفسه، كان تفسيرا له كقوله: مائة وخمسون درهما. **ولنا**، أن العرب تكتفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى، قال الله تعالى ﴿ولبثوا في كهفهم ثلاث مائة سنين وازدادوا تسعا﴾ [الكهف: ٢٥] .

وقال الله تعالى: ﴿عن اليمين وعن الشمال قعيد﴾ [ق: ١٧] . ولأنه ذكر مبهما مع مفسر لم يقم الدليل على أنه من غير جنسه، فكان المبهم من جنس المفسر، كما لو قال: مائة وخمسون درهما، أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلا. يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير، وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره، فوجب حمل الأمر على ذلك، أما قوله: ﴿أربعة أشهر وعشرا﴾ [البقرة: ٢٣٤] .

فإنه امتنع أن يكون العشر أشهرا لوجهين: أحدهما، أن العشر بغير هاء عدد للمؤنث، والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغيرها. الثاني، أنها لو كانت أشهرا لقال: أربعة عشر شهرا. بالتركيب، لا بالعطف، كما قال: ﴿عليها تسعة عشر﴾ [المدثر: ٣٠] .

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٧/٥

وقولهم: إن الألف مبهم. قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره، فأشبه ما لو قال: مائة وخمسون درهما، أو مائة ودرهم. عند أبي حنيفة. فإن قيل: إذا قال: مائة وخمسون درهما. فالدرهم ذكر للتفسير، ولهذا لا يزداد به العدد، فصلح تفسير الجميع ما قبله، بخلاف قوله: مائة درهم.

فإنه ذكر الدرهم للإيجاب، لا للتفسير، بدليل أنه زاد به العدد. قلنا: هو صالح للإيجاب والتفسير معا، والحاجة داعية إلى التفسير، فوجب حمل الأمر على ذلك، صيانة لكلام المقر عن الإلباس والإبهام، وصرفا له إلى البيان والإفهام. وقول أصحاب أبي حنيفة: إن " علي " للإيجاب. قلنا: فمتى عطف ما يجب بها على ما يجب، وكان أحدهما مبهما والآخر مفسرا، وأمكن تفسيره به، وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر، فأما إن لم يمكن، مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث، أو بالعكس، ونحو ذلك، فلا يكون أحدهما من جنس الآخر، ويبقى المبهم على إبهامه، كما لو قال: له علي أربعة دراهم وعشر.

[مسألة قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة]

(٣٨٥٧) مسألة؛ قال: (وإذا قال: له عندي عشرة دراهم. ثم قال: وديعة. كان القول قوله)." (١)

"فإن قال: له في هذا المال نصفه، أو له نصف هذه الدار. فهو إقرار صحيح. وإن قال: له في هذا المال ألف. صح. وإن قال: له في ميراث أبي ألف. فهو إقرار بدين على التركة.

وإن قال: في ميراثي من أبي. وقال: أردت هبة. قبل منه، ولأنه إذا أضاف الميراث إلى أبيه، فمقتضاه ما خلفه، فيقتضي وجوب المقر به فيه، وإذا أضاف الميراث إلى نفسه، فمعناه ما ورثته وانتقل إلي، فلا يحمل على الوجوب، وإذا أضاف إليه منه جزءا، فالظاهر أنه جعل له جزءا من ماله.

[فصل قال له في هذا العبد شركة]

(٣٨٦٢) فصل: وإن قال: له في هذا العبد شركة. صح إقراره، وله تفسيره بأي قدر كان منه. وقال أبو يوسف: يكون مقرا بنصفه؛ لقوله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] . فاقتضى ذلك التسوية بينهم، كذا هاهنا. **ولنا**، أن أي جزء كان له منه، فله فيه شركة، فكان له تفسيره بما شاء، كالنصف، وليس إطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازا، ولا مخالفا للظاهر، والآية تثبت التسوية فيها بدليل، وكذلك الحكم إذا قال: هذا العبد شركة بيننا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٣٣

[فصل الإقرار بالمجهول]

(٣٨٦٣) فصل في الإقرار بالمجهول: وإذا قال: لفلان علي شيء. أو كذا. صح إقراره، ولزمه تفسيره. وهذا لا خلاف فيه، ويفارق الدعوى، حيث لا تصح مجهولة؛ لكون الدعوى له والإقرار عليه، فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله، ولأن المدعي إذا لم يصحح دعواه، فله داع إلى تحريرها، والمقر لا داعي له إلا التحرير، ولا يؤمن رجوعه عن إقراره، فيضيع حق المقر له، فألزمناه إياه مع الجهالة، فإن امتنع من تفسيره، حبس حتى يفسر.

وقال القاضي: يجعل ناكلا، ويؤمر المقر له بالبيان، فإن بين شيئا، فصدقه المقر، ثبت، وإن كذبه، وامتنع من البيان، قيل له: إن بينت، وإلا جعلناك ناكلا، وقضينا عليك. وهذا قول أصحاب الشافعي، إلا أنهم قالوا: إن بينت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه، وأوجبناه عليك. فإن فعل، وإلا أحلفنا المقر له، وأوجبناه على المقر.

ووجه الأول، أنه ممتنع من حق عليه، فيحبس به، كما لو عينه وامتنع من أدائه. ومع ذلك متى عينه المدعي وادعاه، فنكل المقر، فهو على ما ذكروه. وإن مات من عليه الحق، أخذ ورثته بمثل ذلك؛ لأن الحق ثبت على موروثهم، فيتعلق بتركته وقد صارت إلى الورثة، فيلزمهم ما لزم موروثهم، كما لو كان الحق معينا. وإن لم يخلف الميت تركة، فلا شيء على الورثة. ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة، قبل تفسيره وثبت، إلا أن يكذبه المقر له، ويدعي جنسا آخر، أو لا يدعي شيئا، فيبطل إقراره.." (١)

"أحدها، كقولنا.

والثاني؛ لا يقبل إلا أول نصاب من نصب الزكاة، من نوع أموالهم. والثالث، ما يقطع به السارق، ويصح مهرا؛ لقول الله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] . ولنا، أن غير ما ذكروه يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفا، ويتمول عادة، فيقبل تفسيره به، كالذي وافقوا عليه.

وأما آية الزكاة فهي عامة دخلها التخصيص، وقوله تعالى: ﴿وفي أموالهم حق﴾ [الذاريات: ١٩] . لم يرد به الزكاة، بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة، فلا حجة لهم فيها، ثم يرد قولهم قوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] . والتزويج جائز بأي نوع كان من المال، وبما دون النصاب.

وإن قال: له علي مال عظيم، أو كثير، أو جليل، أو خطير. جاز تفسيره بالقليل والكثير، كما لو قال: مال.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٧/٥

لم يزد عليه. وهذا قول الشافعي. وحكي عن أبي حنيفة: لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم؛ لأنه يقطع به السارق، ويكون صداقا عنده. وعنه: لا يقبل بأقل من مائتي درهم. وبه قال صاحباه؛ لأنه الذي تجب فيه الزكاة. وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال. ومنهم من قال: يزيد على ذلك أقل زيادة. ومنهم من قال: قدر الدية. وقال الليث بن سعد: اثنان وسبعون؛ لأن الله تعالى قال: ﴿لقد نصركم الله في مواطن كثيرة﴾ [التوبة: ٢٥] . وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين.

قالوا: ولأن الحبة لا تسمى مالا عظيما ولا كثيرا. **ولنا**، أن ما فسر به المال فسر به العظيم، كالذي سلموه، ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع، ولا في اللغة، ولا العرف، ويختلف الناس فيه؛ فمنهم من يستعظم القليل، ومنهم من يستعظم الكثير، ومنهم من يحتقر الكثير، فلم يثبت في ذلك حد يرجع إلى تفسيره به، ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه.

ويحتمل أنه أراد عظيما عنده؛ لفقر نفسه ودناءتها، وما ذكروه فليس فيه تحديد للكثير، وكون ما ذكروه كثيرا لا يمنع الكثرة فيما دونه، وقد قال الله تعالى: ﴿واذكروا الله كثيرا﴾ [الأنفال: ٤٥] . فلم ينصرف إلى ذلك، وقال: ﴿كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة﴾ [البقرة: ٢٤٩] . فلم يحمل على ذلك. والحكم فيما إذا قال: عظيم جدا، أو عظيم عظيم. كما لو لم يقله؛ لما قررناه.." (١)

"[فصل قال له علي كذا]

(٣٨٦٧) فصل: وإن قال: له علي كذا. ففيه ثلاث مسائل: (٣٨٦٨) أحدها، أن يقول: كذا. بغير تكرير ولا عطف. الثانية، أن يكرر بغير عطف. الثالثة، أن يعطف، فيقول: كذا وكذا. فأما الأولى، فإذا قال: له علي كذا درهم. لم يخل من أربعة أحوال: أحدها، أن يقول: له علي كذا درهم. بالرفع، فيلزمه درهم. وتقديره شيء هو درهم، فجعل الدرهم بدلا من كذا.

الثاني، أن يقول: درهم. بالجر، فيلزمه جزء درهم، يرجع في تفسيره إليه، والتقدير جزء درهم، أو بعض درهم. ويكون كذا كناية عنه. الثالث، أن يقول: درهما. بالنصب، فيلزمه درهم، ويكون منصوبا على التفسير، وهو التمييز. وقال بعض النحويين: هو منصوب على القطع، كأنه قطع ما ابتدأ به، وأقر بدرهم. وهذا على قول نحاة الكوفة.

الرابع، أن يذكره بالوقف، فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضا؛ لأنه يجوز أن يكون أسقط حركة الجر للوقف. وهذا مذهب الشافعي. وقال القاضي: يلزمه درهم في الحالات كلها. وهو قول بعض أصحاب الشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٩/٥

ولنا، أن "كذا " اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجر والوقف.

(٣٨٦٩) المسألة الثانية، إذا قال: كذا كذا. بغير عطف، فالحكم فيها كالحكم في "كذا " بغير تكرار سواء، لا يتغير الحكم. ولا يقتضي تكريره الزيادة، كأنه قال: شيء شيء. ولأنه إذا قاله بالجر، احتمل أن يكون قد أضاف جزءا إلى جزء، ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم، فقال: نصف تسع درهم. وهكذا لو قال: كذا كذا كذا. لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم، ونحوه.

(٣٨٧٠) المسألة الثالثة، إذا عطف، فقال: كذا وكذا درهم. بالرفع، لزمه درهم واحد؛ لأنه ذكر شيئين، ثم أبدل منهما درهما، فصار كأنه قال: هما درهم. وإن قال: درهما. بالنصب، ففيه ثلاثة أوجه؛ أحدها، يلزمه درهم واحد. وهو قول أبي عبد الله بن حامد، والقاضي؛ لأن "كذا " يحتمل أقل من درهم، فإذا عطف عليه مثله، ثم فسرهما بدرهم واحد، جاز، وكان كلاما صحيحا. وهذا يحكى قولا للشافعي. والوجه الثاني، يلزمه درهمان.

وهو اختيار أبي الحسن التميمي؛ لأنه ذكر جملتين، فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كل واحدة منهما، كقوله: عشرون درهما. يعود التفسير إلى العشرين، وكذا هاهنا. وهذا يحكى قولا ثانيا للشافعي.." (١)

"والوجه الثالث، يلزمه أكثر من درهم. ولعله ذهب إلى أن الدرهم تفسير للجملة التي تليه، فيلزمه بها درهم، والأولى باقية على إبهامها، فيرجع في تفسيرها إليه.

وهذا يشبه مذهب التميمي. وقال محمد بن الحسن: إذا قال: كذا درهما. لزمه عشرون درهما؛ لأنه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب. وإن قال كذا كذا درهما. لزمه أحد عشر درهما؛ لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب. وإن قال: كذا وكذا درهما. لزمه أحد وعشرون درهما؛ لأنه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك، وإن قال: كذا درهم. بالجر لزمه مائة درهم؛ لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد.

وحكي عن أبي يوسف، أنه إذا قال: كذا كذا، أو كذا وكذا. يلزمه بهما أحد عشر درهما. **ولنا**، أنه يحتمل ما قلنا، ويحتمل ما قالوه، فوجب المصير إلى ما قلنا؛ لأنه اليقين، وما زاد مشكوك فيه، فلا يجب بالشك، كما لو قال: علي دراهم. لم يلزمه إلا أقل الجمع، ولا يلزم كثرة الا ستعمال، فإن اللفظ إذا كان حقيقة في الأمرين، جاز التفسير بكل واحد منهما.

وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجبا لأكثر من المكرر، فإنه يجب بالمفرد عشرون، وبالمكرر

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤١/٥

أحد عشر، ولا نعرف لفظا مفردا متناولا لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره.

[فصل قال غصبتك أو غبنتك]

(٣٨٧١) فصل: ولو قال: غصبتك، أو غبنتك. لم يلزمه شيء؛ لأنه قد يغصبه نفسه، ويغبنه في غير المال. وإن قال: غصبتك شيئا. وفسره بغصب نفسه، لم يقبل؛ لأنه جعل له مفعولين، فجعله المفعول الأول وشيئا المفعول الثاني، ويجب أن يكون الثاني غير الأول. وإن فسره بمال، قبل وإن قل، وإن فسره بكلب، أو جلد ميتة، أو سرجين ينتفع به، قبل؛ لأنه قد يقهره فيأخذه منه. وإن فسره بما لا نفع فيه، أو بما لا يباح الانتفاع به، لم يقبل؛ لأن أخذ ذلك ليس بغصب.

[فصل الشهادة على الإقرار بالمجهول]

(٣٨٧٢) فصل: وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول؛ لأن الإقرار به صحيح، وما كان صحيحا في نفسه، صحت الشهادة به، كالمعلوم.

[مسألة قال له عندي رهن فقال المالك وديعة]

(٣٨٧٣) مسألة؛ قال: (ولو قال: له عندي رهن. فقال المالك: وديعة. كان القول قول المالك) . إنما قدم قول المالك؛ لأن العين ثبتت له بالإقرار، وادعى المقر دينا لا يعترف له به، والقول قول المنكر. ولأنه أقر بمال لغيره، وادعى أن له به تعلقا، فلم يقبل، كما لو ادعاه بكلام منفصل.." (١)

"يقروا جميعا؛ لأنه لم يثبت نسبه، فلا يرث، كما لو أقر بنسب معروف النسب. **ولنا**، أنه أقر بسبب مال لم يحكم ببطلانه، فلزمه المال، كما لو أقر ببيع أو أقر بدين، فأنكر الآخر. وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب؛ فإنه محكوم ببطلانه.

ولأنه يقر له بمال يدعيه المقر له، ويجوز أن يكون له، فوجب الحكم له به، كما لو أقر بدين على أبيه، أو أقر له وصية، فأنكر سائر الورثة. إذا ثبت هذا، فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه. وبهذا قال ابن أبي ليلى، ومالك، والثوري، والحسن بن صالح، وشريك، ويحيى بن آدم، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: إذا كان اثنان، فأقر أحدهما بأخ، لزمه دفع نصف ما في يده، وإن أقر بأخت، لزمه

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٤٢

ثلث ما في يده؛ لأنه أخذ ما لا يستحقه من التركة، فصار كالغاصب، فيكون الباقي بينهما، كما لو غصب بعض التركة أجنبي.

ولأن الميراث يتعلق ببعض التركة، كما يتعلق بجميعها. فإذا هلك بعضها، أو غصب، تعلق الحق بباقيها، والذي في يد المنكر كالمغصوب، فيقتسمان الباقي بالسوية، كما لو غصبه أجنبي. **ولنا**، أن التركة بينهم أثلاثا، فلا يستحق مما في يده إلا الثلث، كما لو ثبت نسبه ببينة. ولأنه إقرار بحق يتعلق بحصته وحصة أخيه، فلا يلزمه أكثر مما يخصه، كالإقرار بالوصية، وكإقرار أحد الشريكين على مال الشركة بدين.

ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته؛ لكونه يجر بها نفعا، لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه، ولأنه حق لو ثبت ببينة لم يلزمه إلا قدر حصته، فإذا ثبت بالإقرار لم يلزمه أكثر من ذلك، كالوصية.

وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان، لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة، وها هنا يستحق الثلث من كل جزء من التركة. ولأصحاب الشافعي فيما إذا كان المقر صادقا فيما بينه وبين الله تعالى، هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه؟ على وجهين؛ أحدهما، يلزمه. وهو الأصح، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه؟ فيه وجهان.

[فصل إقرار جميع الورثة بنسب من يشاركهم في الميراث]

(٣٨٧٩) فصل: وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشاركهم في الميراث، ثبت نسبه، سواء كان الورثة واحدا أو جماعة، ذكرا أو أنثى. وبهذا قال الشافعي، وأبو يوسف، وحكاه عن أبي حنيفة؛ لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه، وديونه، والديون التي عليه، وبيناته، ودعاويه، والأيمان التي له وعليه، وكذلك في النسب. وقد روت عائشة، «أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة، في ابن أمة زمعة، فقال سعد: أوصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة، وأقبضه، فإنه ابنه. فقال عبد بن زمعة: هو أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: هو لك." (١)

"شهادتهما؛ لأن ثبوت نسبه يسقط أخته، فيذهب العول من المسألة. فإن لم يكونا وارثين، أو لم يكن للميت تركة، قبلت شهادتهما، وثبت النسب لعدم التهمة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٦/٥

[فصل أقر رجلان عدلان بنسب مشارك لهما في الميراث وثم وارث غيرهما]

(٣٨٨٨) فصل: وإن أقر رجلان عدلان بنسب مشارك لهما في الميراث، وثم وارث غيرهما، لم يثبت النسب، إلا أن يشهدا به، وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يثبت؛ لأنهما بينة. **ولنا**، أنه إقرار من بعض الورثة، فلم يثبت به النسب، كالواحد. وفارق الشهادة؛ لأنه تعتبر فيها العدالة والذكورية، والإقرار بخلافه.

[فصل أقر بنسب ميت صغير أو مجنون]

(٣٨٨٩) فصل: إذا أقر بنسب ميت، صغير أو مجنون، ثبت نسبه، وورثه. وبهذا قال الشافعي. ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه؛ لأنه متهم في قصد أخذ ميراثه. وقال أبو حنيفة: لا يثبت نسبه ولا إرثه؛ لذلك. **ولنا**، أن علة ثبوت نسبه في حياته الإقرار به، وهو موجود بعد الموت، فيثبت به، كحالة الحياة. وما ذكروه يبطل بما إذا كان المقر به حيا موسرا، أو المقر فقيرا، فإنه يثبت نسبه، ويملك المقر التصرف في ماله، وإيقافه منه على نفسه. وإن كان المقر به كبيرا عاقلا، فكذلك في قول القاضي، وظاهر مذهب الشافعي؛ لأنه لا قول له، أشبه الصغير. وفيه وجه آخر، أنه لا يثبت نسبه؛ لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه، ولم يوجد.

ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف، فإن ادعى نسب المكلف في حياته، فلم يصدقه حتى مات المقر، ثم صدقه، ثبت نسبه؛ لأنه وجد الإقرار والتصديق من المقر به، فأشبه ما لو صدقه في حياته. وقال أبو الخطاب: وإذا أقر رجل بزوجية امرأة، أو أقرت أن فلانا زوجها، فلم يصدقه المقر به إلا بعد موته، ورثه؛ لأنه وجد الإقرار والتصديق معا.

[فصل خلف رجل امرأة وابنا من غيرها فأقر الابن بأخ له]

(٣٨٩٠) فصل: وإذا خلف رجل امرأة وابنا من غيرها، فأقر الابن بأخ له، لم يثبت نسبه؛ لأنه لم يقر به كل الورثة. وهل يتوارثان؟ فيه وجهان؛ أحدهما يتوارثان؛ لأن كل واحد منهما يقر أنه لا وارث له سوى صاحبه، ولا منازع لهما.

والثاني، لا يتوارثان؛ لأن النسب بينهما لم يثبت فإن كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه، لم يرثه؛ لأنه منازع في الميراث، ولم يثبت نسبه.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٥١

"[فصل ثبت النسب بالإقرار ثم أنكر المقر]

(٣٨٩١) فصل: وإذا ثبت النسب بالإقرار، ثم أنكر المقر، لم يقبل إنكاره؛ لأنه نسب ثبت بحجة شرعية؛ فلم يزل بإنكاره، كما لو ثبت ببينة أو بالفراش، وسواء كان المقر به غير مكلف، أو مكلفا، فصدق المقر. ويحتمل أن يسقط نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه؛ لأنه ثبت باتفاقهما، فزال برجوعهما، كالمال. والأول أصح؛ لأنه نسب ثبت بالإقرار، فأشبه نسب الصغير والمجنون. وفارق المال؛ لأن النسب يحتاط لإثباته.

[فصل أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب]

(٣٨٩٢) فصل: وإن أقرت المرأة بولد، ولم تكن ذات زوج ولا نسب، قبل إقرارها. وإن كانت ذات زوج، فهل يقبل إقرارها؟ على روايتين؛ إحداهما، لا يقبل؛ لأن فيه حملا لنسب الولد على زوجها، ولم يقر به، أو إلحاقا للعار به بولادة امرأته من غيره. والثانية: يقبل؛ لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه، فقبل كالرجل.

وقال أحمد، في رواية ابن منصور، في امرأة ادعت ولدا: فإن كان لها إخوة أو نسب معروف، فلا بد من أن يثبت أنه ابنها، فإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه، وهذا لأنها متى كانت ذات أهل، فالظاهر أنه لا تخفى عليهم ولادتها، فمتى ادعت ولدا لا يعرفونه، فالظاهر كذبها. ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقا؛ لأن النسب يحتاط له، فأشبهت الرجل.

[فصل قدمت امرأة من بلد الروم ومعها طفل فأقر به رجل]

(٣٨٩٣) فصل: ولو قدمت امرأة من بلد الروم، ومعها طفل، فأقر به رجل، لحقه؛ لوجود الإمكان، وعدم المنازع، لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم، أو دخلت هي دار الإسلام ووطئها، والنسب يحتاط لإثباته، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها، بعد عشرين سنة من غيبته، لحقه، وإن لم يعرف له قدوم إليها، ولا عرف لها خروج من بلدها.

[فصل أقر بنسب صغير]

(٣٨٩٤) فصل: وإن أقر بنسب صغير، لم يكن مقرا بزوجية أمه. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا كانت مشهورة بالحرية، كان مقرا بزوجيتها؛ لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة،

وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح. **ولنا**، أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه، فلم يكن مقرا بها، كما لو لم تكن معروفة." (١)

"بالحرية.

وما ذكروه لا يصح؛ فإن النسب محمول على الصحة، وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة، فلا يلزمه بحكم إقراره، ما لم يتضمنه لفظه، ولم يوجبه.

[فصل كان له أمة لها ثلاثة أولاد لا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي]

(٣٨٩٥) فصل: وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد، لا زوج لها، ولا أقر بوطئها، فقال: أحد هؤلاء ولدي. فإقراره صحيح، ويطالب بالبيان، فإن عين أحدهم ثبت نسبه وحريته، ثم يسأل عن كيفية الاستيلاد، فإن قال: كان بنكاح. فعلى الوالد الولاء؛ لأنه قد مسه رق، والأم وولداها الآخران رقيق قن.

وإن قال: استولدتها في ملكي. فالمقر به حر الأصل، لا ولاء عليه، والأمة أم ولد. ثم إن كان المقر به الأكبر، فأخواه أبناء أم ولد، حكمهما حكمها في العتق بموت سيدها. وإن كان الأوسط، فالأكبر قن، والأصغر له حكم أمه، وإن عين الأصغر، فأخواه رقيق قن؛ لأنها ولدتهما قبل الحكم بكونها أم ولد، وإن قال: هو من وطء شبهة. فالولد حر الأصل، وأخواه مملوكان، وإن مات قبل أن يبين، أخذ ورثته بالبيان، ويقوم بيانهم مقام بيانه، فإن بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاد، ثبت النسب وحرية الولد، ولم يثبت للأم ولا لولديها حكم الاستيلاد؛ لأنه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وإن لم يبينوا النسب، وقالوا: لا نعرف ذلك، ولا الاستيلاد، فإنا نريه القافة، فإن ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه، ولا يثبت حكم الاستيلاد لغيره، فإن لم تكن قافة أقرع بينهم، فمن وقعت له القرعة عتق وورث.

وبهذا قال الشافعي، إلا أنه لا يورثه بالقرعة. **ولنا**، أنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه به، فورث، كما لو عينه في إقراره.

[فصل كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحد هذين ولدي من أمتي]

(٣٨٩٦) فصل: وإذا كان له أمتان، لكل واحدة منهما ولد، فقال: أحد هذين ولدي من أمتي. نظرت؛ فإن كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به، لم يصح إقراره، وألحق الولدان بالزوجين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٥٢

وإن كان لإحداهما زوج دون الأخرى، انصرف الإقرار إلى ولد الأخرى؛ لأنه الذي يمكن إلحاقه به، وإن لم يكن لواحدة منهما زوج، ولكن أقر السيد بوطئهما، صارتا فراشا، ولحق ولداهما به إذا أمكن أن يولدا بعد وطئه، وإن أمكن في إحداهما دون الأخرى، انصرف الإقرار إلى من أمكن؛ لأنه ولده حكما. وإن لم يكن أقر بوطء واحدة منهما، صح إقراره وثبتت حرية المقر به؛ لأنه أقر بنسب صغير." (١)

"سواء، وإن ضاق عن قضائهما، فظاهر كلام الخرقي أنهما سواء. وهو اختيار التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور.

وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة؛ لأنهما حقان يجب قضاؤهما من رأس المال، لم يختص أحدهما برهن، فاستويا، كما لو ثبتا ببينة. وقال أبو الخطاب لا يحاص غرماء الصحة. وقال القاضي: هو قياس المذهب؛ لنص أحمد في المفلس أنه إذا أقر وعليه دين ببينة، يبدأ بالدين الذي بالبينة.

وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي؛ لأنه أقر بعد تعلق الحق بتركته، فوجب أن لا يشارك المقر له من ثبت دينه ببينة، كغريم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله، منعه من التبرع ومن الإقرار لوارث؛ ولأنه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته، فلم يشارك من أقر له قبل الحجر، ومن ثبت دينه ببينة، كالذي أقر له المفلس. وإن أقر لهما جميعا في المرض، تساويا، ولم يقدم السابق منهما؛ لأنهما استويا في الحال، فأشبها غريمي الصحة. "

[مسألة الإقرار لوارث]

(٣٩٠٣) مسألة؛ قال: (وإن أقر لوارث، لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا ببينة) وبهذا قال شريح، وأبو هاشم، وابن أذينة، والنخعي، ويحيى الأنصاري، وأبو حنيفة وأصحابه. وروي ذلك عن القاسم، وسالم وقال عطاء والحسن وإسحاق وأبو ثور: يقبل؛ لأن من صح الإقرار له في الصحة، صح في المرض، كالأجنبي. وللشافعي قولان كالمذهبين.

وقال مالك يصح إذا لم يتهم، ويبطل إن اتهم، كمن له بنت وابن عم، فأقر لابنته، لم يقبل، وإن أقر لابن عمه، قبل؛ لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه، وعلة منع الإقرار التهمة، فاختص المنع بموضعها. **ولنا** أنه إيصال لماله إلى وارثه بقوله في مرض موته، فلم يصح بغير رضى بقية ورثته، كهبته، ولأنه محجور عليه في حقه، فلم يصح إقراره له، كالصبي في حق جميع الناس. وفارق الأجنبي؛ فإن هبته

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٣/٥

له تصح. وما ذكره مالك لا يصح؛ فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها، فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث، وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرهما.

[فصل أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه]

(٣٩٠٤) فصل: وإن أقر لامرأته بمهر مثلها أو دونه، صح في قولهم جميعا. لا نعلم فيه مخالفا إلا الشعبي قال: لا يجوز إقراره لها؛ لأنه إقرار لوارث. **ولنا**، أنه إقرار بما تحقق سببه، وعلم وجوده، ولم تعلم البراءة منه، فأشبه ما لو كان عليه." [١]

"دين ببينة، فأقر بأنه لم يوفه. وكذلك إن اشترى من وارثه شيئا، فأقر له بثمن مثله؛ لأن القول قول المقر له، في أنه لم يقبض ثمنه. وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق، لم يقبل.

وإن أقر لها، ثم أبانها، ثم رجع تزوجها، ومات في مرضه، لم يقبل إقراره لها. وقال محمد بن الحسن يقبل؛ لأنها صارت إلى حال لا يتهم فيها، فأشبه ما لو أقر المريض ثم برأ. **ولنا**، أنه إقرار لوارث في مرض الموت، أشبه ما لو لم يبنها، وفارق ما إذا صح من مرضه؛ لأنه لا يكون مرض الموت.

[فصل أقر لوارث فصار غير وارث]

(٣٩٠٥) فصل: وإن أقر لوارث، فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولا ولد له، ثم ولد له ابن، لم يصح إقراره له. وإن أقر لغير وارث، ثم صار وارثا، صح إقراره له. نص عليه أحمد في رواية ابن منصور: إذا أقر لامرأة بدين في المرض، ثم تزوجها، جاز إقراره؛ لأنه غير متهم. وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان، فأقر لأحدهما بدين في مرضه، ثم مات الابن، وترك ابنا، والأب حي، ثم مات بعد ذلك، جاز إقراره. فقال أحمد لا يجوز. وبهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا. وهو قول سفيان الثوري والشافعي لأنه معنى يعتبر فيه عدم الميراث، فكان الاعتبار فيه بحالة الموت، كالوصية. **ولنا**، أنه قول تعتبر فيه التهمة، فاعتبرت حال وجوده دون غيره، كالشهادة، ولأنه إذا أقر لغير وارث، ثبت الإقرار، وصح؛ لوجوده من أهله خاليا عن تهمة، فيثبت الحق به، ولم يوجد مسقط له، فلا يسقط.

وإذا أقر لوارث، وقع باطلا؛ لاقتران التهمة به، فلا يصح بعد ذلك، ولأنه إقرار لوارث، فلم يصح، كما لو استمر الميراث. وإن أقر لغير وارث، صح، واستمر، كما لو استمر عدم الإرث. أما الوصية، فإنها عطية بعد

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٨/٥

الموت، فاعتبرت فيها حالة الموت، بخلاف مسألتنا.

[فصل أقر لوارث وأجنبي]

(٣٩٠٦) فصل: وإن أقر لوارث وأجنبي، بطل في حق الوارث، وصح في حق الأجنبي. ويحتمل أن لا يصح في حق الأجنبي، كما لو شهد بشهادة يجر إلى نفسه بعضها، بطلت شهادته في الكل، وكما لو شهد لابنه وأجنبي. وقال أبو حنيفة إن أقر لهما بدين من الشركة، فاعترف الأجنبي بالشركة، صح الإقرار لهما، وإن جحدها، صح له دون الوارث.

ولنا، أنه إقرار لوارث وأجنبي، فيصح للأجنبي دون الوارث، كما لو أقر بلفظين، أو كما لو جحد." [١]

"قال الله تعالى: ﴿ألست بربكم قالوا بلى﴾ [الأعراف: ١٧٢] . وإن قال: لك علي ألف في علمي، أو فيما أعلم. كان مقرا به، لأن ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب.

وإن قال: اقضني الألف الذي لي عليك. قال: نعم. كان مقرا به؛ لأنه تصديق لما ادعاه. وإن قال: اشتر عبدي هذا. أو أعطني عبدي هذا. فقال: نعم. كان إقرارا؛ لما ذكرنا. وإن قال: لك علي ألف إن شاء الله تعالى. كان مقرا به.

نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي: ليس بإقرار؛ لأنه علق إقراره على شرط، فلم يصح، كما لو علقه على مشيئة زيد، ولأن ما علق على مشيئة الله تعالى لا سبيل إلى معرفته. **ولنا**، أنه وصل إقراره بما يرفعه كله، ولا يصرفه إلى غير الإقرار، فلزمه ما أقر به، وبطل ما وصله به، كما لو قال: له علي ألف إلا ألفا. ولأنه عقب الإقرار بما لا يفيد حكما آخر، ولا يقتضي رفع الحكم، أشبه ما لو قال: له علي ألف في مشيئة الله تعالى.

وإن قال: له علي ألف إلا أن يشاء الله. صح الإقرار؛ لأنه أقر، ثم علق رفع الإقرار على أمر لا يعلم، فلم يرتفع. وإن قال: لك علي ألف، إن شئت، أو إن شاء زيد. لم يصح الإقرار. وقال القاضي: يصح؛ لأنه عقبه بما يرفعه، فصح الإقرار دون ما يرفعه، كاستثناء الكل، وكما لو قال: إن شاء الله. **ولنا**، أنه علقه على شرط يمكن علمه. فلم يصح، كما لو قال: له علي ألف، إن شهد بها فلان.

وذلك لأن الإقرار إخبار بحق سابق، فلا يتعلق على شرط مستقبل. ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى، فإن مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتفويضا إلى الله تعالى، لا للاشتراط، كقول الله تعالى:

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٩/٥

﴿لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين محلقين رءوسكم﴾ [الفتح: ٢٧] .

وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك. ويقول الناس: صلينا إن شاء الله تعالى. مع تيقنهم صلاتهم، بخلاف مشيئة الآدمي. الثاني، أن مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الأمر، فلا يمكن وقف الأمر على وجودها، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها، فيمكن جعلها شرطا. يتوقف الأمر على وجودها، والماضي لا يمكن وقفه، فيتعين حمل الأمر هاهنا على المستقبل، فيكون وعدا لا إقرارا.

وإن قال: بعتك إن شاء الله تعالى، أو زوجتك إن شاء الله تعالى. فقال أبو إسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافا عنه في أنه إذا قيل له: قبلت هذا النكاح؟ فقال: نعم إن شاء الله تعالى. أن النكاح وقع به.

قال أبو حنيفة ولو قال: بعتك بألف إن شئت. فقال: قد شئت وقبلت. صح؛ لأن." (١)

"ويسلمه إليه. وأشباه هذا؛ لأنه إباحة للتصرف، فصح بالقول والفعل الدال عليه، كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف.

[فصل إعارة عين ينتفع بها منفعة مباحة]

فصل: وتجوز إعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام، كالدور، والعقار، والعبيد، والجواري، والدواب، والثياب، والحلي للبس، والفحل للضراب، والكلب للصيد، وغير ذلك؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - استعار أدرعا، وذكر إعارة دلوها وفحلها. وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان، فيثبت الحكم في هذه الأشياء، وما عداها مقيس عليها إذا كان في معناها، ولأن ما جاز للمالك استيفاؤه من المنافع، ملك إباحته إذا لم يمنع منه مانع كالثياب.

ولأنها أعيان تجوز إجارتها، فجازت إعارتها، كالثياب. ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن استعارها لينفقها، فهذا قرض. وهذا قول أصحاب الرأي. وقيل: ليس هذا جائزا، ولا تكون العاريۃ في الدنانير، وليس له أن يشتري بها شيئا. **ولنا**، أن هذا معنى القرض، فانعقد القرض به، كما لو صرح به.

[فصل إعارة العبد المسلم لكافر]

(٣٩١٩) فصل: ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر؛ لأنه لا يجوز تمكينه من استخدامه، فلم تجز إعارته لذلك، ولا إعارة الصيد لمحرم؛ لأنه لا يجوز له إمساكه، ولا إعارة المرأة الجميلة لرجل غير محرمها، إن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦١/٥

كان يخلو بها، أو ينظر إليها؛ لأنه لا يؤمن عليها. وتجوز إعارتها لامرأة ولذي محرمها. ولا تجوز إعارة العين لنفع محرم، كإعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر، أو يبيعه فيها، أو يعصي الله تعالى فيها، ولا إعارة عبده للزمر، أو ليسقيه الخمر، أو يحملها له، أو يعصرها، أو نحو ذلك. ويكره أن يستعير والديه لخدمته؛ لأنه يكره له استخدامهما. فكره استعارتهما لذلك.

[فصل الإعارة مطلقة مقيدة]

(٣٩٢٠) فصل: وتجوز الإعارة مطلقا ومقيدا؛ لأنها إباحة، فجاز فيها ذلك، كإباحة الطعام. ولأن الجهالة إنما تؤثر في العقود اللازمة، فإذا أعاره شيئا مطلقا، أبيح له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع. فإذا أعاره أرضا مطلقا، فله أن يزرع فيها، ويغرس، ويبني، ويفعل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع؛ لأن الإذن مطلق. وإن أعاره للغراس أو للبناء، فله أن يزرع فيها ما شاء؛ لأن ضرره دون ضررهما، فكأنه استوفى بعض ما أذن له فيه.

وإن استعارها للزرع، لم يغرس، ولم يبن؛ لأن ضررهما أكثر، فلم يكن." [1]

"الإذن في القليل إذنا في الكثير. وإن استعارها للغراس، أو للبناء، ملك المأذون فيه منهما دون الآخر؛ لأن ضررهما مختلف. فإن ضرر الغراس في باطن الأرض لانتشار العروق فيها، وضرر البناء في ظاهرها، فلم يكن الإذن في أحدهما إذنا في الآخر. وإن استعارها لزرع الحنطة، فله زرعها وزرع ما هو أقل ضررا منها، كالشعير والباقلا والعدس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة؛ لأن الرضى بزراعة شيء رضى بضرره، وما هو دونه، وليس له زرع ما هو أكثر ضررا منه، كالذرة والدخن والقطن؛ لأن ضرره أكثر.

وحكم إباحة الانتفاع في العارية، كحكم الانتفاع في الإجارة فيما له أن يستوفيه، وما يمنع منه. وسنذكر في الإجارة تفصيل ذلك، إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة، لم يكن له أن يزرع أكثر منها. وإن أذن له في غرس شجرة فانقلعت، لم يكن له غرس أخرى، وكذلك إن أذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت، لم يملك وضع أخرى، لأن الإذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزه.

[فصل إن استعار شيئا فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله]

(٣٩٢١) فصل: وإن استعار شيئا، فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله؛ لأن وكيله نائب عنه، ويده كيده.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٧/٥

وليس له أن يؤجره؛ لأنه لم يملك المنافع، فلا يصح أن يملكها. ولا نعلم في هذا خلافا. ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين. وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه، وليس له أن يعيره غيره. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وقالوا في الآخر: له ذلك.

وهو قول أبي حنيفة لأنه يملكه على حسب ما ملكه، فجاز كما للمستأجر أن يؤجر. قال أصحاب الرأي: إذا استعار ثوبا ليلبسه هو، فأعطاه غيره، فلبسه، فهو ضامن. وإن لم يسم من يلبسه، فلا ضمان عليه. وقال مالك: إذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها، فلا ضمان عليه. **ولنا**، أن العارية إباحة المنفعة، فلم يجز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام.

وفارق الإجارة؛ لأنه ملك الانتفاع على كل وجه، فملك أن يملكها، وفي العارية لم يملكها، إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له، فأشبه من أبيح له أكل الطعام. فعلى هذا، إن أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل، وله أن يطالب من شاء منهما؛ لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، والثاني استوفاه بغير إذنه، فإن ضمن الأول رجع على الثاني؛ لأن الاستيفاء حصل منه، فاستقر الضمان عليه، وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول، إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال، فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول؛ لأنه غر الثاني، ودفع إليه العين على أنه يستوفي منافعها بغير عوض.

وإن تلفت العين في يد الثاني، استقر الضمان عليه بكل حال؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، فإن رجع على الأول، رجع الأول على الثاني، وإن رجع على الثاني، لم يرجع على أحد.." (١)

"[فصل أعاره شيئا وأذن له في إجارته مدة معلومة]

(٣٩٢٢) فصل: وإن أعاره شيئا، وأذن له في إجارته مدة معلومة، أو في إعارته مطلقا، أو مدة، جاز لأن الحق لمالكه، فجاز ما أذن فيه. وليس له الرجوع بعد عقد الإجارة حتى ينقضي؛ لأن عقد الإجارة لازم، وتكون العين مضمونة على المستعير، غير مضمونة على المستأجر؛ لأن عقد الإجارة لا يوجب ضمانا.

وإن أجره بغير إذن، لم تصح الإجارة، ويكون على المستأجر الضمان، وللمالك تضمين من شاء منهما، على ما ذكرناه في العارية. .

[فصل استعار عبدا ليرهنه]

(٣٩٢٣) فصل: ويجوز أن يستعير عبدا ليرهنه. قال ابن المنذر: أجمعوا على أن الرجل إذا استعار من

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٨/٥

الرجل شيئا يرهنه عند رجل، على شيء معلوم، إلى وقت معلوم، فرهن ذلك على ما أذن له فيه، أن ذلك جائز؛ وذلك لأنه استعاره ليقضي به حاجته، فصح، كسائر العواري. ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه؛ لأن العارية لا يعتبر فيها العلم.

وبهذا قال أبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال الشافعي: يعتبر ذلك؛ لأن الضرر يختلف بذلك. **ولنا**، أنها عارية لجنس من النفع، فلم تعتبر معرفة قدره، كعارية الأرض للزرع. ولا يصير المعير ضامنا للدين. وقال الشافعي في أحد قوليه: يصير ضامنا له في رقبة عبده؛ لأن العارية ما يستحق به منفعة العين، والمنفعة هاهنا للمالك، فدل على أنه ضمان.

ولنا، أنه أعاره ليقضي منه حاجته، فلم يكن ضامنا، كسائر العواري، وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه، وما عداه من النفع فهو لمالك العين. وإن عين المعير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه، أو محلا، تعين؛ لأن العارية تتعين بالتعيين، فإن خالفه في الجنس، لم يصح؛ لأنه عقد لم يأذن له فيه، أشبه ما لو لم يأذن في رهنه. وكذلك إذا أذن له في محل، فخالفه فيه؛ لأنه إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل، فرهنه بحال، فقد لا يجد ما يفكه به في الحال، وإن أذن في رهنه بحال، فرهنه بمؤجل، فلم يرض أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل، لم يصح.

وإن رهنه بأكثر مما قدره له، لم يصح؛ لأن من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه. وإن رهنه بأنقص منه، جاز؛ لأن من رضي بعشرة، رضي بما دونها عرفا، فأشبه من أمر بشراء شيء بثمن، فاشتراه بدونه. وللمعير مطالبة الراهن بفكاك الرهن في الحال، سواء كان بدين حال أو مؤجل؛ لأن للمعير الرجوع في العارية متى شاء. وإن حل الدين، فلم يفكه الراهن، جاز بيعه في الدين؛ لأن ذلك مقتضى الرهن، فإذا بيع في الدين، أو تلف، رجع السيد على الراهن بقيمته؛ لأن العارية تضمن بقيمتها.

وإن تلف بغير تفريط، فلا شيء على." (١)

"وإن أعاره أرضا ليدفن فيها، فله الرجوع ما لم يدفن فيها. فإذا دفن لم يكن له الرجوع، ما لم يبل الميت. وإن أعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبه، جاز، كما تجوز إعارة الأرض للبناء والغراس، وله الرجوع ما لم يضعه، وبعد وضعه ما لم يبن عليه؛ لأنه لا ضرر فيه، فإن بنى عليه، لم يجز الرجوع؛ لما في ذلك من هدم البناء.

وإن قال: أنا أدفع إليك أرش ما نقص بالقلع. لم يلزم المستعير ذلك؛ لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٩/٥

المستعير منه. ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة.

وإن انهدم الحائط وزال الخشب عنه، أو أزاله المستعير باختياره، لم يملك إعادته، سواء بنى الحائط بآلته أو بغيرها؛ لأن العارية لا تلزم، وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه؛ لما فيه من الضرر بالمستعير، بإزالة المأذون في وضعه، وقد زال ذلك. وكذلك إذا سقط الخشب والحائط بحاله. وإن أعاره أرضا لزراعة شيء، فله الرجوع ما لم يزرع، فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع.

فإن بذل له قيمة الزرع ليملكه، لم يكن له ذلك. نص عليه أحمد لأن له وقتا ينتهي إليه. فإن كان مما يحصد قصيلا، فله الرجوع في وقت إمكان حصاده؛ لعدم الضرر فيه، وإن لم يكن كذلك، لم يكن له الرجوع حتى ينتهي. وإن أذن له في البناء والغراس فيها، فله الرجوع قبل قلعه.

فإذا غرس وبنى، فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء؛ ولأنه لم يتعلق به ملك المستعير، ولا ضرر عليه في الرجوع فيه، فأشبه ما لو لم يبن في الأرض شيئا، ولم يغرس فيها. ثم إن اختار المستعير أخذ بنائه وغراسه، فله ذلك؛ لأنه ملكه فملك نقله. ولا يلزمه تسوية الحفر.

ذكره القاضي؛ لأن المعير رضي بذلك حيث أعاره، مع علمه بأن له قلع غرسه. ويحتمل أن عليه تسوية الحفر؛ لأن القلع باختياره، فإنه لو امتنع منه لم يجبر عليه، فلزمه تسوية الأرض، كما لو خرب أرضه التي لم يستعرها. وإن أبى القلع، فبذل له المعير ما ينقص بالقلع، أو قيمة غراسه وبنائه قائما، ليأخذه المعير، أجبر المستعير عليه؛ لأنه رجوع في العارية من غير إضرار.

وإن قال المستعير: أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي. لم يكن له؛ لأن الغراس تابع، والأرض أصل، ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع، ولا تتبعهما، وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان، إلا أن يكون أعاره مدة معلومة، فرجع فيها قبل انقضائها؛ لأن المعير لم يغره، فكان عليه القلع، كما لو شرط عليه. **ولنا**، أنه بنى وغرس بإذن المعير، من غير شرط القلع، فلم يلزمه القلع من غير ضمان، كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت.

وقولهم: لم يغره. ممنوع؛ فإن الغراس والبناء يراد للتبقية، وتقدير المدة ينصرف إلى." (١)

"خاصة.

فإذا استعارها إلى طبرية، فتجاوز إلى القدس، فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة. وإن اختلفا، فقال المالك: أعرتكها إلى طبرية. وقال المستعير: أعرتنيها إلى القدس. فالقول قول المالك. وبهذا قال الشافعي

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧١/٥

وأصحاب الرأي. وقال مالك إن كان يشبه ما قال المستعير، فالقول قوله، وعليه الضمان. **ولنا**، أن المالك مدعى عليه، فكان القول قوله، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لكن اليمين على المدعى عليه» .

.

[فصل استعار شيئا فانتفع به ثم ظهر مستحقا]

(٣٩٢٨) فصل: ومن استعار شيئا، فانتفع به، ثم ظهر مستحقا فلمالكه أجر مثله، يطالب به من شاء منهما، فإن ضمن المستعير، رجع على المعير بما غرم؛ لأنه غره بذلك وغرمه، لأنه دخل على أن لا أجر عليه. وإن رجع على المعير، لم يرجع على أحد، فإن الضمان استقر عليه. قال أحمد في قصار دفع ثوبا إلى غير صاحبه، فلبسه، فالضمان على القصار دون اللابس. وإن تلف فالقيمة تستقر على المستعير؛ لأنه دخل على العين مضمونة عليه.

فإن ضمن المعير، رجع على المستعير، وإن ضمن المستعير، لم يرجع على أحد؛ لأن الضمان استقر عليه. وإن نقصت العين بالاستعمال، انبنى على ضمان النقص، فإن قلنا: هو على المستعير. فحكمه حكم القيمة. وإن قلنا: هو على المعير. فهو كالأجر. على ما بيناه.

[فصل حمل السيل بذر رجل من أرضه إلى أرض غيره فنبت فيها]

فصل: وإذا حمل السيل بذر رجل من أرضه إلى أرض غيره، فنبت فيها، لم يجبر على قلعه. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: يجبر على ذلك، إذا طالبه رب الأرض به؛ لأن ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه، فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره. **ولنا**، أن قلعه إتلاف للمال على مالكه، ولم يوجد منه تفريط، ولا يدوم ضرره، فلا يجبر على ذلك، كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها، فإننا لا نجبره على قتلها.

ويفارق أغصان الشجرة، فإنه يدوم ضرره، ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدي أجره. إذا ثبت هذا، فإنه يقر في الأرض إلى حين حصاده بأجر مثله. وقال القاضي: ليس عليه أجر؛ لأنه حصل في أرض غيره بغير تفريطه، فأشبه ما لو باتت دابته في أرض إنسان بغير تفريطه.

وهذا بعيد؛ لأن إلزامه تبقية زرع ما أذن فيه، في أرضه، بغير أجر ولا انتفاع، إضرار به، وشغل لملكه بغير." (١)

"أنها قالت: ما رأيت صانعا مثل حفصة، صنعت طعاما، فبعثت به إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخذني الأكل فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله، ما كفارة ما صنعت؟ فقال: إناء مثل الإناء، وطعام مثل الطعام» . رواه أبو داود.

وعن أنس، «أن إحدى نساء النبي - صلى الله عليه وسلم - كسرت قصعة الأخرى، فدفع النبي - صلى الله عليه وسلم - قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة، وحبس المكسورة في بيته.» رواه أبو داود مطولا، ورواه الترمذي نحوه، وقال: حديث حسن صحيح. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - استسلف بعيرا، ورد مثله. **ولنا**؛ ما روى عبد الله بن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من أعتق شركا له في عبد، قوم عليه قيمة العدل» . متفق عليه. فأمر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق، ولم يأمر بالمثل.

ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها، وتتباين صفاتها، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها، فكانت أولى. وأما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضي، وقد علم أنها ترضى بذلك. (٣٩٣٢) فصل: وما تتماثل أجزاؤه، وتتقارب صفاته، كالدراهم والدنانير والحبوب والأدهان، ضمن بمثله. بغير خلاف.

قال ابن عبد البر: كل مطعوم، من مأكول أو مشروب، فمجمع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته. وأما سائر المكيل والموزون، فظاهر كلام أحمد أنه يضمن بمثله أيضا؛ فإنه قال: في رواية حرب، وإبراهيم بن هانئ: ما كان من الدراهم والدنانير، وما يكال ويوزن، فعليه مثله دون القيمة. فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزون، إلا أن يكون مما فيه صناعة، كمعمول الحديد والنحاس والرصاص من الأواني والآلات ونحوها.

والحلي من الذهب والفضة وشبهه، والمنسوج من الحرير والكتان والقطن والصوف والشعر، والمغزول من ذلك، فإنه يضمن بقيمته؛ لأن الصناعة تؤثر في قيمته، وهي مختلفة، فالقيمة فيه أحصر، فأشبه غير المكيل والموزون. وذكر القاضي أن النقرة والسبيكة من الأثمان، والعنب والرطب والكمثرى إنما يضمنه بقيمته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٧٣

وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا. وإنما خرج منه ما فيه الصناعة؛ لما ذكرنا. ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها، لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها، وفيه إتلاف.." [١]

"وقال بعضهم: له طمها. وهو الوجه الثاني لنا؛ لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك، لأنه إبراء مما لم يجب بعد، وهو أيضا إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها. **ولنا**، أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي، فإذا رضي صاحب الأرض، زال التعدي، فزال الضمان، وليس هذا إبراء مما لم يجب، وإنما هو إسقاط التعدي برضائه به. وهكذا ينبغي أن يكون إذا لم يتلفظ بالإبراء، ولكن منعه من طمها؛ لأنه يتضمن رضاه بذلك.

[الفصل الثالث على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها]

(٣٩٤٠) الفصل الثالث: أن على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها. وهكذا كل ما له أجر، فعلى الغاصب أجر مثله، سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت؛ لأنها تلفت في يده العادية، فكان عليه عوضها، كالأعيان. وإن غصب أرضا، فبناها دارا، فإن كانت آلات بنائها من مال الغاصب، فعليه أجر الأرض دون بنائها؛ لأنه إنما غصب الأرض والبناء له، فلم يلزمه أجر ماله.

وإن بناها بتراب منها، وآلات للمغصوب منه، فعليه أجرها مبنية؛ لأن الدار كلها ملك للمغصوب منه، وإنما للغاصب فيها أثر الفعل، فلا يكون في مقابلته أجر؛ لأنه وقع عدوانا. وإن غصب دارا، فنقضها، ولم يبنها، فعليه أجر دار إلى حين نقضها، وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها؛ لأن البناء انهدم وتلف، فلم يجب أجره مع تلفها. وإن نقضها، ثم بناها بآلة من عنده، فالحكم فيها كذلك.

وإن بناها بآلتها، أو آلة من ترابها، أو ملك المغصوب منه، فعليه أجرها عرصة، منذ نقضها إلى أن بناها، وأجرها دارا فيما قبل ذلك وبعده؛ لأن البناء للمالك. وحكمها في نقض بنائها الذي بناه الغاصب، حكم ما لو غصبها عرصة فبناها. وإن كان الغاصب باعها، فبناها المشتري، أو نقضها ثم بناها، فالحكم لا يختلف، لكن للمالك مطالبة من شاء منهما، والرجوع عليه، فإن رجع على الغاصب، رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما تلف من الأعيان؛ لأن المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالعوض، فاستقر ضمانه عليه.

وإن رجع المالك على المشتري، رجع المشتري على الغاصب بنقص التالف، ولم يرجع بقيمة ما تلف. وهل

(١) المغني لابن قدامة ١٧٨/٥

يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالأجر؟ على روايتين. وليس له مطالبة المشتري من الأجر إلا بأجر مدة مقامها في يديه؛ لأن يده إنما ثبتت عليها حينئذ.." [1]

"[الفصل الرابع على الغاصب ضمان نقص الأرض]

(٣٩٤١) الفصل الرابع: إن على الغاصب ضمان نقص الأرض، إن كان نقصها الغرس، أو نقصت بغيره. وهكذا كل عين مغصوبة، على الغاصب ضمان نقصها إذا كان نقصا مستقرا، كثوب تخرق، وإناء تكسر، وطعام سوس، وبناء خرب، ونحوه، فإنه يردها وأرش النقص؛ لأنه نقص حصل في يد الغاصب، فوجب ضمانه، كالقفيز من الطعام، والذراع من الثوب. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: إذا شق رجل لرجل ثوبا شقا قليلا، أخذ أرشه. وإن كان كثيرا، فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته، وبين إمساكه وأخذ أرشه.

وقد روي عن أحمد كلام يحتمل هذا؛ فإنه قال، في رواية موسى بن سعيد، في الثوب: إن شاء شق الثوب، وإن شاء مثله. يعني والله أعلم إن شاء أخذ أرش الشق. ووجهه أن هذه جناية أتلفت معظم منفعته، فكانت له المطالبة بقيمته، كما لو قتل شاة له. وحكى أصحاب مالك عنه، أنه إذا جنى على عين، فأتلف غرض صاحبها فيها، كان المجني عليه بالخيار، إن شاء رجع بما نقصت، وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها.

ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي، ينبني على ذلك؛ لأنه أتلف غرضه به، فإنه لا يركبه في العادة. وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة، فلزمته قيمتها، كما لو أتلف جميعها. **ولنا**، أنها جناية على مال أرشها دون قيمته، فلم يملك المطالبة بجميع قيمته، كما لو كان الشق يسيرا، ولأنها جناية تنقص بها القيمة، فأشبه ما لو لم يتلف غرض صاحبها، وفي الشاة تلف جميعها؛ لأن الاعتبار في الإتلاف بالمجني عليه، لا بغرض صاحبه؛ لأن هذا إن لم يصلح لهذا صلح لغيره.

[فصل قدر الأرش قدر نقص القيمة في الغصب]

(٣٩٤٢) فصل: وقدر الأرش قدر نقص القيمة في جميع الأعيان. وبهذا قال الشافعي وعن أحمد رواية أخرى، أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها.

فإنه قال، في رواية أبي الحارث، في رجل فقأ عين دابة لرجل: عليه ربع قيمتها. قيل له: فقأ العينين؟ فقال: إذا كانت واحدة، فقال عمر ربع القيمة، وأما العينان فما سمعت فيهما شيئا. قيل له: فإن كان بعيرا أو بقرة

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٣/٥

أو شاة؟ فقال: هذا غير الدابة، هذا ينتفع بلحمه، ينظر ما نقصها. وهذا يدل على أن أحمد إنما أوجب مقدارا في العين الواحدة من الدابة، وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للأثر الوارد فيه، وما عدا هذا يرجع إلى القياس.

واحتج أصحابنا لهذه الرواية، بما روى زيد بن ثابت، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى في عين الدابة بربع قيمتها» . وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة:." (١)

"فنقصت قيمته، وجب ضمان نقصه. وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه؛ لأن الفائت لا يقصد قصدا صحيحا، فأشبه الصناعة المحرمة. **ولنا**، أنه نقص في القيمة بتغير صفته، فيضمنه، كبقية الصور.

[فصل نقص المغصوب نقصا غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساده]

(٣٩٤٩) فصل: وإن نقص المغصوب نقصا غير مستقر، كطعام ابتل. وخيف فساده، أو عفن وخشي تلفه. فعليه ضمان نقصه. وهذا منصوص الشافعي. وله قول آخر؛ أنه لا يضمن نقصه. وقال القاضي: يلزمه بدله، لأنه لا يعلم قدر نقصه، وكلما نقص شيئا ضمنه؛ لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب، فكان كالموجود في يده، وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله، وبين تركه حتى يستقر فساده، ويأخذ أرش نقصه.

وقال أبو حنيفة يتخير بين إمساكه ولا شيء له، أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ منه قيمته؛ لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة، وهذا لا يجوز، كما لو باع قفيزا جيدا بقفيز رديء ودرهم. **ولنا**، أن عين ماله باقية، وإنما حدث فيه نقص، فوجب فيه ما نقص، كما لو كان عبدا فمرض. وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن. وقال: يضمن ما نقص، قولا واحدا، ولا يضمن ما تولد منه؛ لأنه ليس من فعله.

وهذا الفرق لا يصح؛ لأن البلل قد يكون من غير فعله أيضا، وقد يكون العفن بسبب منه. ثم إن ما وجد في يد الغاصب، فهو مضمون عليه، لوجوده في يده، فلا فرق. وقول أبي حنيفة لا يصح؛ لأن هذا الطعام عين ماله، وليس ببدل عنه. وقول أبي الخطاب لا بأس به.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/١٨٤

[مسألة زرع الأرض المغصوبة فأدركها ربها والزرع قائم]

(٣٩٥٠) مسألة؛ قال: (وإن كان زرعها، فأدركها ربها والزرع قائم، كان الزرع لصاحب الأرض، وعليه النفقة، وإن استحقت بعد أخذ الغاصب الزرع، فعليه أجرة الأرض) قوله: " فأدركها ربها " يعني استرجعها من الغاصب، أو قدر على أخذها منه. وهو معنى قوله: " استحقت ". يعني أخذها مستحقها. فمتى كان هذا بعد حصاد الغاصب الزرع، فإنه للغاصب.

لا نعلم فيه خلافا؛ وذلك لأنه نماء ماله، وعليه الأجرة إلى وقت التسليم وضمان النقص. ولو لم يزرعها، فنقصت لترك الزراعة، كأراضي البصرة، أو نقصت لغير ذلك، ضمن نقصها أيضا؛ لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه. فأما إن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها، لم يملك إجبار الغاصب على قلعه، وخير المالك بين أن يقر." (١)

"منهي عنه، فكان البيع فيه محرما، ولأن الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على القعود والبيع فيه، وترك الشراء منهم يمنعهم من القعود. وقال: لا يبتاع من الخانات التي في الطرق، إلا أن لا يجد غيره. كأنه بمنزلة المضطر. وقال في السلطان إذا بنى دارا، وجمع الناس إليها: أكره الشراء منها.

وهذا إن شاء الله تعالى على سبيل الورع، لما فيه من الإعانة على الفعل المحرم، والظاهر صحة البيع؛ لأنه إذا صحت الصلاة في الدار المغصوبة، في رواية، وهي عبادة، فما ليس بعبادة أولى.

وقال في من غصب ضيعة، وغصبت من الغاصب، فأراد الثاني ردها: جمع بينهما. يعني بين مالكها والغاصب الأول. وإن مات بعضهم، جمع ورثته. إنما قال هذا احتياطا، خوف التبعة من الغاصب الأول؛ لأنه ربما طالب بها، وادعاها ملكا باليد، وإلا فالواجب ردها على مالكها. وقد صرح بهذا في رواية عبد الله، في رجل استودع رجلا ألفا، فجاء رجل إلى المستودع، فقال: إن فلانا غصبني الألف الذي استودعكه. وصح ذلك عند المستودع، فإن لم يخف التبعة، وهو أن يرجعوا به عليه، دفعه إليه. "

[مسألة غصب عبدا قيمته مائة فزادت قيمته حتى صارت مائتين ثم نقصت حتى صارت مائة]

(٣٩٥٥) مسألة؛ قال: (ومن غصب عبدا، أو أمة، وقيمته مائة، فزاد في بدنه، أو بتعلم، حتى صارت قيمته مائتين، ثم نقص بنقصان بدنه، أو نسيان ما علم، حتى صارت قيمته مائة، أخذه السيد، وأخذ من الغاصب

(١) المغني لابن قدامة ١٨٨/٥

مائة) وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة، ومالك: لا يجب عليه عوض الزيادة، إلا أن يطالب بردها زائدة، فلا يردها؛ لأنه رد العين كما أخذها، فلم يضمن نقص قيمتها، كنقص سعرها، **ولنا**، أنها زيادة في نفس المغصوب، فلزم الغاصب ضمانها، كما لو طالبه بردها فلم يفعل.

وفارق زيادة السعر، فإنها لو كانت موجودة حال الغصب، لم يضمنها، والصناعة إن لم تكن من عين المغصوب، فهي صفة فيه، ولذلك يضمنها إذا طولب برد العين وهي موجودة فلم يردها، وأجريناها هي والتعلم مجرى السمن الذي هو عين؛ لأنها صفة تتبع العين، وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال الغصب؛ لأنها زيادة في العين المملوكة للمغصوب منه، فتكون مملوكة له أيضا؛ لأنها تابعة للعين.

فأما إن غصب العين سمينة، أو ذات صناعة، أو تعلم القرآن ونحوه، فهزلت ونسيت فنقصت قيمتها، فعليه ضمان نقصها. لا نعلم فيه خلافا؛ لأنها نقصت عن حال غصبها نقصا أثر في قيمتها، فوجب ضمانه، كما لو أذهب عضوا من أعضائها.." (١)

"سمنا نقصها، ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه؛ لأنه لم يذهب ما له قيمة، والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه. وكذلك لو حملت فنقصت، ثم وضعت فزال نقصها، لم يضمن شيئا.

فإن رد المغصوب ناقصا بمرض، أو عيب، أو سمن مفرط، أو حمل، فعليه أرش نقصه، فإن زال عيبه في يدي مالكه، لم يلزمه رد ما أخذ من أرشه؛ لأنه استقر ضمانه برد المغصوب. وكذلك إن أخذ المغصوب دون أرشه، ثم زال العيب قبل أخذ أرشه، لم يسقط ضمانه؛ لذلك.

[فصل زوائد الغصب في يد الغاصب]

(٣٩٥٨) فصل: زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب، مثل السمن، وتعلم الصناعة، وغيرها، وثمرة الشجرة، وولد الحيوان، متى تلف شيء منه في يد الغاصب ضمنه، سواء تلف منفردا، أو تلف مع أصله. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة، ومالك: لا يجب ضمان زوائد الغصب، إلا أن يطالب بها فيمتنع من أدائها؛ لأنها غير مغصوبة، فلا يجب ضمانه، كالوديعة، ودليل عدم الغصب أنه فعل محرم،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٢/٥

وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله؛ لأنه انبنى على وجود الزوائد في يده، ووجودها ليس بفعل محرم منه. **ولنا**، أنه مال المغصوب منه، حصل في يد الغاصب بالغصب، فيضمنه بالتلف، كالأصل.
وقولهم: إن إثبات يده ليس من فعله. لا يصح؛ لأنه بإمساك الأم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد، وإثبات يده على الأم محظور.

[فصل ليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار]
(٣٩٥٩) فصل: وليس على الغاصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار. نص عليه أحمد وهو قول جمهور العلماء. وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه؛ لأنه يضمنه إذا تلفت العين، فيلزمه إذا ردها، كالسمن. **ولنا**، أنه رد العين بحالها، لم ينقص منها عين ولا صفة، فلم يلزمه شيء، كما لو لم تنقص، ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين، وإن سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها، فدخلت في التقويم، بخلاف ما إذا ردها؛ فإن القيمة لا تجب، ويخالف السمن، فإنه من عين المغصوب، والعلم بالصناعة صفة فيها، وها هنا لم تذهب عين ولا صفة؛ ولأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين، وإنما حقه في العين، وهي باقية كلها كما كانت، ولأن الغاصب يضمن ما غصب، والقيمة لا تدخل في الغصب، بخلاف زيادة العين، فإنها مغصوبة وقد ذهبت.." (١)

"غيره بغير إذنه عالما بالحال، وإن ضمن الغاصب، رجع على القصاب؛ لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن استعان بمن ذبح له، فهو كما لو استأجره.

[فصل غصب حبا فزرعه فصار زرعا أو نوى فصار شجرا أو بيضا فحضنه فصار فرخا]
(٣٩٦٥) فصل: وإن غصب حبا فزرعه فصار زرعا، أو نوى فصار شجرا، أو بيضا فحضنه فصار فرخا، فهو للمغصوب منه؛ لأنه عين ماله نما، فأشبه ما تقدم. ويتخرج أن يملكه الغاصب، بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق. وإن غصب دجاجة فباضت عنده، ثم حضنت بيضها فصار فراخا، فهما لمالكها، ولا شيء للغاصب في علفها.
قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم: يرد فروخها إلى أصحاب الطيرة، ولا شيء للغاصب فيما عمل. وإن غصب شاة، فأنزى عليها فحلا، فالولد لصاحب الشاة؛ لأنه من نمائها. وإن غصب فحلا،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٤/٥

فأنزاه على شاته، فالولد لصاحب الشاة؛ لأنه يتبع الأم، ولا أجرة له؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن عسب الفحل. وإن نقصه الضراب ضمن نقصه.

[فصل غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لآخر فلم يتميزا]

(٣٩٦٦) فصل: وإن غصب دنانير أو دراهم من رجل، وخلطها بمثلها لآخر، فلم يتميزا، صارا شريكين. وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب، وعليه غرامة مثلها لهما، وإن خلطها بمثلها من ماله، ملكها؛ لأنه تعذر تسليمها بعينها، فأشبه ما لو تلفت. **ولنا**، أنه فعل في المغصوب على وجه التعدي، لم يذهب بماليته، فلم يزل ملك صاحبه عنه، كذبح الشاة.

[فصل غصب عبدا فصاد صيدا أو كسب شيئا]

(٣٩٦٧) فصل: وإن غصب عبدا، فصاد صيدا، أو كسب شيئا، فهو لسيده، وإن غصب جارحا كالفهد والبازي، فصاد به، فالصيد لمالكه؛ لأنه من كسب ماله، فأشبه صيد العبد. ويحتمل أنه للغاصب؛ لأنه الصائد، والجارحة آلة له، ولهذا يكتفي بتسميته عند إرساله الجارح. وإن غصب قوسا أو سهما أو شبكة، فصاد به، ففيه وجهان؛ أحدهما، أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة؛ لأنه حاصل به، فأشبه نماء ملكه وكسب عبده.." (١)

"والثاني، للغاصب؛ لأن الصيد حصل بفعله، وهذه آلات، فأشبه ما لو ذبح بسكين غيره، فإن قلنا: هو للغاصب.

فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر. وإن قلنا: هو للمالك، لم يكن له أجر في مدة اصطياده، في أحد الوجهين؛ لأن الأجر في مقابلة منافعه، ومنافعه في هذه المدة عائدة إلى مالكه، فلم يستحق عوضها على غيره، كما لو زرع أرض إنسان، فأخذ المالك الزرع بنفقته، والثاني عليه أجر مثله؛ لأنه استوفى منافعه، أشبه ما لو لم يصد شيئا.

[مسألة غصب جارية فوطئها وأولدها]

(٣٩٦٨) مسألة؛ قال: (ومن غصب جارية، فوطئها، وأولدها، لزمه الحد، وأخذها سيدها وأولادها ومهر

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٨/٥

مثلها) وجملة ذلك، أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة، فهو زان؛ لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين، فإن كان عالما بالتحريم، فعليه حد الزنى؛ لأنه لا ملك له، ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها، سواء كانت مكرهة أو مطاوعة. وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن مهر البغي.

ولنا، أن هذا حق للسيد، فلا يسقط بمطاوعتها، كما لو أذنت في قطع يدها، ولأنه حق يجب للسيد مع إكراهها، فيجب مع مطاوعتها، كأجر منافعها، والخبر محمول على الحرة، ويجب أرش بكارتها؛ لأنه بدل جزء منها. ويحتمل أن لا يجب؛ لأن مهر البكر يدخل فيه أرش البكارة؛ ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة، لأجل ما يتضمنه من تفويت البكارة. وإن حملت، فالولد مملوك لسيدها؛ لأنه من نمائها وأجزائها، ولا يلحق نسبه بالواطئ؛ لأنه من زنى. فإن وضعته حيا، وجب رده معها، وإن أسقطته ميتا، لم يضمن؛ لأننا لا نعلم حياته قبل هذا. هذا قول القاضي، وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه.

وقال القاضي أبو الحسين: يجب ضمانه بقيمته لو كان حيا. نص عليه الشافعي؛ لأنه يضمنه لو سقط بضربته، وما ضمن بالإتلاف ضمنه الغاصب بالتلف في يده، كأجر العين. والأولى، إن شاء الله تعالى، أن يضمنه بعشر قيمة أمه؛ لأنه الذي يضمنه به بالجناية، فيضمنه به في التلف، كالأجزاء. وإن وضعته حيا، حصل مضمونا في يد الغاصب، كالأم.

فإن مات بعد ذلك، ضمنه بقيمته. وإن نقصت الأم بالولادة، ضمن نقصها، ولم ينجبر بالولد. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ينجبر نقصها بولدها. **ولنا**، أن ولدها ملك المغصوب منه، فلا ينجبر به نقص حصل بجناية الغاصب، كالنقص الحاصل." (١)

"[فصل غصب شيئا ببلد فلقيه ببلد آخر فطالبه به]

(٣٩٨٠) فصل: وإذا غصب شيئا ببلد، فلقيه ببلد آخر، فطالبه به، نظرت؛ فإن كان أثمانا، لزمه دفعها إليه؛ لأن الأثمان قيم الأشياء، فلا يضر اختلاف قيمتها، وإن كان غيرها وكان من المثليات وقيمته في البلدين واحدة، أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر، لزمه أداء مثله؛ لأنه لا ضرر عليه. وكذلك إن كانت قيمته مختلفة إلا أنه لا مؤنة لحمله، فله المطالبة بمثله؛ لأنه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه.

وإن كان لحمله مؤنة، وقيمته في البلد الذي غصبه فيه أقل، فليس عليه رده ولا رد مثله؛ لأننا لا نكلفه مؤنة النقل إلى بلد لا يستحق تسليمه فيه، وللمغصوب منه الخيرة بين الصبر إلى أن يستوفيه في بلده، وبين

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٩/٥

المطالبة في الحال بقيمته في البلد الذي غصبه فيه؛ لأنه تعذر رده ورد مثله. وإن كان من المتقومات، فله المطالبة بقيمته في البلد الذي غصبه فيه، ومتى قدر على رد العين المغصوبة، ردها، واسترجع بدلها، على ما ذكرناه في المسألة قبل هذا.

[مسألة غصبها حاملا فولدت في يده ثم مات الولد]

(٣٩٨١) مسألة؛ قال: (ولو غصبها حاملا، فولدت في يده، ثم مات الولد، أخذها سيدها وقيمة ولدها، أكثر ما كانت قيمته) الكلام في هذه المسألة في أمرين؛ أحدهما، أنه إذا غصب حاملا من الحيوان، أمة أو غيرها، فالولد مضمون، كذلك لو غصب حائلا، فحملت عنده، وولدت، ضمن ولدها.

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في الصورتين؛ لأنه ليس بمغصوب، إذ الغصب فعل محظور، ولم يوجد، فإن الموجود ثبوت اليد عليه، وليس ذلك من فعله؛ لأنه انبنى على وجود الولد، ولا صنع له فيه. **ولنا**، أن من ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه، كالدرة في الصدفة، والجوز، واللوز؛ ولأنه مغصوب فيضمن، كالأم، فإن الولد إما أن يكون مودوعا في الأم، كالدرة في الحقة، وإما أن يكون كأجزائها، وفي كلا الموضعين، الاستيلاء على الظرف، والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المطروق، فإن أسقطته ميتا، لم يضمنه؛ لأنه لا تعلم حياته، ولكن يجب ما نقصت الأم عن كونها حاملا، وأما إذا حدث الحمل، فقد سبق الكلام فيه.

الأمر الثاني، أنه يلزمه رد الموجود من المغصوب وقيمة التالف، فإن كانت قيمة التالف لا تختلف من حين الغصب إلى حين الرد، ردها، وإن كانت تختلف، نظرنا؛ فإن كان اختلافهما لمعنى فيه، من كبر وصغر، وسمن وهزال وتعلم ونسيان، ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص." (١)

"ولم يشتغل بغيره. فإن غصب شيئا، فبعده، لزمه رده، وإن غرم عليه أضعاف قيمته؛ لأنه جنى بتبعيده، فكان ضرر ذلك عليه.

فإن قال الغاصب: خذ مني أجر رده، وتسلمه مني هاهنا. أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده، لم يلزم المالك قبول ذلك؛ لأنها معاوضة فلا يجبر عليها، كالبيع. وإن قال المالك: دعه لي في مكانه الذي نقلته إليه. لم يملك الغاصب رده؛ لأنه أسقط عنه حقا فسقط وإن لم يقبله، كما لو أبرأه من دينه. وإن قال: رده لي إلى بعض الطريق. لزمه ذلك؛ لأنه يلزمه جميع المسافة، فلزمه بعضها المطلوب، وسقط عنه ما أسقطه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٧/٥

وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد، لم يلزم الغاصب ذلك، سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده إليه أو لم يكن؛ لأنه معاوضة. وإن قال: دعه في مكانه، وأعطني أجر رده. لم يجبر على إجابته؛ لذلك. ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما.

[فصل غصب شيئا فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوه]

(٣٩٨٤) فصل: وإن غصب شيئا، فشغله بملكه، كخيط خاط به ثوبا، أو نحوه، أو حجرا بنى عليه، نظرنا؛ فإن بلي الخيط، أو انكسر الحجر، أو كان مكانه خشبة فتلفت، لم يأخذ برده، ووجبت قيمته؛ لأنه صار هالكا، فوجبت قيمته. وإن كان باقيا بحاله، لزمه رده، وإن انتقض البناء، وتفصل الثوب.

وبهذا قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجب رد الخشبة والحجر؛ لأنه صار تابعا لملكه يستضر بقلعه، فلم يلزم رده، كما لو غصب خيطا فخاط به جرح عبده. **ولنا**، أنه مغصوب أمكن رده، ويحوز له فوجب، كما لو بعد العين، ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه؛ لأنه لا يجوز له رده، لما في ضمنه من تلف الآدمي.

ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء، بخلاف البناء، وإن خاط بالخيط جرح حيوان، فذلك على أقسام ثلاثة؛ أحدها، أن يخيط به جرح حيوان لا حرمة له، كالمرتد والخنزير والكلب العقور، فيجب نزعه ورده؛ لأنه لا يتضمن تفويت ذي حرمة، فأشبه ما لو خاط به ثوبا. والثاني، أن يخيط به جرح حيوان محترم، لا يحل أكله، كالآدمي، فإن خيف من نزعه الهلاك أو إبطاء برئه، فلا يجب نزعه؛ لأن الحيوان آكد حرمة من عين المال، ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته، وإتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله. وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها، كالبغل والحمار الأهلي.." (١)

"[فصل غصب دينارا فوقع في محبرته أو أخذ دينار غيره]

(٣٩٨٧) فصل: وإن غصب دينارا، فوقع في محبرته، أو أخذ دينار غيره، فسها فوقع في محبرته، كسرت، ورد الدينار، كما ينقض البناء لرد الساجة، وكذلك إن كان درهما أو أقل منه، وإن وقع من غير فعله، كسرت لرد الدينار إن أحب صاحبه، والضمان عليه؛ لأنه لتخليص ماله.

وإن غصب دينارا، فوقع في محبرة آخر بفعل الغاصب أو بغير فعله، كسرت لرده، وعلى الغاصب ضمان المحبرة؛ لأنه السبب في كسرها. وإن كان كسرها أكثر ضررا من تبقية الواقع فيها، ضمنه الغاصب، ولم

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢١٠

تكسر.

وإن رمى إنسان ديناره في محبرة غيره عدوانا، فأبى صاحب المحبرة كسرها، لم يجبر عليه؛ لأن صاحبه تعدى برميه فيها، فلم يجبر صاحبها على إتلاف ماله لإزالة ضرر عدوانه عن نفسه، وعلى الغاصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها، ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الغاصب، ويضمن الغاصب قيمتها، كما لو غرس في أرض غيره، ملك حفر الأرض بغير إذن المالك لأخذ غرسه، ويضمن نقصها بالحفر. وعلى كلا الوجهين، لو كسرها الغاصب قهرا، لم يلزمه أكثر من قيمتها.

[فصل غصب لوحا فرقع به سفينة]

(٣٩٨٨) فصل: وإن غصب لوحا، فرقع به سفينة، فإن كانت على الساحل، لزم قلعه ورده، وإن كانت في لجة البحر، واللوح في أعلاها، بحيث لا تغرق بقلعه، لزم قلعه، وإن خيف غرقها بقلعه، لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل، ولصاحب اللوح طلب قيمته، فإذا أمكن رد اللوح، استرجعه ورد القيمة، كما لو غصب عبدا فأبق.

وقال أبو الخطاب: إن كان فيها حيوان له حرمة، أو مال لغير الغاصب، لم يقلع، كالخيط. وإن كان فيها مال للغاصب، أو لا مال فيها، ففيها وجهان؛ أحدهما، لا يقلع. والثاني: يقلع في الحال؛ لأنه أمكن رد المغصوب، فلزم وإن أدى إلى تلف المال، كرد الساجة المبني عليها.

ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. **ولنا**، أنه أمكن رد المغصوب من غير إتلاف، فلم يجز الإتلاف، كما لو كان فيها مال غيره. وفارق الساجة في البناء، فإنه لا يمكن ردها من غير إتلاف.

[فصل غصب شيئا فخلطه بما يمكن تمييزه منه]

(٣٩٨٩) فصل: وإذا غصب شيئا، فخلطه بما يمكن تمييزه منه، كحنطة بشعير أو سمسم، أو صغار الحب بكباره، أو زبيب أسود بأحمر، لزمه تمييزه، ورده، وأجر المميز عليه، وإن لم يمكن تمييز جميعه، وجب تمييزه ما أمكن، وإن لم يمكن تمييزه، فهو على خمسة أضرب؛." (١)

"والثانية، لا تضمن؛ لما روى الإمام أحمد، في " مسنده ": حدثنا أبو بكر بن أبي مريم، عن ضمرة بن حبيب، قال: قال عبد الله بن عمر: «أمرني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن آتيه بمدية، وهي

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢١٣

الشفرة، فأتيته بها، فأرسل بها فأرهفت، ثم أعطانيها، وقال: اغد علي بها ففعلت، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة، وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام، فأخذ المدية مني، فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها، وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي، ويعاونوني، وأمرني أن آتي الأسواق كلها، فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته، ففعلت، فلم أترك في أسواقها زقا إلا شققته» .

وروي عن أنس، قال: كنت أسقي أبا طلحة، وأبي بن كعب، وأبا عبيدة، شرابا من فضيخ، فأتانا آت، فقال: إن الخمر قد حرمت. فقال: أبو طلحة: قم يا أنس إلى هذه الدنان فاكسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها، وإباحة إتلافها، فلا يضمنها، كسائر المباحات.

[فصل الغصب فيما ليس بمال كالحر]

(٤٠٠٣) فصل: ولا يثبت الغصب فيما ليس بمال، كالحر؛ فإنه لا يضمن بالغصب، إنما يضمن بالإتلاف. وإن أخذ حرا، فحبسه فمات عنده، لم يضمنه؛ لأنه ليس بمال. وإن استعمله مكرها، لزمه أجر مثله؛ لأنه استوفى منافعه، وهي متقومة، فلزمه ضمانها كمنافع العبد.

وإن حبسه مدة لمثلها أجر، ففيه وجهان؛ أحدهما، يلزمه أجر تلك المدة؛ لأنه فوت منفعته، وهي مال يجوز أخذ العوض عنها، فضمنت بالغصب، كمنافع العبد. والثاني، لا يلزمه؛ لأنها تابعة لما لا يصح غصبه، فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه، ولأنها تلفت تحت يديه، فلم يجب ضمانها كما ذكرنا. ولو منعه العمل من غير حبس، لم يضمن منافعه، وجها واحدا؛ لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه، فالحر أولى. ولو حبس الحر وعليه ثياب، لم يلزمه ضمانها؛ لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في الغصب، وسواء كان كبيرا أو صغيرا. وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي.

[فصل أم الولد مضمونة بالغصب]

(٤٠٠٤) فصل: وأم الولد مضمونة بالغصب. وبهذا قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: لا تضمن؛ لأن أم الولد لا تجري مجرى المال، بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغرماء، فأشبهت الحر. **ولنا**، أن ما يضمن بالقيمة، يضمن بالغصب، كالقن، ولأنها مملوكة، فأشبهت المدبرة، وفارقت الحرة؛ فإنها ليست مملوكة، ولا تضمن بالقيمة.." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٥/٥

"[فصل فتح قفصا عن طائر فطار أو حل دابة فذهبت]

(٤٠٠٥) فصل: وإذا فتح قفصا عن طائر فطار، أو حل دابة فذهبت، ضمنها. وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا ضمان عليه، إلا أن يكون أهاجهما حتى ذهبا. وقال أصحاب الشافعي: إن وقفا بعد الفتح والحل، ثم ذهبا، لم يضمنهما، وإن ذهبا عقيب ذلك، ففيه قولان. واحتجا بأن لهما اختيارا، وقد وجدت منهما المباشرة، ومن الفاتح سبب غير ملجئ.

فإذا اجتمعا، لم يتعلق الضمان بالسبب، كما لو حفر بئرا فجاء عبد لإنسان، فرمى نفسه فيها. **ولنا**، أنه ذهب بسبب فعله، فلزمه الضمان، كما لو نفره، أو ذهب عقيب فتحه وحله، والمباشرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه، فيسقط، كما لو نفر الطائر، وأهاج الدابة، أو أشلى كلبا على صبي فقتله، أو أطلق نارا في متاع إنسان، فإن للنار فعلا، لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها، كان وجوده كعدمه، ولأن الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور، وإنما يبقى بالمانع، فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه، فكان ضمانه على من أزال المانع، كمن قطع علاقة قنديل، فوقع فانكسر.

وهكذا لو حل قيد عبد فذهب، أو أسر فأفلت. وإن فتح القفص، وحل الفرس، فبقيا واقفين، فجاء إنسان فنفرهما فذهبا، فالضمان على منفرهما؛ لأن سببه أخص، فاختص الضمان به، كالدافع مع الحافر. وإن وقع طائر إنسان على جدار، فنفره إنسان، فطار، لم يضمنه؛ لأن تنفيره لم يكن سبب فواته، فإنه كان ممتنعا قبل ذلك. وإن رماه فقتله، ضمنه. وإن كان في داره؛ لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله.

وكذلك لو مر الطائر في هواء داره، فرماه فقتله، ضمنه؛ لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره، فهو كما لو رماه في هواء دار غيره.

[فصل حل زقا فيه مائع فاندفق]

(٤٠٠٦) فصل: ولو حل زقا فيه مائع، فاندفق، ضمنه، سواء خرج في الحال، أو خرج قليلا قليلا، أو خرج منه شيء بل أسفله فسقط، أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط، أو سقط بريح، أو بزلزلة الأرض، أو كان جامدا فذاب بشمس؛ لأنه تلف بسبب فعله. وقال القاضي: لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة، ويضمن فيما سوى ذلك. وهو قول أصحاب الشافعي. ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان،

واحتجوا بأن فعله غير ملجئ، والمعنى الحادث مباشرة، فلم يتعلق الضمان بفعله. كما لو دفعه إنسان.." (١)

"البيوت، بحيث إذا قسم لم يستضر بالقسمة، وأمكن الانتفاع به حماما، فإن الشفعة تجب فيه وكذلك البئر والدور والعضائد، متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان، كالبئر ينقسم بئرين يرتقي الماء منهما، وجبت الشفعة.

وكذلك إن كان مع البئر بياض أرض، بحيث يحصل البئر في أحد النصيبين، وجبت الشفعة أيضا؛ لأنه تمكن القسمة. وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته، بحيث يحصل الحجران في أحد القسمين، أو كان فيها أربعة أحجار دائرة، يمكن أن ينفرد كل واحد منهما بحجرين، وجبت الشفعة، وإن لم يمكن إلا أن يحصل لكل واحد منهما ما لم يتمكن من إبقائها رحى، لم تجب الشفعة.

فأما الطريق، فإن الدار إذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ، فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق؛ لأنه لا شركة لأحد في ذلك. وإن كان الطريق في درب غير نافذ، ولا طريق للدار سوى تلك الطريق، فلا شفعة أيضا؛ لأن إثبات ذلك يضر بالمشتري، لأن الدار تبقى لا طريق لها.

وإن كان للدار باب آخر، يستطرق منه، أو كان لها موضع يفتح منه باب لها إلى طريق نافذ، نظرنا في طريق المبيع من الدار، فإن كان ممرا لا تمكن قسمته، فلا شفعة فيه، وإن كان تمكن قسمته، وجبت الشفعة فيه؛ لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة فوجبت فيه الشفعة، كغير الطريق، ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال؛ لأن الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق إلى مكان آخر، مع ما في الأخذ بالشفعة من تفريق صفقة المشتري، وأخذ بعض المبيع من العقار دون بعض، فلم يجز.

كما لو كان الشريك في الطريق شريكا في الدار، فأراد أخذ الطريق وحدها. والقول في دهليز الجار وصحنه، كالقول في الطريق المملوك. وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته، فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال؛ لوجود المقتضي، وعدم المانع. والصحيح أنه لا شفعة فيه؛ لأن في ثبوتها تبعيض صفقة المشتري، ولا يخلو من الضرر.

[فصل من شروط الشفعة أن يكون الشقص منتقلا بعوض]

(٤٠١٥) فصل: الشرط الرابع، أن يكون الشقص منتقلا بعوض، وأما المنتقل بغير عوض، كالهبة بغير

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٢٦

ثواب، والصدقة، والوصية، والإرث، فلا شفعة فيه، في قول عامة أهل العلم؛ منهم مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وحكي عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة، أن فيه الشفعة، ويأخذه الشفيع بقيمته. وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى؛ لأن الشفعة ثبتت لإزالة ضرر الشركة، وهذا موجود في الشركة كيفما كان، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر المشتري؛ لأن إقدام المشتري على شراء الشقص، وبذله ماله فيه، دليل حاجته إليه، فانتزاعه منه أعظم ضررا من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه. **ولنا**، أنه انتقل بغير عوض، أشبه الميراث، ولأن محل الوفاق هو البيع، والخبر ورد فيه، وليس غيره في معناه؛ لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به إليه، ولا يمكن هذا في غيره،." (١)

"[مسألة لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع]

(٤٠٢٢) مسألة؛ قال: (ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع، فلا شفعة له) الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور، إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع، وإلا بطلت. نص عليه أحمد في رواية أبي طالب، فقال: الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم. وهذا قول ابن شبرمة، والبتي، والأوزاعي، وأبي حنيفة، والعنبري، والشافعي في أحد قوليه.

وحكي عن أحمد رواية ثانية، أن الشفعة على التراخي لا تسقط، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى، من عفو، أو مطالبة بقسمة، ونحو ذلك. وهذا قول مالك، وقول الشافعي، إلا أن مالكا قال: تنقطع بمضي سنة. وعنه: بمضي مدة يعلم أنه تارك لها؛ لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه، فلم يسقط بالتأخير، كحق القصاص.

وبيان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة، من غراس أو بناء، فله قيمته. وحكي عن ابن أبي ليلى، والثوري، أن الخيار مقدر بثلاثة أيام. وهو قول للشافعي؛ لأن الثلاث حد بها خيار الشرط، فصلحت حدا لهذا الخيار. والله أعلم **ولنا**، ما روى ابن البيلماني، عن أبيه، عن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «الشفعة كحل العقال» . وفي لفظ أنه قال: «الشفعة كنشطة العقال، إن قيدت ثبتت، وإن تركت فاللوم على من تركها» . وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «، أنه قال: الشفعة لمن واثبها» . رواه الفقهاء في كتبهم

، ولأنه خيار

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٣٤

لدفع
الضرر عن المال، فكان على الفور، كخيار الرد بالعيب، ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع، ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه، ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته؛ لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها، مع تعب قلبه وبدنه فيها.
والتحديد بثلاثة أيام تحكم لا دليل عليه، والأصل المقيس عليه ممنوع، ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب.
وإذا تقرر هذا، فقال ابن حامد: يتقدر الخيار بالمجلس. وهو قول أبي حنيفة. فمتى طالب في مجلس العلم، ثبتت الشفعة وإن طال؛ لأن المجلس كله في حكم حالة العقد، بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض، كالقبض حالة العقد.
وظاهر كلام الخرقي أنه لا يتقدر بالمجلس، بل متى بادر فطالب عقيب علمه، وإلا بطلت شفعته. وهذا ظاهر كلام أحمد، وقول الشافعي؛ لما ذكرنا من الخبر والمعنى.
وما ذكروه يبطل بخيار الرد بالعيب. فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر، بطلت شفعته، وإن أخرها لعذر، مثل أن يعلم ليلا فيؤخره إلى الصبح، أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو إغلاق باب، أو ليخرج من الحمام، أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسننها، أو ليشهدها في جماعة يخاف." (١)

"فوتها، لم تبطل شفعته؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها، فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة، إلا أن يكون المشتري حاضرا عنده في هذه الأحوال، فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله، فإن شفعته تبطل بتركه المطالبة؛ لأن هذا لا يشغله عنها، ولا تشغله المطالبة عنه.
فأما مع غيبته فلا؛ لأن العادة تقديم هذه الحوائج، فلم يلزمه تأخيرها، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه، أو يحرك دابته، فلم يفعل، ومضى على حسب عادته، لم تسقط شفعته؛ لأنه طلب بحكم العادة. وإذا فرغ من حوائجه، مضى على حسب عادته إلى المشتري، فإذا لقيه بدأه بالسلام؛ لأن ذلك السنة، وقد جاء في الحديث: «من بدأ بالكلام قبل السلام، فلا تجيبوه» . ثم يطالب.
وإن قال بعد السلام: بارك الله لك في صفقة يمينك. أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك، لم تبطل شفعته؛ لأن ذلك يتصل بالسلام، فيكون من جملته، والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه؛ لأن الشقص يرجع إليه، فلا يكون ذلك رضى. وإن اشتغل بكلام آخر، أو سكت لغير حاجة، بطلت شفعته؛ لما قدمنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٤١

[فصل أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة]

فصل: فإن أخبره بالبيع مخبر، فصدقه، ولم يطالب بالشفعة، بطلت شفعته، سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أو لا يقبل؛ لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره، لقرائن دالة على صدقه. وإن قال: لم أصدقه. وكان المخبر ممن يحكم بشهادته، كرجلين عدلين، بطلت شفعته؛ لأن قولهما حجة تثبت بها الحقوق.

وإن كان ممن لا يعمل بقوله، كالفاسق والصبي، لم تبطل شفعته. وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط؛ لأنه خبر يعمل به في الشرع، في الإذن في دخول الدار وشبهه، فسقطت به الشفعة، كخبر العدل. **ولنا**، أنه خبر لا يقبل في الشرع، فأشبه قول الطفل والمجنون. وإن أخبره رجل عدل، أو مستور الحال، سقطت شفعته.

ويحتمل أن لا تسقط. ويروى هذا عن أبي حنيفة، وزفر؛ رأن الواحد لا تقوم به البينة. **ولنا**، أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة، فقبل من العدل، كالرواية والفتيا وسائر الأخبار الدينية. وفارق الشهادة فإنه يحتاط لها باللفظ، والمجلس، وحضور المدعى عليه، وإنكاره، ولأن الشهادة يعارضها إنكار المنكر، وتوجب الحق عليه، بخلاف هذا الخبر.

والمرأة في ذلك كالرجل، والعبد كالحر. وقال القاضي: هما كالفاسق والصبي. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن قولهما لا يثبت به حق. **ولنا**، أن هذا خبر وليس بشهادة، فاستوى فيه الرجل والمرأة، والعبد والحر، كالرواية." (١)

"والأخبار الدينية. والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص، وهذا مما عداها، فأشبه الحر.

[فصل أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة]

(٤٠٢٤) فصل: إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به، فترك الشفيع الشفعة، لم تسقط الشفعة بذلك. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي، ومالك، إلا أنه قال بعد أن يحلف: ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير. وقال ابن أبي ليلى: لا شفعة له؛ لأنه سلم ورضي.

ولنا أنه تركها للعذر، فإنه لا يرضاه بالثمن الكثير، ويرضاه بالقليل، وقد لا يكون معه الكثير، فلم تسقط بذلك، كما لو تركها لعدم العلم. وكذلك إن أظهر أن المبيع سهام قليلة، فبانت كثيرة، أو أظهر أنهما تبايعا

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٤٢

بدنانير، فبان أنها دراهم، أو بدراهم فبانت دنانير. وبهذا قال الشافعي، وزفر. وقال أبو حنيفة، وصاحباه: إن كانت قيمتهما سواء، سقطت الشفعة؛ لأنهما كالجنس الواحد. **ولنا**، أنهما جنسان، فأشبها الثياب والحيوان، ولأنه قد يملك بالنقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره، فيتركه لعدم ملكه له.

وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد، فبان أنه اشتراه بعرض، أو بعرض فبان أنه بنقد، أو بنوع من العرض فبان أنه بغيره، أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره، أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه له، أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره؛ لأنه قد يرضى شركة إنسان دون غيره، وقد يحابي إنسانا أو يخافه، فيترك لذلك. وكذلك إن أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه، أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه، أو أنه اشترى الشقص وحده فبان أنه اشتراه هو أو غيره، أو أنه اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده، لم تسقط الشفعة في جميع ذلك.

لأنه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره، فيترك لذلك، فلم تسقط شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أقل منه.

فأما إن أظهر أنه اشتراه بثمن فبان أنه اشتراه بأكثر، أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه، سقطت شفعته؛ لأن الضرر فيما أبطنه أكثر، فإذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره، فبالكثير أولى.

[فصل لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه]

(٤٠٢٥) فصل: وإن لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه، وقال: إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع، أو المبيع، أو لآخذ الشقص في موضع الشفعة. سقطت شفعته؛ لأن ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة فإنها لا تقف على تسليم الشقص، ولا على حضور البلد الذي هو فيه.

وإن قال: نسيت، فلم أذكر المطالبة. أو نسيت البيع. سقطت شفعته؛ لأنها خيار على الفور، فإذا أخره نسيانا بطل، كالرد بالعيب، وكما لو أمكنت المعتقة زوجها من وطئها نسيانا. ويحتمل أن لا تسقط المطالبة؛ لأنه تركها لعذر، فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها. وإن تركها جهلا باستحقاقه لها، بطلت، كالرد بالعيب.." (١)

"[فصل قال الشفيع للمشتري بعني ما اشتريت أو قاسمني]

(٤٠٢٦) فصل: وإذا قال الشفيع للمشتري: بعني ما اشتريت. أو قاسمني. بطلت شفعته؛ لأنه يدل على

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٣/٥

رضاه بشرائه وتركه للشفعة. وإن قال: صالحني على مال. سقطت. أيضا.
وقال القاضي: لا تسقط؛ لأنه لم يرض بإسقاطها، وإنما رضي بالمعاوضة عنها، ولم تثبت المعاوضة، فبقيت الشفعة. **ولنا**، أنه رضي بتركها، وطلب عوضها، فثبت الترك المرضي به، ولم يثبت العوض. كما لو قال: بعني. فلم يبعه. ولأن ترك المطالبة بها كاف في سقوطها، فمع طلب عوضها أولى.
ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. فإن صالحه عنها بعوض، لم يصح. وبه قال أبو حنيفة والشافعي. وقال مالك: يصح؛ لأنه عوض عن إزالة ملك، فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها. **ولنا**، أنه خيار لا يسقط إلى مال، فلم يجز أخذ العوض عنه، كخيار الشرط. ويبطل ما قاله بخيار الشرط. وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بعوض، وها هنا بخلافه.

[فصل قال الشفيع آخذ نصف الشقص]
(٤٠٢٧) فصل: وإن قال: آخذ نصف الشقص. سقطت شفعته. وبهذا قال محمد بن الحسن، وبعض أصحاب الشافعي. وقال أبو يوسف: لا تسقط؛ لأن طلبه ببعضها طلب بجميعها، لكونها لا تتبعض، ولا يجوز أخذ بعضها.
ولنا، أنه تارك لطلب بعضها، فيسقط، ويسقط باقيها؛ لأنها لا تتبعض. ولا يصح ما ذكره؛ فإن طلب بعضها ليس بطلب لجميعها، وما لا يتبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه، كالنكاح. ويخالف السقوط؛ فإن الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه، كالطلاق والعتاق.

[فصل أخذ الشفيع الشقص بثمن مغصوب]
(٤٠٢٨) فصل: وإن أخذ الشقص بثمن مغصوب، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا تسقط شفعته؛ لأنه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة، فإذا عينه فيما لا يملكه، سقط التعيين، وبقي الاستحقاق في الذمة، فأشبه ما لو أخر الثمن، أو كما لو اشترى شيئا آخر، ونقد فيه ثمنا مغصوبا. والثاني، تسقط شفعته؛ لأن أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له، وإعراض عنه، فتسقط الشفعة، كما لو ترك الطلب بها.

[فصل وجبت له الشفعة فباع نصيبه عالما بذلك]
(٤٠٢٩) فصل: ومن وجبت له الشفعة، فباع نصيبه عالما بذلك، سقطت شفعته؛ لأنه لم يبق له ملك

يستحق به، ولأن الشفعة ثبتت له لإزالة الضرر الحاصل بالشركة عنه، وقد زال ذلك ببيعه. وإن باع بعضه، ففيه وجهان؛." (١)

"وروي عن النخعي: ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث العكلي، والبتي، إلا للغائب القريب؛ لأن إثبات الشفعة له يضر بالمشتري، ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره، خوفا من أخذه، فلم يثبت ذلك كثبوته للحاضر على التراخي.

ولنا، عموم «قوله – عليه السلام –: الشفعة فيما لم يقسم» . وسائر الأحاديث، ولأن الشفعة حق مالي وجد سببه بالنسبة إلى الغائب، فيثبت له، كالإرث، ولأنه شريك لم يعلم بالبيع، فتثبت له الشفعة عند علمه، كالحاضر إذا كتم عنه البيع، والغائب غيبة قريبة، وضرر المشتري يندفع بإيجاب القيمة له، كما في الصور المذكورة.

إذا ثبت هذا، فإنه إذا لم يعلم بالبيع إلا وقت قدومه، فله المطالبة وإن طالت غيبته؛ لأن هذا الخيار يثبت لإزالة الضرر عن المال، فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه، كالرد بالعيب، ومتى علم فحكمه في المطالبة حكم الحاضر، في أنه إن طالب على الفور استحق، وإلا بطلت شفعته، وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب؛ لما ذكرنا.

[مسألة الشفيع علم بالبيع وهو في السفر فلم يشهد على مطالبته بالشفعة]

(٤٠٣١) مسألة؛ قال: (وإن علم وهو في السفر، فلم يشهد على مطالبته، فلا شفعة له) ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع، وقدر على الإشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل، أن شفعته تسقط، سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه، أو سار عقيب العلم أو أقام. وهو ظاهر كلام أحمد، في رواية أبي طالب، في الغائب: له الشفعة إذا بلغه أشهد، وإلا فليس له شيء.

وهو وجه للشافعي، والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد؛ لأنه ثبت عذره، فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك. فقبل قوله فيه. **ولنا**، أنه قد يترك الطلب للعذر، وقد يتركه لغيره، وقد يسير لطلب الشفعة، وقد يسير لغيره، وقد قدر أن يبين ذلك بالإشهاد، فإذا لم يفعل سقطت شفعته، كتارك الطلب مع حضوره. وقال القاضي: إن سار عقيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد، احتمل أن لا تبطل شفعته؛ لأن ظاهر سيره أنه للطلب. وهو قول أصحاب الرأي، والعنبري، وقول للشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٤٤

وقال أصحاب الرأي: له من الأجل بعد العلم قدر السير، فإن مضى الأجل قبل أن يبعث أو يطلب، بطلت شفعته. وقال العنبري: له مسافة الطريق ذاهبا وجائيا؛ لأن عذره في ترك الطلب ظاهر، فلم يحتج معه إلى الشهادة. وقد ذكرنا وجه قول الخرقي.

ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الإشهاد في سفره، أن شفعته لا تسقط؛ لأنه معذور في تركه، فأشبه ما لو ترك الطلب لعذر." (١)

"[فصل تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة]

(٤٠٣٥) فصل: وإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة، كالوقف والهبة والرهن، وجعله مسجدا، فقال أبو بكر: للشفيع فسخ ذلك التصرف، ويأخذه بالثمن الذي وقع البيع به.

وهو قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأن الشفيع ملك فسخ البيع الثاني والثالث، مع إمكان الأخذ بهما، فلأن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى، ولأن حق الشفيع أسبق، وجنبته أقوى، فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفا يبطل حقه.

ولا يمتنع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير، كما لو وقف المريض أملاكه وعليه دين، فإنه إذا مات، رد الوقف إلى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه، بل لهم إبطال العتق، فالوقف أولى. وقال القاضي: المنصوص عن أحمد، في رواية علي بن سعيد، وبكر بن محمد، إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة.

وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف؛ لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك، وقد خرج هذا عن كونه مملوكا.

وقال ابن أبي موسى: من اشترى دارا، فجعلها مسجدا، فقد استهلكها، ولا شفعة فيها. ولأن في الشفعة هاهنا إضرارا بالموهوب له، والموقوف عليه؛ لأن ملكه يزول عنه بغير عوض، ولا يزال الضرر بالضرر، بخلاف البيع، فإنه إذا فسخ البيع الثاني، رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه، فلا يلحقه ضرر، ولأن ثبوت الشفعة هاهنا يوجب رد العوض إلى غير المالك، وسلبه عن المالك، فإذا قلنا بسقوط الشفعة، فلا كلام، وإن قلنا بثبوتها، فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده، ويفسخ عقده، ويدفع الثمن إلى المشتري.

وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له؛ لأنه يأخذ ملكه. **ولنا**، أن الشفيع يبطل الهبة، ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول، ولو لم يكن وهب، كان الثمن له، كذلك بعد الهبة المفسوخة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٤٦

[فصل جعل الشقص صداقا أو عوضا في خلع أو صلح عن دم عمد]

(٤٠٣٦) فصل: فإن جعله صداقا، أو عوضا في خلع أو صلح عن دم عمد، انبنى ذلك على الوجهين في الأخذ بالشفعة: فإن قايل البائع المشتري، أو رده عليه بعيب، فللشفيع فسخ الإقالة والرد، والأخذ بالشفعة؛ لأن حقه سابق عليهما، ولا يمكنه الأخذ معهما.

وإن تحالفا على الثمن، وفسخا البيع، فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع؛ لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه، ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك، فإذا بطل حق المشتري بإنكاره، لم يبطل حق الشفيع بذلك، وله أن يبطل فسخهما ويأخذ؛ لأن حقه أسبق.." (١)

"ومنها، أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله، أو صغيرا فيقاسمه وليه، ونحو ذلك، ثم يقدم الغائب، أو يبلغ الصغير، فيأخذ بالشفعة. وكذلك إن كان غائبا أو صغيرا، فطالب المشتري الحاكم بالقسمة، فقاسم، ثم قدم الغائب، وبلغ الصغير، فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه، فإن للمشتري قلع غرسه وبنائه، إن اختار ذلك؛ لأنه ملكه، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر، ولا نقص الأرض. ذكره القاضي.

وهو مذهب الشافعي؛ لأنه غرس وبنى في ملكه، وما حدث من النقص إنما حدث في ملكه، وذلك مما لا يقابله ثمن. وظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع؛ لأنه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر، وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص ملكه، فلزمه ضمانه، كما لو كسر محبرة غيره لإخراج ديناره منها. وقولهم: إن النقص حصل في ملكه. ليس كذلك؛ فإن النقص الحاصل بالقلع إنما هو في ملك الشفيع.

فأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه؛ لما ذكروه. فإن لم يختر المشتري القلع، فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء؛ ترك الشفعة، وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الأرض، وبين قلع الغرس والبناء، ويضمن له ما نقص بالقلع. وبهذا قال الشعبي، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، ومالك، والليث، والشافعي، والبتي، وسوار، وإسحاق.

وقال حماد بن أبي سليمان، والثوري وأصحاب الرأي: يكلف المشتري القلع، ولا شيء له؛ لأنه بنى فيما استحق غيره أخذه، فأشبه الغاصب، ولأنه بنى في حق غيره بغير إذنه، فأشبه ما لو بانت مستحقة. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار» .

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٩/٥

ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك، ولأنه بنى في ملكه الذي تملك بيعه، فلم يكلف قلعه مع الإضرار، كما لو لم يكن مشفوعا. وفارق ما قاسوا عليه، فإنه بنى في ملك غيره، ولأنه عرق ظالم، وليس لعرق ظالم حق، بخلاف مسألتنا، فإنه غير ظالم، فيكون له حق. إذا ثبت هذا، فإنه لا يمكن إيجاب قيمته مستحقا للبقاء في الأرض؛ لأنه لا يستحق ذلك، ولا قيمته مقلوعا؛ لأنه لو وجبت قيمته مقلوعا لملك قلعه، ولم يضمن شيئا، ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلعه.

ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة، فالظاهر أن الأرض تقوم وفيها الغراس والبناء، ثم تقوم خالية منهما، فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء، فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب، أو ما نقص منه إن اختار القلع؛ لأن ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء.

ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقا للترك بالأجرة أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه، فإن كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة، وإن قلع قبله لم يكن له قيمة، أو تكون قيمته قليلة، فاختار الشفيع قلعه قبل وقته، فله ذلك؛ لأنه يضمن النقص فيجبر." (١)

"كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة.

وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء. وهذا ظاهر كلام أحمد، في رواية ابن القاسم. وهذا قول الثوري، والعنبري، وأبي يوسف، وقول للشافعي. وقال أبو عبد الله بن حامد: إن كان التلف بفعل آدمي، كما ذكرنا، وإن كان بفعل الله تعالى، كانهدام البناء بنفسه، أو حريق، أو غرق، فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن، أو يترك.

وهذا قول أبي حنيفة، وقول للشافعي؛ لأنه متى كان النقص بفعل آدمي، رجع بدله إلى المشتري، فلا يتضرر، ومتى كان بغير ذلك، لم يرجع إليه شيء فيكون الأخذ منه إضرارا به، والضرر لا يزال بالضرر. **ولنا**؛ أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع، وقدر على أخذ البعض، فكان له بالحصة من الثمن، كما لو تلف بفعل آدمي سواه، أو كما لو كان له شفيع آخر، أو نقول: أخذ بعض ما دخل معه في العقد، فأخذه بالحصة، كما لو كان معه سيف.

وأما الضرر فإنما حصل بالتلف، ولا صنع للشفيع فيه، والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه، فلا يتضرر المشتري بأخذه. وإنما قلنا: يأخذ الأنقاض وإن كانت منفصلة؛ لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع، وفي تلك الحال كان متصلا اتصالا ليس مآله إلى الانفصال، وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة. ويفارق

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٥٦

الثمرة غير المؤبرة إذا تأبرت، فإن مآ لها إلى الانفصال والظهور، فإذا ظهرت فقد انفصلت، فلم تدخل في الشفعة.

وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع، مثل أن انشق الحائط، واستهدم البناء، وشعث الشجر، وبارت الأرض، فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو الترك؛ لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن، بخلاف الأعيان، ولهذا قلنا: لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه، ولو زاد المبيع زيادة متصلة، دخلت في الشفعة.

[مسألة كان الشراء وقع بعين أو ورق الأرض في الشفعة]

(٤٠٥٢) مسألة؛ قال: (وإن كان الشراء وقع بعين، أو ورق، أعطاه الشفيع مثل ذلك، وإن كان عرضا، أعطاه قيمته) وجملته أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد؛ لما روي في حديث جابر، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: هو أحق بالثمن» . رواه أبو إسحاق الجوزجاني في "كتابه ".

ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع، فكان مستحقا له بالثمن، كالمشتري.." (١)

"[فصل كان الثمن مما تجب قيمته في الشفعة]

(٤٠٥٤) فصل: وإن كان الثمن مما تجب قيمته، فإنها تعتبر وقت البيع؛ لأنه وقت الاستحقاق، ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص. وإن كان فيه خيار، اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد؛ لأنه حين استحقاق الشفعة. وبهذا قال الشافعي. وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكمة. وليس بصحيح؛ لأن وقت الاستحقاق وقت العقد، وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع، فلا يقوم للمشتري، وما نقص فمن مال البائع، فلا ينقص به حق المشتري.

[فصل كان الثمن المشترى به مؤجلا في الشفعة]

فصل: وإذا كان الثمن مؤجلا، أخذه الشفيع بذلك الأجل، إن كان مليئا، وإلا أقام ضمينا مليئا وأخذ. وبه قال مالك، وعبد الملك، وإسحاق. وقال الثوري: لا يأخذها إلا بالنقد حالا.

وقال أبو حنيفة: لا يأخذها إلا بثمن حال، أو ينتظر مضي الأجل ثم يأخذ. وعن الشافعي كمذهبنا ومذهب أبي حنيفة لأنه يمكنه الأخذ بالمؤجل؛ لأنه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع، والذمم لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٨/٥

تتماثل، وإنما يأخذ بمثله، ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا، لئلا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري، ولا بسلعه بمثل الثمن إلى الأجل؛ لأنه إنما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة، والسلعة ليست واحدة منهما، فلم يبق إلا التخيير.

ولنا، أن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته، والتأجيل من صفاته، ولأن في الحلول زيادة على التأجيل، فلم يلزم الشفيع، كزيادة القدر. وما ذكروه من اختلاف الذمم، فإننا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع، أو في ضمينه، بحيث ينحفظ المال، فلا يضر اختلافهما فيما وراء ذلك، كما لو اشترى الشقص بسلعة وجبت قيمتها، ولا يضر اختلافهما.

ومتى أخذه الشفيع بالأجل، فمات الشفيع أو المشتري، وقلنا: يحل الدين بالموت. حل الدين على الميت منهما دون صاحبه؛ لأن سبب حلوله الموت، فاختص بمن وجد في حقه.

[فصل باع شقصا مشفوعا ومعه ما لا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد]

(٤٠٥٦) فصل: وإذا باع شقصا مشفوعا، ومعه ما لا شفعة فيه، كالسيف والثوب في عقد واحد، ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه، فيقوم كل واحد منهما، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما، فما يخص الشقص يأخذه الشفيع. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. ويحتمل أن لا تجب الشفعة، لئلا تتبعض صفقة المشتري، وفي ذلك إضرار به، فأشبه ما لو أراد الشفيع أخذ بعض الشقص.

وقال مالك تثبت الشفعة فيهما؛ لذلك. **ولنا**، أن السيف لا شفعة فيه، ولا هو تابع لما فيه الشفعة، فلم يؤخذ بالشفعة، كما لو أفرده، وما." (١)

"[فصل قال اشتريته لفلان وكان حاضرا وقت الشفعة]

(٤٠٦٤) فصل: وإن قال اشتريته لفلان. وكان حاضرا، استدعاه الحاكم، وسأله، فإن صدقه، كان الشراء له، والشفعة عليه، وإن قال: هذا ملكي، ولم أشتره. انتقلت الخصومة إليه، وإن كذبه، حكم بالشراء لمن اشتراه، وأخذ منه بالشفعة. وإن كان المقر له غائبا، أخذه الحاكم، ودفعه إلى الشفيع، وكان الغائب على حجته إذا قدم؛ لأننا لو وقفنا الأمر في الشفعة إلى حضور المقر له، لكان في ذلك إسقاط الشفعة، لأن كل مشتر يدعي أنه لغائب.

وإن قال: اشتريته لابني الطفل. أو لهذا الطفل. وله عليه ولاية، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا تثبت الشفعة؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٦٠

لأن الملك ثبت للطفل، ولا تجب الشفعة بإقرار الولي عليه؛ لأنه إيجاب حق في مال صغير، بإقرار وليه. والثاني، تثبت؛ لأنه يملك الشراء له، فصح إقراره فيه، كما يصح إقراره بعيب في مبيعه. فأما إن ادعى عليه شفعة في شقص، فقال: هذا لفلان الغائب. أو لفلان الطفل. ثم أقر بشرائه له،

لم تثبت فيه الشفعة، إلا أن تثبت ببينة، أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل، فيطالبهما بها؛ لأن الملك يثبت لهما بإقراره به، فإقراره بالشراء بعد ذلك إقرار في ملك غيره، فلا يقبل، بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداء: لأن الملك ثبت لهما بذلك الإقرار المثبت للشفعة، فثبتا جميعا. وإن لم يذكر سبب الملك، لم يسأله الحاكم عنه، ولم يطالب ببيانه؛ لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة، فلا فائدة في الكشف عنه. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا.

[فصل دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر أنه اشتراه منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه]

(٤٠٦٥) فصل: وإذا كانت دار بين حاضر وغائب، فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه، وأنه يستحقه بالشفعة، فصدقه، فللشفيع أخذه بالشفعة؛ لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يديه. وبهذا قال أبو حنيفة، وأصحابه.

ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان؛ أحدهما، ليس له أخذه؛ لأن هذا إقرار على غيره. **ولنا**، أنه أقر بما في يده، فقبل إقراره، كما لو أقر بأصل ملكه، وهكذا لو ادعى عليه أنك بعت نصيب الغائب بإذنه، وأقر له الوكيل، كان كإقرار البائع بالبيع. فإذا قدم الغائب فأنكر البيع. أو الإذن في البيع، فالقول قوله مع يمينه، وينتزع الشقص، ويطالب بأجره من شاء منهما، ويستقر الضمان على الشفيع؛ لأن المنافع تلفت تحت يده، فإن طالب الوكيل، رجع على الشفيع، وإن طالب الشفيع، لم يرجع على أحد.

وإن ادعى على الوكيل، أنك اشتريت الشقص الذي في يدك. فأنكر، وقال: إنما أنا وكيل فيه، أو مستودع له. فالقول قوله مع يمينه، فإن كان للمدعي بينة، حكم بها. وبهذا قال أبو حنيفة،." (١)

"سابق في ملك متجدد بعده، وإن قال كل واحد منهما: ملكي سابق. ولأحدهما بينة بما ادعاه، قضي له، وإن كان لكل واحد منهما بينة، قدمنا أسبقهما تاريخا، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه، وتجدد ملك صاحبه، تعارضتا.

وإن لم تكن لكل واحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى، فقدمنا دعواه، وسألنا خصمه، فإن أنكر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٦٦

فالقول قوله مع يمينه؛ لأنه منكر، فإن حلف، سقطت دعوى الأول، ثم تسمع دعوى الثاني على الأول، فإن أنكر وحلف، سقطت دعواهما جميعا. وإن ادعى الأول، فنكل الثاني عن اليمين، قضينا عليه، ولم تسمع دعواه؛ لأن خصمه قد استحق ملكه.

وإن حلف الثاني، ونكل الأول، قضينا عليه.

[فصل اختلف المتبايعان في ثمن الشفعة]

(٤٠٦٩) فصل: إذا اختلف المتبايعان في الثمن، فادعى البائع أن الثمن ألفان، وقال المشتري: هو ألف. فأقام البائع بينة أن الثمن ألفان، أخذهما من المشتري. وللشفيع أخذه بالألف؛ لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف، ويدعي أن البائع ظلمه. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم عليه بألفين، أخذه الشفيع بهما؛ لأن الحاكم إذا حكم عليه بالبينة بطل قوله، وثبت ما حكم به الحاكم. **ولنا**، أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة، وأنه ظلمه بألف، فلم يحكم له به، وإنما حكم بها للبائع؛ لأنه لا يكذبها.

فإن قال المشتري: صدقت البينة، وكنت أنا كاذبا أو ناسيا. ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يقبل رجوعه؛ لأنه رجوع عن إقرار تعلق به حق آدمي غيره، فأشبه ما لو أقر له بدين. والثاني، يقبل قوله.

وقال القاضي: هو قياس المذهب عندي، كما لو أخبر في المرابحة بثمن، ثم قال: غلطت.

والثمن أكثر، قبل قوله مع يمينه، بل هاهنا أولى؛ لأنه قد قامت البينة بكذبه، وحكم الحاكم بخلاف قوله، فقبل رجوعه عن الكذب. وإن لم تكن للبائع بينة، فتحالفا، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، وإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري، لم يكن له ذلك؛ لأن للبائع فسخ البيع، وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولأنه يقضي إلى إلزام العقد بما حلف عليه المشتري، ولا يملك ذلك.

فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع، جاز، وملك الشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري لأن حق البائع من الفسخ قد زال. فإن عاد المشتري فصدق البائع، وقال: الثمن ألفان، وكنت غالطا. فهل للشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه؟ فيه وجهان، كما لو قامت به بينة.

[فصل اشترى شقصا له شفيعان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر]

(٤٠٧٠) فصل: ولو اشترى شقصا له شفيعان، فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة، وشهد له بذلك الشفيع." [(١)]

"الجديد.

وقال في القديم: إن أخاه أحق بالشفعة. وبه قال مالك؛ لأن أخاه أخص بشركته من العم، لاشتراكهما في سبب الملك. **ولنا**، أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة، فكانت بينهما، كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته، وهذا يوجد في حق الكل.

وما ذكروه لا أصل له، ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع، والاعتبار بالشركة لا بسببها. وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين، أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين. وهكذا لو اشترى رجل نصف دار، ثم اشترى ابناه نصفها الآخر، أو ورثاه، أو اتهباه، أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك، فباع أحدهما نصيبه.

أو لو ورث ثلاثة دارا، فباع أحدهم نصيبه من اثنين، ثم باع أحد المشتريين نصيبه، فالشفعة بين جميع الشركاء. وكذلك لو مات رجل، وخلف ابنتين وأختين، فباعت إحدى الأختين نصيبها، أو إحدى الابنتين، فالشفعة بين جميع الشركاء. ولو مات رجل، وخلف ثلاثة بنين وأرضا، فمات أحدهم عن ابنين، فباع أحد العمين نصيبه، فالشفعة بين أخيه وابني أخيه.

ولو خلف ابنين، وأوصى بثلثه لاثنين، فباع أحد الوصيين، أو أحد الابنين، فالشفعة بين شركائه كلهم. ولمخالفينا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره.

[فصل كان المشتري شريكا في الشقص]

(٤٠٧٣) فصل: وإن كان المشتري شريكا، فللشفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي.

وحكي عن الحسن، والشعبي، والبتي: لا شفعة للآخر؛ لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل، وهذا شركته متقدمة، فلا ضرر في شرائه. وحكى ابن الصباغ عن هؤلاء، أن الشفعة كلها لغير المشتري. ولا شيء للمشتري فيها؛ لأنها تستحق عليه، فلا يستحقها على نفسه.

ولنا، أنهما تساويا في الشركة، فتساويا في الشفعة، كما لو اشترى أجنبي، بل المشتري أولى؛ لأنه قد ملك الشقص المشفوع. وما ذكرناه للقول الأول لا يصح؛ لأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع، من

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٦٨

غير نظر إلى المشتري، وقد حصل شراؤه.
والثاني لا يصح أيضا؛ لأننا لا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة، فيبقى على ملكه، ثم لا يمنع أن يستحق الإنسان على نفسه، لأجل تعلق حق الغير به، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر لسيده، ثبت للسيد على عبده أرش الجناية؛ لأجل تعلق حق المرتهن به، ولو لم يكن رهنا ما تعلق به. إذا ثبت هذا، فإن للشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو.
وإن قال له المشتري: قد أسقطت شفعتي، فخذ." (١)

"[فصل أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا آخذ منك نصفه بل أقتصر على قدر نصيبي]
(٤٠٧٧) فصل: إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة، فقدم الثاني، فقال: لا آخذ منك نصفه، بل أقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث. فله ذلك؛ لأنه اقتصر على بعض حقه، وليس فيه تبعيض الصفقة على المشتري، فجاز، كترك الكل فإذا قدم الثالث، فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فيضيفه إلى ما في يد الأول، ويقتسمانه نصفين، فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما؛ لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث، ومخرجه تسعة، فضمه إلى الثلثين وهي ستة، صارت تسعة ثم قسما التسعة نصفين، لا تنقسم، فاضرب اثنين في تسعة، تكن ثمانية عشر، للثاني أربعة أسهم، ولكل واحد من شريكيه سبعة.
وإنما كان كذلك؛ لأن الثاني ترك سدسا كان له أخذه، وحقه منه ثلثاه، وهو التسع، فتوفر ذلك على شريكيه في الشفعة، فللأول والثالث أن يقولا: نحن سواء في الاستحقاق، ولم يترك واحد منا شيئا من حقه، فنجمع ما معنا فنقسمه، فيكون على ما ذكرنا.
وإن قال الثاني: أنا آخذ الربع. فله ذلك؛ لما ذكرنا في التي قبلها، فإذا قدم الثالث، أخذ منه نصف سدس، وهو ثلث ما في يده، فضمه إلى ثلاثة الأرباع، وهي تسعة، يصير الجميع عشرة فيقتسمانها لكل واحد منهما خمسة، وللثاني سهمان، وتصح من اثني عشر.

[فصل اشترى رجل من رجلين شقصا فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر]
(٤٠٧٨) فصل: إذا اشترى رجل من رجلين شقصا، فللشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر. وبهذا قال

---
(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٧١

الشافعي. وحكي عن القاضي، أنه لا يملك ذلك. وهو قول أبي حنيفة، ومالك، لئلا تتبعض صفقة المشتري.
ولنا، أن عقد الاثنين مع واحد عقدان؛ لأنه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد، فكان للشفيع أخذه، كما لو أفرده بعقد، وبهذا ينفصل عما ذكروه. وإن اشترى اثنان نصيب واحد، فللشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين. وبه قال مالك، والشافعي، وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه. وقال في الأخرى: يجوز له ذلك بعد القبض، ولا يجوز قبله؛ لأنه قبل القبض تتبعض صفقة البائع. **ولنا**، أنهما مشتريان، فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما، كما بعد القبض.
وما ذكروه لا نسلمه، على أن المشتري الآخر أخذ نصيبه، فلا يكون تبعيضا. فإن باع اثنان من اثنين، فهي أربعة عقود، وللشفيع أخذ الكل، أو ما شاء منهما.

[فصل باع شقصا لثلاثة دفعة واحدة]

(٤٠٧٩) فصل: وإذا باع شقصا لثلاثة، دفعة واحدة، فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة. وله أن يأخذ من أحدهم، وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث؛ لأن عقد كل منهما منفرد، فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد." (١)

"وقال القاضي، وبعض الشافعية: إن كان وكيل البائع، فلا شفعة له؛ لأنه تلحقه التهمة في البيع، لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به، بخلاف وكيل المشتري.
وقال أصحاب الرأي: لا شفعة لوكيل المشتري، بناء على أصلهم أن الملك ينتقل إلى الوكيل، فلا يستحق على نفسه. **ولنا**، أنه وكيل، فلا تسقط شفعته، كالآخر، ولا نسلم أن الملك ينتقل إلى الوكيل. إنما ينتقل إلى الموكل، ثم لو انتقل إلى الوكيل لما ثبتت في ملكه، إنما ينتقل في الحال إلى الموكل، فلا يكون الأخذ من نفسه، ولا الاستحقاق عليها.
وأما التهمة فلا تؤثر؛ لأن الموكل وكله مع علمه بثبوت شفعته، راضيا بتصرفه مع ذلك، فلا يؤثر، كما لو أذن لوكيله في الشراء من نفسه. فعلى هذا، لو قال لشريكه: بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك. ففعل، ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه. وعند القاضي تثبت في نصيب الوكيل، دون نصيب الموكل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٧٤

[فصل ضمن الشفيع العهدة للمشتري أو شرط له الخيار فاختار إمضاء العقد]

(٤٠٩٤) فصل: وإن ضمن الشفيع العهدة للمشتري، أو شرط له الخيار فاختار إمضاء العقد، لم تسقط شفعته. وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب الرأي: تسقط؛ لأن العقد تم به، فأشبه البائع إذا باع بعض نصيب نفسه.

ولنا، أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة، فلم تسقط به الشفعة، كالإذن في البيع، والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع. وما ذكروه لا يصح؛ فإن البيع لا يقف على الضمان، ويبطل بما إذا كان المشتري شريكا، فإن البيع قد تم به، وتثبت له الشفعة بقدر نصيبه.

[فصل دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث]

(٤٠٩٥) فصل: وإذا كانت دار بين ثلاثة، فقارض واحد منهم أحد شريكيه بألف، فاشترى به نصف نصيب الثالث، لم تثبت فيه شفعة، في أحد الوجهين؛ لأن أحد الشريكين رب المال، والآخر العامل، فهما كالشريكين في المتاع، فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة. وإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي، كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا، لرب المال خمساها، وللعامل خمساها، ولمال المضاربة خمسها بالسدس الذي له، فيجعل مال المضاربة كشريك آخر؛ لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منهما.

[فصل دار بين ثلاثة فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحدهم بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك]

(٤٠٩٦) فصل: فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثا، فاشترى أجنبي نصيب أحدهم، فطالبه أحد الشريكين بالشفعة، فقال: إنما اشتريته لشريكك. لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة، فإن الشفعة بين الشريكين نصفين، سواء اشتراها الأجنبي لنفسه، أو للشريك الآخر.

وإن ترك المطالب بالشفعة." (١)

"وإن عفا أحد المشتريين، ولم يعف الآخر ولا الرابع، قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين، ومبيع الآخر بينهم أثلاثا، فيحصل للذي لم يعف عنه ربع وثلث ثمن، وذلك سدس وثمن، والباقي بين الآخرين نصفين، وتصح من ثمانية وأربعين. وإن عفا الرابع عن أحدهما، ولم يعف أحدهما عن صاحبه، أخذ ممن لم يعف عنه ثلث الثمن، والباقي بينهما نصفين، ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٨٣

وتصح أيضا من ثمانية وأربعين. وإن عفا الرابع، أو أحدهما عن الآخر، ولم يعف الآخر، فلغير العافي ربع وسدس، والباقي بين العافيين نصفين، لكل واحد منهما سدس وثمن، وتصح من أربعة وعشرين. وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا.

[مسألة لا شفعة لكافر على مسلم]

(٤١٠٢) مسألة: قال: (ولا شفعة لكافر على مسلم) وجملة ذلك أن الذمي إذا باع شريكه شقصا لمسلم، فلا شفعة له عليه. روي ذلك عن الحسن، والشعبي. وروي عن شريح، وعمر بن عبد العزيز، أن له الشفعة. وبه قال النخعي، وإياس بن معاوية، وحماد بن أبي سليمان، والثوري، ومالك، والشافعي، والعنبري، وأصحاب الرأي؛ لعموم قوله – عليه السلام –: «لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، وإن باعه، ولم يؤذنه، فهو أحق به»

ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء، فاستوى فيه المسلم والكافر، كالرد بالعيب. **ولنا** ما روى الدارقطني، في كتاب " العلل "، بإسناده عن أنس، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا شفعة لنصراني» . وهذا يخص عموم ما احتجوا به. ولأنه معنى يملك به، يترتب على وجود ملك مخصوص، فلم يجب للذمي على المسلم، كالزكاة. ولأنه معنى يختص العقار، فأشبه الاستعلاء في البنيان، يحققه أن الشفعة إنما ثبتت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه، فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي، فإن حق المسلم أرجح، ورعايته أولى، ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع، على خلاف الأصل، رعاية لحق الشريك المسلم، وليس الذمي في معنى المسلم، فيبقى فيه على مقتضى الأصل

وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي؛ لعموم الأدلة الموجبة، ولأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمته، ورعاية حقه، فلأن تثبت على الذمي مع دناءته، أولى وأحرى.

[فصل الشفعة للذمي على الذمي]

(٤١٠٣) فصل: وتثبت للذمي على الذمي؛ لعموم الأخبار، ولأنهما تساويا في الدين والحرمة، فتثبت لأحدهما على الآخر، كالمسلم على المسلم. ولا نعلم في هذا خلافا.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٨٨

"وإن تبايعوا بخمر أو خنزير، وأخذ الشفيع بذلك، لم ينقض ما فعلوه. وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع، وترافعوا إلينا، لم نحكم له بالشفعة. وبهذا قال الشافعي

وقال أبو الخطاب: إن تبايعوا بخمر، وقلنا: هي مال لهم. حكمنا لهم بالشفعة. وقال أبو حنيفة: تثبت الشفعة إذا كان الثمن خمرا؛ لأنها مال لهم، فأشبه ما لو تبايعوا بدراهم، لكن إن كان الشفيع ذميا أخذه بمثله، وإن كان مسلما أخذه بقيمة الخمر. **ولنا** أنه بيع عقد بخمر، فلم تثبت فيه الشفعة، كما لو كان بين مسلمين، ولأنه عقد بثمن محرم، أشبه البيع بالخنزير والميتة، ولا نسلم أن الخمر مال لهم، فإن الله تعالى حرمه، كما حرم الخنزير، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا، لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم، ما لم يتحاكموا إلينا قبل تمامه، ولو تحاكموا إلينا قبل التقابض لفسخناه.

[فصل أصحاب البدع هل لهم شفعة]

(٤١٠٤) فصل: فأما أهل البدع، فمن حكم بإسلامه فله الشفعة؛ لأنه مسلم، فتثبت له الشفعة، كالفاسق بالأفعال؛ ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك، فيدخل فيها. وقد روى حرب أن أحمد سئل عن أصحاب البدع، هل لهم شفعة، ويروى عن إدريس، أنه قال: ليس للرافضة شفعة فضحك، وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام. فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة. وهذا محمول على غير الغلاة منهم، وأما من غلا، كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة فجاء إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - وإنما أرسل إلى علي ونحوه، ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن، فلا شفعة له؛ لأن الشفعة إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره، فغيره أولى.

[فصل الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي]

(٤١٠٥) فصل: وتثبت الشفعة للبدوي على القروي، وللقروي على البدوي. في قول أكثر أهل العلم. وقال الشعبي والبتي: لا شفعة لمن لم يسكن المصر. **ولنا** عموم الأدلة، واشتراكهما في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة.

[فصل الشفعة في أرض السواد]

(٤١٠٦) فصل: قال أحمد، في رواية حنبل: لا نرى في أرض السواد شفعة؛ وذلك لأن أرض السواد

موقوفة، وقفها عمر - رضي الله عنه - على المسلمين، ولا يصح بيعها، والشفعة إنما تكون في البيع. وكذلك الحكم في سائر الأرض التي وقفها عمر - رضي الله عنه - وهي التي فتحت عنوة، في زمنه، ولم يقسمها، كأرض الشام، وأرض مصر. وكذلك كل أرض فتحت عنوة، ولم تقسم بين الغانمين، إلا أن يحكم ببيع ذلك حاكم، أو يفعله الإمام أو نائبه، فإن فعل ذلك، ثبتت فيه الشفعة؛ لأنه فصل مختلف فيه، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء، نفذ حكمه. والله أعلم.." (١)

"يأخذ عليها خراجا معلوما» . رواه البخاري ومسلم.

وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع عليه. فكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي - صلى الله عليه وسلم - حتى مات وهو يفعله، ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده، بخبر لا يجوز العمل به، ولو لم يخالفه غيره، ورجوع ابن عمر إليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه

وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع، ولم يقبل حديثه، وحمله على أنه غلط في روايته. والمعنى يدل على ذلك؛ فإن كثيرا من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه، ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير من الناس لا شجر لهم، ويحتاجون إلى الثمر، ففي تجويز المساقاة دفع للحاجتين، وتحصيل لمصلحة الفئتين، فجاز ذلك، كالمضاربة بالأثمان.

[مسألة المساقاة في النخل والشجر والكرم]

مسألة؛ قال أبو القاسم: (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم، يجعل للعامل من الثمر) وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر. هذا قول الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم - . وبه قال سعيد بن المسيب، وسالم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأبو يوسف، ومحمد، وإسحاق، وأبو ثور. وقال داود: لا يجوز إلا في النخيل؛ لأن الخبر إنما ورد بها فيه

وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل والكرم؛ لأن الزكاة تجب في ثمرتهما، وفي سائر الشجر قولان: أحدهما لا يجوز فيه؛ لأن الزكاة لا تجب في نمائه، فأشبه ما لا ثمرة له. وقال أبو حنيفة، وزفر: لا تجوز بحال؛ لأنها إجارة بثمرة لم تخلق، أو إجارة بثمرة مجهولة، أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه. **ولنا** السنة والإجماع، ولا يجوز التعويل على ما خالفهما. وقولهم: إنها إجارة. غير صحيح، إنما هو عقد على العمل في المال ببعض نمائه، فهي كالمضاربة، وينكسر ما ذكروه بالمضاربة؛ فإنه يعمل في المال

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٨٩

بنمائه، وهو معدوم مجهول، وقد جاز بالإجماع، وهذا في معناه

ثم قد جوز الشارع العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة، فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة، مع أن القياس إنما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالمنصوص عليه، أو المجمع عليه، فأما في إبطال نص، وخرق إجماع بقياس نص آخر، فلا سبيل إليه. وأما تخصيص ذلك بالنخيل، أو به وبالكرم، فيخالف عموم قوله: «عامل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر» . وهذا عام في كل ثمر، ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخيل، وقد جاء في لفظ بعض الأخبار، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من النخل والشجر» ، ولأنه شجر يثمر كل حول، فأشبه النخيل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه، كالنخل وأكثر؛ لكثرته، فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة، ولا أثر له فيها، وإنما ا‌لعلة في ما ذكرناه.." (١)

"أصحابنا وجها آخر، أنه يستحق أجر مثله؛ لأن المساقاة تقتضي عوضا، فلا تسقط برضاه بإسقاطه، كالنكاح، ولم يسلم له العوض، فيكون له أجر مثله. **ولنا** أنه عمل في مال غيره متبرعا، فلم يستحق عوضا، كما لو لم يعقد المساقاة. ويفارق النكاح لوجهين: أحدهما أن عقد النكاح صحيح

فوجب به العوض لصحته، وهذا فاسد، لا يوجب شيئا. والثاني أن الأبضاع لا تستباح بالبذل والإباحة، والعمل ها هنا يستباح بذلك، ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجبا بالعقد، أو بالإصابة، أو بهما، فإن وجب بالعقد، لم يصح قياس هذا عليه، لوجهين: أحدهما أن النكاح صحيح، وهذا فاسد. والثاني أن العقد ها هنا لا يوجب، ولو أوجب لأوجب قبل العمل. ولا خلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئا، وإن أوجب بالإصابة، لم يصح القياس عليها لوجهين: أحدهما، أن الإصابة لا تستباح بالإباحة والبذل، بخلاف العمل

والثاني أن الإصابة لو خلت عن الع‍قد لأوجبت، وهذا بخلافه. وإن وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فأما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملا معا، فالمساقاة فاسدة، والثمرة بينهما على قدر ملكيهما، ويتقاصان العمل إن تساويا فيه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل ما في مقابلة عمله، استحق ما فضل له من أجر المثل، وإن لم يشرط له شيء، فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا، وتكلمنا عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٩١

[فصل المساقاة على البعل من الشجر وفيما يحتاج إلى سقي]

(٤١١٧) فصل: وتصح المساقاة على البعل من الشجر، كما تجوز فيما يحتاج إلى سقي. وبهذا قال مالك. ولا نعلم فيه خلافا عند من يجوز المساقاة؛ لأن الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك، كدعائها إلى المعاملة في غيره، فيقاس عليه، وكذلك الحكم في المزارعة.

[فصل لا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها]

(٤١١٨) فصل: ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية، أو بالصفة التي لا يختلف معها، كالبيع. فإن ساقاه على." [١]

"على من شرط عليه منهما، وإن أهمل شرط ذلك على أحدهما، لم تصح المساقاة

وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل. فأما تسميد الأرض بالزبل إن احتاجت إليه، فشراء ذلك على رب المال؛ لأنه ليس من العمل، فجرى مجرى ما يلقح به، وتفريق ذلك في الأرض على العامل، كالتلقيح. وإن أطلقا العقد، ولم يبينا ما على كل واحد منهما، فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه. وإن شرطا ذلك، كان تأكيدا

وإن شرطا على أحدهما شيئا مما يلزم الآخر، فقال القاضي وأبو الخطاب: لا يجوز ذلك. فعلى هذا تفسد المساقاة، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، فأفسده، كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال. وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك؛ فإنه ذكر أن الجذاذ عليهما، فإن شرطه على العامل، جاز. وهذا مقتضى كلام الخرقي في المضاربة؛ لأنه شرط لا يخل بمصلحة العقد، ولا مفسدة فيه، فصح، كتأجيل الثمن في المبيع، وشرط الرهن والضمين والخيار فيه، لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوما، لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل، فيختل العمل، وأن لا يكون ما على رب المال أكثر العمل؛ لأن العامل يستحق بعمله، فإذا لم يعمل أكثر العمل، كان وجود عمله كعدمه، فلا يستحق شيئا.

[فصل الجذاذ والحصاد واللقاط على عامل المساقاة]

(٤١٢١) فصل: فأما الجذاذ والحصاد واللقاط، فهو على العامل. نص أحمد عليه في الحصاد، وهو

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٩٦/٥

مذهب الشافعي؛ لأنه من العمل، فكان على العامل، كالتشميس. وروي عن أحمد في الجذاذ أنه إذا شرط على العامل فجائز؛ لأن العمل عليه، وإن لم يشرطه، فعلى رب المال بحصته ما يصير إليه. فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما، وأجاز اشتراطه على العامل. وهو قول بعض الشافعية

وقال محمد بن الحسن: تفسد المساقاة بشرطه على العامل؛ لأنه شرط ينافي مقتضى العقد. واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة، وانقضاء المعاملة، فأشبه نقله إلى منزله. **ولنا** أن النبي - صلى الله عليه وسلم - دفع خيبر إلى يهود، على أن يعملوها من أموالهم، ولأن هذا من العمل، فيكون عليه، كالتشميس، وما ذكروه يبطل بالتشميس، ويفارق النقل إلى المنزل، فإنه يكون بعد القسمة، وزوال العقد، فأشبه المخزن.

[فصل شرط عامل المساقاة أن يعمل معه غلمان رب المال]

(٤١٢٢) فصل: وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال، فهو كشرط عمل رب المال؛ لأن عملهم كعمله، فإن يد الغلام كيد مولاه. وقال أبو الخطاب: فيه وجهان: أحدهما كما ذكرنا.." [١]

"والثاني يجوز؛ لأن غلمانه ماله، فجاز أن تعمل تبعا لماله، كثور الدولاب، وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها

وأما رب المال لا يجوز جعله تبعا. وهذا قول مالك، والشافعي، ومحمد بن الحسن. فإذا شرط غلمانا يعملون معه، فنفقتهم على ما يشترطان عليه. فإن أطلقا، ولم يذكرا نفقتهم، فهي على رب المال. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: نفقتهم على المساقي، ولا ينبغي أن يشرطها على رب المال؛ لأن العمل على المساقي، فمؤنة من يعمله عليه، كمؤنة غلمانه. **ولنا** أنه مملوك رب المال، فكانت نفقته عليه عند الإطلاق، كما لو أجره

فإن شرطها على العامل، جاز، ولا يشترط تقديرها. وبه قال الشافعي. وقال محمد بن الحسن: يشترط تقديرها؛ لأنه اشترط عليه ما لا يلزمه، فوجب أن يكون معلوما، كسائر الشروط. **ولنا** أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها، ولا يجب ذكر صفاتها. فلم يجب تقديرها. ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عملهم، برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الإجارة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٩٨/٥

[فصل شرط عامل المساقاة أن أجر الأجراء من الثمرة وقدر الأجرة]

(٤١٢٣) فصل: وإن شرط العامل أن أجر الأجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة، وقدر الأجرة، لم يصح؛ لأن العمل عليه، فإذا شرط أجره من المال، لم يصح، كما لو شرط لنفسه أجر عمله. وإن لم يقدره فسد لذلك، ولأنه مجهول. ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر ما يحتاج إليهم من الحمالين ونحوهم؛ لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال، ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه، لم يصح كمسألتنا.

[فصل المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة]

(٤١٢٤) فصل: ظاهر كلام أحمد، أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة، أومأ إليه في رواية الأثرم، وسئل عن الأكار يخرج نفسه من غير أن يخرجه صاحب الضيعة، فلم يمنعه من ذلك. ذكره الشيخ أبو عبد الله بن حامد، وهو قول بعض أصحاب الحديث. وقال بعض أصحابنا: هو عقد لازم. وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأنه عقد معاوضة، فكان لازما، كالإجارة، ولأنه لو كان جائزا، جاز لرب المال فسخه إذا أدركت الثمرة، فيسقط حق العامل، فيستضر. **ولنا** ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر، «أن اليهود سألوا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يقرهم بخيبر، على أن يعملوها، ويكون لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: نقركم على ذلك ما شئنا»

ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة، ولو قدر لم يترك نقله، لأن هذا مما يحتاج إليه، فلا يجوز الإخلال بنقله، وعمر - رضي الله عنه -." (١)

"أجلاهم من الأرض وأخرجهم من خيبر، ولو كانت لهم مدة مقدرة، لم يجز إخراجهم منها. ولأنه عقد على جزء من نماء المال، فكان جائزا، كالمضاربة، أو عقد على المال بجزء من نمائه، أشبه المضاربة، وفارق الإجارة؛ لأنها بيع، فكانت لازمة، كبيع الأعيان، ولأن عوضها مقدر معلوم، فأشبهت البيع. وقياسهم ينتقض بالمضاربة، وهي أشبه بالمساقاة من الإجارة، فقياسها عليها أولى

وقولهم: إنه يفضي إلى أن رب المال يفسخ بعد إدراك الثمرة. قلنا: إذا ظهرت الثمرة، فهي تظهر على ملكهما، فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره، كما لو فسخ المضاربة بعد ظهور الربح. فعلى هذا لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٢٩٩

يفتقر إلى ضرب مدة، ولذلك لم يضرب النبي – صلى الله عليه وسلم – ولا خلفاؤه – رضي الله عنهم –، لأهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم. ولأنه عقد جائز، فلم يفتقر إلى ضرب مدة كالمضاربة، وسائر العقود الجائزة. ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة، فهي بينهما على ما شرطاه، وعلى العامل تمام العمل، كما يلزم المضارب بيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له؛ لأنه رضي بإسقاط حقه، فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح، وعامل الجعالة إذا فسخ قبل إتمام عمله

وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة، فعليه أجر المثل للعامل؛ لأنه منعه إتمام عمله الذي يستحق به العوض، فأشبه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجعالة. وفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح؛ لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالبا، فلولا الفسخ لظهرت الثمرة، فملك نصيبه منها، وقد قطع ذلك بفسخه، فأشبه فسخ الجعالة، بخلاف المضاربة، فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح، ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر، كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها، والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلا. فأما إن قلنا: إنه عقد لازم. فلا يصح إلا على مدة معلومة. وبهذا قال الشافعي

وقال أبو ثور: تصح من غير ذكر مدة، ويقع على سنة واحدة. وأجازه بعض أهل الكوفة استحسانا؛ لأنه لما شرط له جزءا من الثمرة، كان ذلك دليلا على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها. **ولنا** أنه عقد لازم، فوجب تقديره بمدة، كالإجارة، ولأن المساقاة أشبه بالإجارة، لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها، ولأنها إذا وقعت مطلقة، لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها؛ لأنه يفضي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته، فيصير كالمالك، ولا يمكن تقديره بالسنة؛ لأنه تحكم، وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة،." (١)

"**ولنا** أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل، فيكون القول قوله؛ لقوله – عليه السلام –: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» . فإن كان مع أحدهما بينة، حكم بها، وإن كان مع كل واحد منهما بينة، ففي أيهما تقدم بينته؟ وجهان، بناء على بينة الداخل والخارج. فإن كان الشجر لاثنين، فصدق أحدهما العامل، وكذبه الآخر، أخذ نصيبه من مال المصدق

فإن شهد على المنكر، قبلت شهادته إذا كان عدلا؛ لأنه لا يجر إلى نفسه نفعا، ولا يدفع ضررا، ويحلف

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٠٠

مع شاهده، وإن لم يكن عدلا، كانت شهادته كعدمها. ولو كان العامل اثنين، ورب المال واحدا، فشهد أحدهما على صاحبه، قبلت شهادته أيضا؛ لما ذكرنا.

[فصل عامل المساقاة يملك حصته من الثمرة بظهورها]

(٤١٣١) فصل: ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها، فلو تلفت كلها إلا واحدة، كانت بينهما. وهذا أحد قولي الشافعي. والثاني يملكه بالمقاسمة، كالقراض. **ولنا** أن الشرط صحيح، فيثبت مقتضاه، كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال؛ لأنه لو لم يملكها قبل القسمة، لما وجبت القسمة، ولا ملكها، كالأصول. وأما القراض، فإنه يملك الربح فيه بالظهور كمسألتنا، ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال، فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه، وهذا ليس بوقاية لشيء، ولذلك لو تلفت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما

فإذ ثبت هذا، فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه، إذا بلغت حصته نصابا. نص عليه أحمد في المزارعة. وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما، لم تجب؛ لأن الخلطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح. وعنه أنها تؤثر، فتؤثر ها هنا، فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي. وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصابا دون الآخر، فعلى من بلغت حصته نصابا الزكاة دون الآخر، يخرجها بعد المقاسمة، إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصابا ما يتم به النصاب من مواضع أخر، فتجب عليهما جميعا الزكاة

وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته، يبلغان بمجموعهما نصابا، فعليه الزكاة في حصته. وإن كان أحد الشريكين ممن لا زكاة عليه، كالمكاتب، والذمي، فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصابا. وبهذا كله قال مالك، والشافعي. وقال الليث: إن كان شريكه نصرانيا، أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط، ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه، فلا يخرج من حصته شيء، كما لو انفرد بها، وقد روى أبو داود، في " السنن "، عن عائشة - رضي الله عنها - قالت: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يبعث عبد الله بن رواحة،." (١)

"أبو يوسف، وأبو ثور. وأجازه مالك، إذا جاء برجل أمين. **ولنا** أنه عامل في المال بجزء من نمائه، فلم يجز أن يعامل غيره فيه، كالمضارب، ولأنه إنما أذن له في العمل فيه، فلم يجز أن يأذن لغيره، كالوكيل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٠٤

فأما إن استأجر أرضا، فله أن يزارع غيره فيها؛ لأنها صارت منافعها مستحقة له، فملك المزارعة فيها، كالمالك، والأجرة على المستأجر دون المزارع، كما ذكرنا في الخراج

وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها؛ لأنه بمنزلة المستأجر لها. وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف، ويساقي على شجره؛ لأنه إما مالك لرقبة ذلك، أو بمنزلة المالك. ولا نعلم في هذا خلافا عند من أجاز المساقاة والمزارعة. والله أعلم.

[فصل ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالبا]

(٤١٣٥) فصل: وإذا ساقاه على ودي النخل، أو صغار الشجر، إلى مدة يحمل فيها غالبا، ويكون له فيها جزء من الثمرة معلوم، صح؛ لأنه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر، ونصيبه يقل، وهذا لا يمنع صحتها، كما لو جعل له سهما من ألف سهم. وفيه الأقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر، وهي أننا إن قلنا: المساقاة عقد جائز. لم نحتج إلى ذكر مدة. وإن قلنا: هو لازم.

ففيه ثلاثة أقسام: أحدها أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا، فيصح، فإن حمل فيها فله ما شرط له، وإن لم يحمل فيها فلا شيء له. والثاني أن يجعلها إلى زمن لا يحمل فيه غالبا، فلا يصح، وإن عمل فيها فهل يستحق الأجر؟ على وجهين. وإن حمل في المدة، لم يستحق ما جعل له؛ لأن العقد وقع فاسدا. فلم يستحق ما شرط فيه. والثالث أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها، ويحتمل أن لا يحمل، فهل يصح؟ على وجهين. فإن قلنا: لا يصح. استحق الأجر

وإن قلنا: يصح. فحمل في المدة، استحق ما شرط له، وإن لم يحمل فيها، لم يستحق شيئا. وإن شرط نصف الثمرة ونصف الأصل، لم يصح؛ لأن موضوع المساقاة أن يشتركا في النماء والفائدة، فإذا شرط اشتراكهما في الأصل، لم يجز، كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال. فعلى هذا يكون له أجر مثله. وكذلك لو جعل له جزءا من ثمرتها، مدة بقائها، لم يجز

وإن جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة، لم يجز؛ لأنه يخالف موضوع المساقاة.

[فصل ساقاه على شجر يغرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم]

(٤١٣٦) فصل: وإن ساقاه على شجر يغرسه، ويعمل فيه حتى يحمل، ويكون له جزء من الثمرة معلوم، صح أيضا. والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر، على ما بيناه.." [١]

"المعاملة تشملهما. وإن قال: زارعتك: الأرض بالنصف، وساقيتك على الشجر بالربع. جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر، ويجعل له في كل نوع قدرا. وإن قال: ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف. جاز؛ لأن المزارعة مساقاة من حيث إنها تحتاج إلى السقي فيها، لحاجة الشجر إليه. وقال أصحاب الشافعي: لا يصح؛ لأن المساقاة لا تتناول الأرض، وتصح في النخل وحده. وقيل: ينبني على تفريق الصفقة.

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد يشاركه في المعنى المشهور به في الاشتقاق، فصح، كما لو عبر بلفظ البيع في السلم، ولأن المقصود المعنى، وقد علم بقرائن أحواله

وهكذا إن قال في الأرض البيضاء: ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها. فأما إن قال: ساقيتك على الشجر بالنصف. ولم يذكر الأرض، لم تدخل في العقد، وليس للعامل أن يزرع. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك، وأبو يوسف: للداخل زرع البياض، فإن تشارطا أن ذلك بينهما، فهو جائز، وإن اشترط صاحب الأرض أنه يزرع البياض، لم يصح لأن الداخل يسقي لرب الأرض، فتلك زيادة ازدادها عليه. **ولنا** أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه، كما لو كانت أرضا منفردة.

[فصل زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة]

(٤١٤٠) فصل: وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة، لم يجز أن يشترط العامل ثمرتها، وبهذا قال الشافعي، وابن المنذر، وأجازه مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل؛ لأنه يسير، فيدخل تبعا. **ولنا** أنه اشترط الثمرة كلها، فلم يجز، كما لو كان الشجر أكثر من الثلث.

[فصل آجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها]

(٤١٤١) فصل: وإن آجره بياض أرض، وساقاه على الشجر الذي فيها جاز؛ لأنهما عقدان يجوز إفراد كل واحد منهما، فجاز الجمع بينهما، كالبيع، والإجارة. ويحتمل أن لا يجوز، بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الأصل. والأول أولى، إلا أن يفعلا ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها، أو قبل بدو

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٠٦

صلاحها، فلا يجوز، سواء جمعا بين العقدين، أو عقدا أحدهما بعد الآخر؛ لما ذكرنا في إبطال الحيل.

[مسألة إذا كان البذر من رب الأرض]

(٤١٤٢) مسألة قال: (إذا كان البذر من رب الأرض) ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الأرض، والعمل من العامل. نص عليه." (١)

"وقال أصحاب الرأي: يتصدق بالفضل. والصحيح أن النماء لصاحب البذر، ولا تلزمه الصدقة به، كسائر ماله

ولو كانت الأرض لثلاثة، فاشتركوا على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعوانهم، على أن ما أخرج الله بينهم على قدر مالهم، فهو جائز. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. ولا نعلم فيه خلافا؛ لأن أحدهم لا يفضل صاحبيه بشيء.

[فصل زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فنبت في تلك الأرض عاما آخر]

فصل: وإذا زارع رجلا، وآجره أرضه فزرعها، وسقط من الحب شيء، فنبت في تلك الأرض عاما آخر، فهو لصاحب الأرض. نص عليه أحمد، في رواية أبي داود، ومحمد بن الحارث. وقال الشافعي: هو لصاحب الحب؛ لأنه عين ما له، فهو كما لو بذره قصدا. **ولنا** أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف، وزال ملكه عنه؛ لأن العادة ترك ذلك لمن يأخذه، ولهذا أبيح التقاطه ورعيه. ولا نعلم خلافا في إباحة التقاط ما خرفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما، فجرى ذلك مجرى نبذه على سبيل الترك له، وصار كالشيء التافه يسقط منه، كالثمرة واللقمة ونحوهما. والنوى لو التقطه إنسان، فغرسه، كان له دون من سقط منه، كذا ها هنا.

[فصل إجارة الأرض بالورق والذهب وسائر العروض سوى المطعوم]

(٤١٥١) فصل: في إجارة الأرض، تجوز إجارتها بالورق، والذهب، وسائر العروض، سوى المطعوم، في قول أكثر العلم. قال أحمد: فلما اختلفوا في الذهب والورق. وقال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اكتراء الأرض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة. روينا هذا القول عن سعد، ورافع بن خديج، وابن عمر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣١٣

وابن عباس. وبه قال سعيد بن المسيب، وعروة، والقاسم، وسالم، وعبد الله بن الحارث، ومالك، والليث، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وروي عن طاوس، والحسن كراهة ذلك؛ لما روى رافع، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عن كراء المزارع» . متفق عليه

ولنا «أن رافعا قال: أما بالذهب والورق، فلم ينهنا» . يعني النبي - صلى الله عليه وسلم -. متفق عليه. ولمسلم «أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس» . وعن حنظلة بن قيس، أنه «سأل رافع بن خديج عن كراء الأرض، فقال: نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن كراء الأرض. قال فقلت: بالذهب والفضة؟." (١)

"قال: إنما نهى عنها ببعض ما يخرج منها، أما بالذهب والفضة فلا بأس» . متفق عليه، وعن سعد قال: «كنا نكري الأرض بما على السواقي وما صعد بالماء منها، فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن ذلك، وأمرنا أن نكريها بذهب أو فضة» ، رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها، فجازت إجارتها بالأثمان ونحوها، كالدور

والحكم في العروض كالحكم في الأثمان. وأما حديثهم، فقد فسره الراوي بما ذكرناه عنه، فلا يجوز الاحتجاج به على غيره. وحديثنا مفسر لحديثهم، فإن راويهما واحد، وقد رواه عاما وخاصا، فيحمل العام على الخاص، مع موافقة الخاص لسائر الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم.

فأما إجارتها بطعام، فتنقسم ثلاثة أقسام أحدها، أن يؤجرها بمطعوم غير الخارج منها معلوم، فيجوز. نص عليه أحمد، في رواية الحسن بن ثواب. وهو قول أكثر أهل العلم؛ منهم سعيد بن جبير، وعكرمة، والنخعي، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ومنع منه مالك، حتى منع إجارتها باللبن والعسل

وقد روي عن أحمد، أنه قال: ربما تهيبته. قال القاضي: هذا من أحمد على سبيل الورع، ومذهبه الجواز. والحجة لمالك، ما روى رافع بن خديج، عن بعض عمومته قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : «من كانت له أرض فلا يكريها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه. وروى ظهير بن رافع قال: «دعاني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: ما تصنعون بمحاقلكم؟ قلت: نؤاجرها على الربع، أو على الأوسق من التمر أو الشعير. قال: لا تفعلوا ازرعوها أو أمسكوها» . متفق عليه. وروى أبو سعيد قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن المحاقلة»

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣١٨

والمحاقلة: استكراء الأرض بالحنطة. **ولنا** قول رافع: فأما بشيء معلوم مضمون فلا بأس به.

ولأنه عوض معلوم مضمون، لا يتخذ وسيلة إلى الربا، فجازت إجارتها به، كالأثمان. وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة، على أنه يحتمل النهي عن إجارتها بذلك إذا كان خارجا منها، ويحتمل النهي عنه إذا آجرها بالربع والأوسق. وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة، إذا اكتراها لزرع الحنطة.

القسم الثاني، إجارتها بطعام معلوم، من جنس ما يزرع فيها، كإجارتها بقفزان حنطة لزرعها، فقال أبو الخطاب: فيها روايتان إحداهما المنع. وهي التي ذكرها القاضي مذهبا، وهي قول مالك؛ لما تقدم من الأحاديث، ولأنها." (١)

"الحكم إن علقه بشهر يقع اسمه على شهرين، كجمادى وربيع، يجب على قوله أن يذكر الأول أو الثاني، من سنة كذا. وإن علقه بشهر مفرد، كرجب وشعبان، فلا بد أن يبينه من أي سنة. وإن علقه بيوم، فلا بد على قوله أن يبينه من أي أسبوع

وإن علقه بعيد من أعياد الكفار، صح إذا علماه، وإلا لم يصح، وقد مضى نحو من هذا.

[فصل لا يشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد]

(٤١٥٦) فصل: ولا يشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد، بل لو أجره سنة خمس، وهما في سنة ثلاث، أو شهر رجب في المحرم. صح، وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يصح إلا أن يستأجرها من هي في إجارته، ففيه قولان؛ لأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال، فأشبه إجارة العين المغصوبة. قال: ولا يجوز أن يكتري بعيرا بعينه إلا عند خروجه؛ لذلك

ولنا أن هذه مدة يجوز العقد، عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها مفردة مع عموم الناس، كالتي تلي العقد، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد، ولا فرق بين كونها مشغولة أو غير مشغولة؛ لما ذكرناه، وما ذكروه يبطل بما إذا أجرها من المكتري، فإنه يصح مع ما ذكروه. إذا ثبت هذا فإن الإجارة إن كانت على مدة تلي العقد، لم يحتج إلى ذكر ابتدائها من حين العقد، وإن كانت لا تليه، فلا بد من ذكر ابتدائها، لأنه أحد طرفي العقد، فاحتيج إلى معرفته،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣١٩

كالانتهاء

وإن أطلق. فقال: أجرتك سنة، أو شهرا. صح وكان ابتداؤه من حين العقد. وهذا قول مالك، وأبي حنيفة. وقال الشافعي. وبعض أصحابنا: لا يصح حتى يسمي الشهر، ويذكر أي سنة هي؛ فإن أحمد قال في رواية إسماعيل بن سعيد: إذا استأجر أجيرا شهرا، فلا يجوز حتى يسمي الشهر. **ولنا**، قول الله تعالى إخبارا عن شعيب عليه السلام ﴿على أن تأجرني ثماني حجج﴾ [القصص: ٢٧] . ولم يذكر ابتداءها

ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قربة، فإذا أطلقها، وجب أن تلي السبب الموجب، كمدة السلم والإيلاء، وتفارق النذر؛ فإنه قربة.

[فصل لا تتقدر أكثر مدة الإجارة]

فصل: ولا تتقدر أكثر مدة الإجارة، بل تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت. وهذا قول كافة أهل العلم. إلا أن أصحاب الشافعي اختلفوا في مذهبه، فمنهم من قال: له قولان؛ أحدهما، كقول سائر أهل العلم. وهو الصحيح.." (١)

"فعلى هذا، إذا فرغ العمل قبل انقضاء المدة، لم يلزمه العمل في بقيتها؛ لأنه وفى ما عليه قبل مدته، فلم يلزمه شيء آخر، كما لو قضى الدين قبل أجله، وإن مضت المدة قبل العمل، فللمستأجر فسخ الإجارة؛ لأن الأجير لم يف له بشرطه. وإن رضي بالبقاء عليه، لم يملك الأجير الفسخ، لأن الإخلال بالشرط منه، فلا يكون ذلك وسيلة له إلى الفسخ، كما لو تعذر أداء المسلم فيه في وقته، لم يملك المسلم إليه الفسخ، ويملكه المسلم

فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل لا غير،، كالمسلم إذا صبر عند تعذر المسلم فيه إلى حين وجوده. لم يكن له أكثر من المسلم فيه. وإن فسخ العقد قبل عمل شيء من العمل، سقط الأجر والعمل. وإن كان بعد عمل شيء منه، فله أجر مثله؛ لأن العقد قد انفسخ، فسقط المسمى، ورجع إلى أجر المثل.

[فصل اكترى دابة إلى العشاء فآخر المدة إلى غروب الشمس]

(٤١٥٩) فصل: ومن اكترى دابة إلى العشاء، فآخر المدة إلى غروب الشمس. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة، وأبو ثور: آخرها زوال الشمس؛ لأن العشاء آخر النهار، وآخر النهار النصف الآخر من الزوال،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٢٤

ولذلك جاء في حديث ذي اليدين، عن «أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: صلى بنا النبي – صلى الله عليه وسلم – إحدى صلاتي العشي يعني الظهر أو العصر» . هكذا تفسيره. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم﴾ [النور: ٥٨] يعني العتمة. وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لولا أن أشق على أمتي لأخرت العشاء إلى ثلث الليل»

وإنما تعلق الحكم بغروب الشمس، لأن هذه الصلاة تسمى العشاء الآخرة، فدل على أن الأولى المغرب، وهو في العرف كذلك، فوجب أن يتعلق الحكم به؛ لأن المدة إذا جعلت إلى وقت تعلقت بأوله، كما لو جعلها إلى الليل. وما ذكروه لا يصح؛ لأن لفظ العشي غير لفظ العشاء، فلا يجوز الاحتجاج بأحدهما على الآخر، حتى يقوم دليل على أن معنى اللفظين واحد. ثم لو ثبت أن معناهما واحد، غير أن أهل العرف لا يعرفونه، فلا يتعلق به حكم. وكذلك الحكم فيما إذا اكتراها إلى العشي؛ لأن أهل العرف لا يعرفون غير ما ذكرناه

وإن اكتراها إلى الليل، فهو إلى أوله، وكذلك إن اكتراها إلى النهار، فهو إلى أوله. ويتخرج أن يدخل الليل في المدة الأولى، والنهار في الثانية؛ لما ذكرناه في مدة الخيار، والأول أصح. وإن اكتراها نهارا فهو إلى غروب الشمس. وإن اكتراها ليلة، فهي إلى طلوع الفجر، في قول." (١)

"الجميع؛ لأن الله تعالى قال في ليلة القدر: ﴿سلام هي حتى مطلع الفجر﴾ [القدر: ٥] . وقال تعالى: ﴿أحل لكم ليلة الصيام الرفث إلى نسائكم﴾ [البقرة: ١٨٧] ثم قال: ﴿فالآن باشروهن وابتغوا ما كتب الله لكم وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧] .

[فصل اكترى فسطاطا إلى مكة ولم يقل متى أخرج]

(٤١٦٠) فصل: وإن اكترى فسطاطا إلى مكة، ولم يقل متى أخرج، فالكراء فاسد. وبه قال أبو ثور وهو قياس قول الشافعي. وقال أصحاب الرأي: يجوز استحسانا، بخلاف القياس. **ولنا** أنها مدة غير معلومة الابتداء، فلم يجز، كما لو قال: أجرتك داري من حين يخرج الحاج إلى آخر السنة. وقد اعترفوا بمخالفته للدليل، وما ادعوه دليلا لا نسلم كونه دليلا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٢٦

[فصل يشترط في عوض الإجارة كونه معلوما]

(٤١٦١) فصل: الحكم الثالث أنه يشترط في عوض الإجارة كونه معلوما. لا نعلم في ذلك خلافا؛ وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة، فوجب أن يكون معلوما، كالثمن في البيع، وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «من استأجر أجيرا، فليعلمه أجره» . ويعتبر العلم بالرؤية أو بالصفة كالبيع سواء. فإن كان العوض معلوما بالمشاهدة دون القدر، كالصبرة، احتمل وجهين، أشبههما الجواز؛ لأنه عوض معلوم يجوز به البيع، فجازت به الإجارة، كما لو علم قدره

والثاني: لا يجوز؛ لأنه قد ينفسخ العقد بعد تلف الصبرة، فلا يدري بكم يرجع، فاشترط معرفة قدره كعوض المسلم فيه. والأول أولى. وظاهر كلام الخرقي أن العلم بالقدر في عوض السلم ليس بشرط، ثم الفرق بينهما أن المنفعة ها هنا أجريت مجرى الأعيان؛ لأنها متعلقة بعين حاضرة، والسلم يتعلق بمعدوم، فافترقا، وللشافعي نحو مما ذكرنا في هذا الفصل.

[فصل كل ما جاز ثمنا في البيع جاز عوضا في الإجارة]

(٤١٦٢) فصل: وكل ما جاز ثمنا في البيع، جاز عوضا في الإجارة؛ لأنه عقد معاوضة أشبه البيع. فعلى هذا يجوز أن يكون العوض عينا ومنفعة أخرى، سواء كان الجنس واحدا، كمنفعة دار بمنفعة أخرى، أو مختلفا، كمنفعة دار بمنفعة عبد، قال أحمد: لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم. وبهذا كله قال الشافعي،." (١)

"المستأجر بالعقد؛ لأنها معدومة، فلا تكون مملوكة، كالثمرة والولد. **ولنا** أن الملك عبارة عن حكم يحصل به تصرف مخصوص، وقد ثبت أن هذه المنفعة المستقبلة كان مالك العين يتصرف فيها كتصرفه في العين، فلما أجرها صار المستأجر مالكا للتصرف فيها، كما كان يملكه المؤجر، فثبت أنها كانت مملوكة لمالك العين، ثم انتقلت إلى المستأجر، بخلاف الولد والثمرة، فإن المستأجر لا يملك التصرف فيها. وقولهم: إن المنافع معدومة

قلنا: هي مقدرة الوجود؛ لأنها جعلت موردا للعقد، والعقد لا يرد إلا على موجود.

[فصل المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٢٧

(٤١٦٦) فصل: الحكم الخامس، أن المؤجر يملك الأجرة بمجرد العقد، إذا أطلق ولم يشترط المستأجر أجلا، كما يملك البائع الثمن بالبيع. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك، وأبو حنيفة: لا يملكها بالعقد، فلا يستحق المطالبة بها إلا يوما بيوم، إلا أن يشترط تعجيلها. قال أبو حنيفة: إلا أن تكون معينة، كالثوب والعبد والدار؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦]

فأمر بإيتائهن بعد الإرضاع، وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره» . فتوعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل. فدل على أنها حالة الوجوب. وروي عنه عليه السلام أنه قال: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه» . رواه ابن ماجه، ولأنه عوض لم يملك معوضه، فلم يجب تسليمه، كالعوض في العقد الفاسد، فإن المنافع معدومة لم تملك، ولو ملكت فلم يتسلمها، لأنه يتسلمها شيئا فشيئا

فلا يجب عليه العوض مع تعذر التسليم في العقد. **ولنا** أنه عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة، فيستحق بمطلق العقد، كالثمن والصداق. أو نقول عوض في عقد يتعجل بالشرط، فوجب أن يتعجل بمطلق العقد، كالذي ذكرنا. فأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الإرضاع، أو تسليم نفسها، كما قال تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم﴾ [النحل: ٩٨] . أي إذا أردت القراءة. ولأن هذا تمسك بدليل الخطاب، ولا يقولون به، وكذلك الحديث، يحققه أن الأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله، كقوله: ﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن﴾ [النساء: ٢٤]

والصداق يجب قبل الاستمتاع، وهذا هو الجواب عن الحديث، ويدل عليه أنه إنما." (١)

"يستقر بدلها قبل استيفائها، كالأجر للأجير المشترك. فإن بذل تسليم العين، فلم يأخذها المستأجر حتى انقضت المدة استقر الأجر عليه؛ لأن المنافع تلفت باختياره في مدة الإجارة، فاستقر عليه الأجر، كما لو كانت في يده

وإن بذل تسليم العين، وكانت الإجارة على عمل، فقال أصحابنا: إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها، استقر عليه الأجر. وبهذا قال الشافعي؛ لأن المنافع تلفت باختياره. وقال أبو حنيفة: لا أجر عليه. وهو أصح عندي؛ لأنه عقد على ما في الذمة، فلم يستقر عوضه ببذل التسليم، كالمسلم فيه، ولأنه عقد على منفعة غير مؤقتة بزمن، فلم يستقر عوضها بالبذل، كالصداق إذا بذلت تسليم نفسها وامتنع الزوج من أخذها وإن كان هذا في إجارة فاسدة، ففيما إذا عرضها على المستأجر فلم يأخذها لا أجر عليه؛ لأنها لم تتلف

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٩/٥

تحت يده، ولا في ملكه. وإن قبضها، ومضت المدة أو مدة يمكن استيفاء المنفعة فيها أو لا يمكن، فعن أحمد روايتان إحداهما عليه أجر المثل لمدة بقائها في يده، وهو قول الشافعي؛ لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له، فرجع إلى قيمتها، كما لو استوفاها. والثانية، لا شيء له. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها، فلم يلزمه عوضها، كالنكاح الفاسد، وإن استوفى المنفعة في العقد الفاسد، فعليه أجر المثل. وبه قال مالك، والشافعي

وقال أبو حنيفة: يجب أقل الأمرين، من المسمى أو أجر المثل، بناء منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد. ولنا أن ما ضمن بالمسمى في العقد الصحيح وجب ضمانه بجميع القيمة في الفاسد، كالأعيان. وما ذكره لا نسلمه. والله أعلم.

[مسألة إذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم]

(٤١٦٩) مسألة قال: (وإذا وقعت الإجارة على كل شهر بشيء معلوم، لم يكن لواحد منهما الفسخ، إلا عند تقضي كل شهر) . وجملة ذلك أنه إذا قال: أجرتك هذا كل شهر بدرهم. فاختلف أصحابنا، فذهب القاضي إلى أن الإجارة صحيحة. وهو المنصوص عن أحمد، في رواية ابن منصور، واختيار الخرقي، إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد؛ لأنه معلوم يلي العقد، وله أجر معلوم، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به، وهو السكنى في الدار إن كانت الإجارة على دار؛ لأنه مجهول حال العقد.

فإذا تلبس به، تعين بالدخول فيه، فصح بالعقد الأول، وإن لم يتلبس به، أو فسخ العقد عند انقضاء الأول انفسخ. وكذلك حكم كل شهر يأتي. وهذا مذهب أبي ثور، وأصحاب الرأي. وحكي عن مالك نحو هذا، إلا أن الإجارة لا تكون لازمة عنده؛ لأن المنافع متقدرة بتقدير الأجر، فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في." (١)

"فعلى هذا، لو كان أجر المثل الواجب على المالك بقدر المسمى في العقد، لم يجب على المستأجر شيء، وإن فضلت منه فضلة، لزم المالك أداؤها إلى المستأجر، والأول أولى، وهو ظاهر مذهب الشافعي، وإن تصرف المالك قبل تسليم العين، أو امتنع من تسليمها حتى انقضت مدة الإجارة، انفسخت الإجارة، وجها واحدا؛ لأن العاقد قد أتلف المعقود عليه قبل تسليمه، فانفسخ العقد، كما لو باعه طعاما فأتلفه قبل تسليمه. وإن سلمها إليه في أثناء المدة انفسخت فيما مضى، ويجب أجر الباقي بالحصة، كالمبيع إذا سلم

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٣١

بعضه وأتلف بعضا.

[مسألة إن حوله المالك قبل تقضي المدة لم يكن له أجر لما سكن]

(٤١٧٦) مسألة قال: (فإن حوله المالك قبل تقضي المدة، لم يكن له أجر لما سكن) يعني إذا استأجر عقارا مدة، فسكنه بعض المدة، ثم أخرجه المالك، ومنعه تمام السكنى، فلا شيء له من الأجرة. وقال أكثر الفقهاء: له أجر ما سكن؛ لأنه استوفى ملك غيره على سبيل المعاوضة، فلزمه عوضه كالمبيع إذا استوفى بعضه، ومنعه المالك بقيته، كما لو تعذر استيفاء الباقي لأمر غالب. **ولنا** أنه لم يسلم إليه ما عقد الإجارة عليه، فلم يستحق شيئا، كما لو استأجره ليحمل له كتابا إلى موضع، فحمله بعض الطريق، أو استأجره ليحفر له عشرين ذراعا

فحفر له عشرا، وامتنع من حفر الباقي. وقياس الإجارة على الإجارة أولى من قياسها على البيع. ويفارق ما إذا امتنع لأمر غالب؛ لأن له عذرا.

والحكم في من اكترى دابة، فامتنع المكري من تسليمها في بعض المدة، أو أجر نفسه أو عبده للخدمة مدة، وامتنع من إتمامها، أو أجر نفسه لبناء حائط، أو خياطة، أو حفر بئر، أو حمل شيء إلى مكان، وامتنع من إتمام العمل، كالحكم في العقار يمتنع من تسليمه، وأنه لا يستحق شيئا؛ لما ذكرنا.

[فصل هرب الأجير أو شردت الدابة]

(٤١٧٧) فصل: إذا هرب الأجير، أو شردت الدابة، أو أخذ المؤجر العين وهرب بها، أو منعه استيفاء المنفعة منها من غير هرب، لم تنفسخ الإجارة، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ فإن فسخ، فلا كلام، وإن لم يفسخ، انفسخت الإجارة بمضي المدة يوما فيوما. فإن عادت العين في أثناء المدة، استوفى ما بقي منها. فإن انقضت المدة، انفسخت الإجارة؛ لفوات المعقود عليه. وإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة، كخياطة ثوب، أو بناء حائط، أو حمل إلى موضع معين، استؤجر من ماله من يعمله، كما لو أسلم إليه في شيء فهرب، ابتيع من ماله

فإن لم يمكن، ثبت للمستأجر الفسخ. فإن فسخ،." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٣٥

"أشبه المسلم فيه إذا سلمه على غير صفته. فإن عجز عن إبدالها، أو امتنع منه، ولم يمكن إجباره عليه، فللمكتري الفسخ أيضا.

[فصل على المكري ما يتمكن به من الانتفاع]

(٤١٨٤) فصل: وعلى المكري ما يتمكن به من الانتفاع، كتسليم مفاتيح الدار والحمام؛ لأن عليه التمكين من الانتفاع، وتسليم مفاتيحها تمكين من الانتفاع، فوجب عليه. فإن ضاعت بغير تفريط من المكتري، فعلى المكري بدلها؛ لأنها أمانة في يد المكتري، فأشبه ذلك حيطان الدار وأبوابها. وعليه بناء حائط إن سقط، وإبدال خشبه إن انكسر. وعليه تبليط الحمام، وعمل الأبواب والبزل ومجرى الماء؛ لأنه بذلك يتمكن من الانتفاع، وما كان لاستيفاء المنافع، كالحبل والدلو والبكرة، فعلى المكتري

وأما التحسين والتزويق، فلا يلزم واحدا منهما؛ لأن الانتفاع ممكن بدونه. وأما تنقية البالوعة والكنف، فإن احتيج إلى ذلك عند الكراء، فعلى المكري؛ لأن ذلك مما يتمكن به من الانتفاع، وإن امتلأت بفعل المكتري فعليه تفريغها. وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور: هو على رب الدار؛ لأن به يتمكن من الانتفاع، فأشبه ما لو اكترى وهي ملأى. وقال أبو حنيفة: القياس أنه على المكتري، والاستحسان أنه على رب الدار؛ لأن عادة الناس ذلك. **ولنا** أن ذلك حصل بفعل المكتري، فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشا. والقول في تفريغ جية الحمام التي هي مصرف مائه، كالقول في بالوعة الدار

وإن انقضت الإجارة، وفي الدار زبل أو قمامة من فعل الساكن، فعليه نقله. وهذا قول الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي.

[فصل شرط على مكتري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه]

(٤١٨٥) فصل: وإن شرط على مكتري الحمام، أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يجز؛ لأنه لا يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها، ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون انتهاء مدة الإجارة مجهولا. فإن أطلق، وتعطل، فهو عيب حادث، والمكتري بالخيار بين الإمساك بكل الأجر وبين الفسخ. ويتخرج أن له أرش العيب، قياسا على المبيع المعيب. وإن لم يعلم بالعيب حتى انقضت مدة الإجارة، فعليه الأجر كله؛ لأنه استوفى المعقود عليه، فأشبه ما لو علم العيب بعد العقد فرضيه، ويتخرج أن له أرش العيب، كما لو اشترى معيبا، فلم يعلم عيبه حتى أكله، أو تلف في يده.

[فصل شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري]

(٤١٨٦) فصل: وإن شرط الإنفاق على العين النفقة الواجبة على المكري، كعمارة الحمام، إذا شرطها على المكتري، فالشرط فاسد؛ لأن العين ملك للمؤجر فنفقتها عليه. وإذا أنفق بناء على هذا، احتسب به على المكري؛." (١)

"[فصل استأجر من يكتب له مصحفا]

(٤١٩٣) فصل: ويجوز أن يستأجر من يكتب له مصحفا، في قول أكثر أهل العلم. وروي ذلك عن جابر بن زيد، ومالك بن دينار. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور وابن المنذر. وقال ابن سيرين: لا بأس أن يستأجر الرجل شهرا، ثم يستكتبه مصحفا. وكره علقمة كتابة المصحف بالأجر. ولعله يرى أن ذلك مما يختص فاعله بكونه من أهل القربة، فكره الأجر عليه، كالصلاة

ولنا أنه فعل مباح يجوز أن ينوب فيه الغير عن الغير فجاز أخذ الأجر عليه، ككتابة الحديث، وقد جاء في الخبر: «أحق ما أخذتم عليه أجرا كتاب الله» .

[فصل استأجر لحصاد زرعه]

(٤١٩٤) فصل: ويجوز أن يستأجر لحصاد زرعه. ولا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم. وكان إبراهيم بن أدهم يؤجر نفسه لحصاد الزرع. ويجوز أن يقدره بمدة، وبعمل معين، مثل أن يقاطعه على حصاد زرع معين. ويجوز أن يستأجر رجلا لسقي زرعه، وتنقيته، ودياسه، ونقله إلى موضع معين

ويجوز أن يستأجر رجلا ليحتطب له؛ لأنه عمل مباح تدخله النيابة، أشبه حصاد الزرع. قال أحمد، في رجل استأجر أجيرا على أن يحتطب له على حمارين كل يوم، فكان الرجل ينقل عليهما وعلى حمير لرجل آخر، ويأخذ منه الأجرة. فإن كان يدخل عليه ضرر، يرجع عليه بالقيمة. فظاهر هذا أن المستأجر يرجع على الأجير بقيمة ما استضر باشتغاله عن عمله؛ لأنه قال: إن كان يدخل عليه ضرر يرجع عليه بالقيمة. فاعتبر الضرر، وظاهر هذا أنه إذا لم يستضر، لا يرجع بشيء؛ لأنه اكتراه لعمل، فوفاه على التمام، فلم يلزمه شيء، كما لو استأجره لعمل، فكان يقرأ القرآن في حال عمله، فإن ضر المستأجر، يرجع عليه بقيمة ما فوت عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٤٠

ويحتمل أنه أراد أنه يرجع عليه بقيمة ما عمله لغيره؛ لأنه صرف منافعه المعقود عليها إلى عمل غير المستأجر، فكان عليه قيمتها، كما لو عمل لنفسه. وقال القاضي: معناه أنه يرجع عليه بالأجر الذي أخذه من الآخر، لأن منافعه في هذه المدة مملوكة لغيره، فما حصل في مقابلتها يكون للذي استأجره.

[فصل الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس فما دونها]

(٤١٩٥) فصل: ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص، في النفس فما دونها. وبه قال مالك، والشافعي، وأبو ثور. وقال أبو حنيفة: لا يجوز في النفس؛ لأن عدد الضربات تختلف، وموضع الضربات غير متعين، إذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس ومما يلي الكتف، فكان مجهولا. **ولنا** أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه، لا يختص فاعله بكونه من أهل القربة، فجاز الاستئجار عليه، كالقصاص في الطرف. وقوله: إن عدد الضربات يختلف، وهو مجهول. يبطل بخياطة الثوب،." (١)

"فإن عدد الغرزات مجهول. وقوله: إن محله غير متعين

قلنا: هو متقارب، فلا يمنع ذلك صحته، كموضع الخياطة من حاشية الثوب. والأجر على المقتص منه. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. وقال أبو حنيفة، ومالك: هو على المستوفي، لأنه غير متعين، فليس على المقتص منه إلا التمكين، كما لو اشترى ثمرة نخله. **ولنا** أنه أجر يجب لإيفاء حق، فكان على الموفي، كأجر الكيال والوزان. وما ذكروه غير صحيح؛ فإن القطع مستحق عليه، بخلاف الثمرة، بدليل أنه لو مكنه من القطع فلم يقطع، وقطعه آخر، لم يسقط حق صاحب القصاص، ولو كان التمكين تسليما، لسقط حقه كالثمرة.

[فصل استئجار رجل ليدله على طريق]

(٤١٩٦) فصل: ويجوز استئجار رجل ليدله على طريق «؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - وأبا بكر، استأجرا عبد الله بن أريقط هاديا خريتا، وهو الماهر بالهداية، ليدلهما على طريق المدينة» . ويجوز استئجار كيال، ووزان، لعمل معلوم، أو في مدة معلومة. وبهذا قال مالك. والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه مخالفا

وقد روي في حديث سويد بن قيس: «أتانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاشترى منا رجل سراويل،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٤/٥

وثم رجل يزن بأجر، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: زن وأرجح» . رواه أبو داود. ويجوز استئجار رجل ليلازم غريما يستحق ملازمته. وسئل أحمد عن ذلك، فقال: لا بأس قد شغله. وقال في موضع آخر: غير هذا أعجب إلي. كرهه؛ لأنه يئول إلى الخصومة، وفيه تضييق على مسلم، ولا يأمن أن يكون ظالما، فيساعده على ظلمه، لكنه جائز في الجملة؛ لأن الظاهر أنه محق، فإن الظاهر أن الحاكم لا يحكم إلا بحق، ولهذا أجزنا للموكل فعله.

[فصل استأجر سمسارا يشتري له ثيابا]

(٤١٩٧) فصل: ويجوز أن يستأجر سمسارا، يشتري له ثيابا، ورخص فيه ابن سيرين، وعطاء، والنخعي. وكرهه الثوري، وحماد. **ولنا** أنها منفعة مباحة، تجوز النيابة فيها، فجاز الاستئجار عليها، كالبناء. ويجوز على مدة معلومة، مثل أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها؛ لأن المدة معلومة، والعمل معلوم، أشبه الخياط والقصار. فإن عين العمل دون الزمان، فجعل له من كل ألف درهم شيئا معلوما، صح أيضا وإن قال:." (١)

"كلما اشتريت ثوبا، فلك درهم أجرا. وكانت الثياب معلومة بصفة، أو مقدرة بثمن، جاز. وإن لم يكن كذلك، فظاهر كلام أحمد، أنه لا يجوز؛ لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها، والأجر يختلف باختلافها، فإن اشترى، فله أجر مثله. وهذا قول أبي ثور، وابن المنذر؛ لأنه عمل عملا بعوض لم يسلم له، فكان له أجر المثل، كسائر الإجارات الفاسدة.

[فصل استأجره ليبيع له ثيابا بعينها]

(٤١٩٨) فصل: وإن استأجره ليبيع له ثيابا بعينها، صح. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يصح؛ لأن ذلك يتعذر عليه، فأشبه ضراب الفحل، وحمل الحجر الكبير. **ولنا** أنه عمل مباح، تجوز النيابة فيه، وهو معلوم، فجاز الاستئجار عليه كشراء الثياب، ولأنه يجوز عقد الإجارة عليه مقدرا بزمن، فجاز مقدرا بعمل، كالخياطة

وقولهم: إنه غير ممكن. لا يصح؛ فإن الثياب لا تنفك عن راغب فيها، ولذلك صحت المضاربة، ولا تكون إلا بالبيع والشراء، بخلاف ما قاسوا عليه، فإنه متعذر. وإن استأجره على شراء ثياب معينة، احتمل أن لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٥/٥

يصح؛ لأن ذلك لا يكون إلا من واحد، وقد لا يبيع، فيتعذر تحصيل العمل بحكم الظاهر، بخلاف البيع. وإن استأجره في البيع لرجل بعينه، فهو كما لو استأجره لشراء ثياب بعينها. ويحتمل أن يصح؛ لأنه ممكن في الجملة

فإن حصل من ذلك شيء استحق الأجر، وإلا بطلت الإجارة، كما لو لم يعين البائع ولا المشتري.

[فصل استأجر لخدمته من يخدمه كل شهر بشيء معلوم]

(٤١٩٩) فصل: ويجوز أن يستأجر لخدمته من يخدمه كل شهر، بشيء معلوم، وسواء كان الأجير رجلا أو امرأة، حرا أو عبدا. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور؛ لأنه تجوز النيابة فيه، ولا يختص عامله بكونه من أهل القربة. قال أحمد: أجير المشاهرة يشهد الأعياد والجمعة، ولا يشترط ذلك. قيل له: فيتطوع بالركعتين؟ قال: ما لم يضر بصاحبه. إنما أباح له ذلك؛ لأن أوقات الصلاة مستثناة من الخدمة، ولهذا وقعت مستثناة في حق المعتكف بترك معتكفه لها. وقال ابن المبارك: لا بأس أن يصلي الأجير ركعات السنة

وقال أبو ثور، وابن المنذر: ليس له منعه منها. وقال أحمد: يجوز للرجل أن يستأجر الأمة والحرة للخدمة ولكن يصرف وجهه عن النظر، ليست الأمة مثل الحرة، ولا يخلو معها في بيت، ولا ينظر إليها متجردة، ولا إلى شعرها. إنما قال ذلك؛ لأن حكم النظر بعد الإجارة كحكمه قبلها، وفرق بين الأمة والحرة؛ لأنهما يختلفان قبل الإجارة، فكذلك بعدها.." (١)

"تقدير مدته، فإنه إنما يعقد للأبد. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا بلغ الصبي، فله الخيار؛ لأنه عقد على منافعه في حال لا يملك التصرف في نفسه، فإذا ملك، ثبت له الخيار، كالأمة إذا أعتقت تحت زوج

ولنا أنه عقد لازم، عقد عليه قبل أن يملك التصرف، فإذا ملكه لم يثبت له الخيار، كالأب إذا زوج ولده. وما قاسوا عليه إنما يثبت لها الخيار إذا عتقت تحت عبد، لأجل العيب، لا لما ذكره، ولهذا لو عتقت تحت حر، لم يثبت لها الخيار. وإن مات الولي المؤجر للصبي أو ماله، أو عزل، وانتقلت الولاية إلى غيره، لم يبطل عقده؛ لأنه تصرف، وهو من أهل التصرف، في محل ولايته، فلم يبطل تصرفه بموته أو عزله، كما لو مات ناظر الوقف أو عزل، أو مات الحاكم بعد تصرفه فيما له النظر فيه. ويفارق ما لو أجر الموقوف

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٤٦

عليه الوقف مدة، ثم مات في أثنائها

لأنه أجر ملك غيره بغير إذنه، في مدة لا ولاية له فيها، وها هنا إنما يثبت للولي الثاني الولاية في التصرف فيما لم يتصرف فيه الأول، وهذا العقد قد تصرف فيه الأول، فلم تثبت للثاني ولاية على ما تناوله.

[فصل أجر عبده مدة ثم أعتقه في أثنائها]

(٤٢٠٤) فصل: وإن أجر عبده مدة، ثم أعتقه في أثنائها، صح العتق، ولم يبطل عقد الإجارة، في قياس المذهب، ولا يرجع العبد على مولاه بشيء. وهذا جديد قولي الشافعي. وقال في القديم: يرجع على مولاه بأجر المثل؛ لأن المنافع تستوفى منه بسبب كان من جهة السيد، فرجع به عليه، كما لو أكرهه بعد عتقه على ذلك العمل

ولنا أنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق، فلم يرجع ببدلها. كما لو زوج أمته، ثم أعتقها بعد دخول الزوج بها، فإن ما يستوفيه السيد لا يرجع به عليه. ويخالف المكره؛ فإنه تعدى بذلك، وقال أبو حنيفة: للعبد الخيار في الفسخ أو الإمضاء، كالصبي إذا بلغ، للمعنى الذي ذكره ثم. **ولنا**، أنه عقد لازم عقده على ما يملكه، فلا ينفسخ بالعتق، ولا يزول ملكه عنه، كما لو زوج أمته ثم باعها. إذا ثبت هذا فإن نفقة العبد إن كانت مشروطة على المستأجر، فهي عليه كما كانت، وإن لم تكن مشروطة عليه، فهي على معتقه؛ لأنه كالباقي على ملكه، بدليل أنه يملك عوض نفعه

ولأن العبد لا يقدر على نفقة نفسه؛ لأنه مشغول بالإجارة، ولا على المستأجر؛ لأنه استحق منفعته بعوض غير نفقته، لم يبق إلا أنها على المولى.." (١)

"[فصل أجر عينا ثم باعها]

(٤٢٠٥) فصل: إذا أجر عينا، ثم باعها، صح البيع، نص عليه أحمد، سواء باعها للمستأجر أو لغيره. وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه، وقال في الآخر: إن باعها لغير المستأجر، لم يصح البيع؛ لأن يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري، فمنعت الصحة، كما في بيع المغصوب. **ولنا** أن الإجارة عقد على المنافع، فلم تمنع الصحة، كما لو زوج أمته، ثم باعها. وقولهم: يد المستأجر حائلة دون التسليم. لا يصح؛ لأن يد المستأجر إنما هي على المنافع، والبيع على الرقبة، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٤٩

كما لو باع الأمة المزوجة، ولئن منعت التسليم في الحال، فلا تمنع في الوقت الذي يجب التسليم فيه، وهو عند انقضاء الإجارة، ويكفي القدرة على التسليم حينئذ، كالمسلم فيه. وقال أبو حنيفة: البيع موقوف على إجازة المستأجر فإن أجازه جاز، وبطلت الإجارة، وإن رده بطل. **ولنا** أن البيع على غير المعقود عليه في الإجارة، فلم تعتبر إجازته، كبيع الأمة المزوجة. إذا ثبت هذا، فإن المشتري يملك المبيع مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الإجارة، ولا يستحق تسليم العين إلا حينئذ؛ لأن تسليم العين إنما يراد لاستيفاء نفعها، ونفعها إنما يستحقه إذا انقضت الإجارة، فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد، فإنه لا يستحق تسليمها إلا بعد مضي مدة يمكن إحضارها فيها

كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسلم المسلم فيه إلا في وقته، فإن لم يعلم المشتري بالإجارة، فله الخيار بين الفسخ وإمضاء البيع بكل الثمن؛ لأن ذلك عيب ونقص.

[فصل اشترى المستأجر العين المؤجرة]

(٤٢٠٦) فصل: فإن اشتراها المستأجر، صح البيع أيضا؛ لأنه يصح بيعها لغيره، فله أولى، لأن العين في يده. وهل تبطل الإجارة؟ فيه وجهان؛ أحدهما، لا تبطل؛ لأنه ملك المنفعة بعقد، ثم ملك الرقبة المسلوبة بعقد آخر، فلم يتنافيا، كما يملك الثمرة بعقد، ثم يملك الأصل بعقد آخر. ولو أجر الموصى له بالمنفعة مالك الرقبة، صحت الإجارة، فدل على أن ملك المنفعة لا ينافي العقد على الرقبة

وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها، جاز. فعلى هذا يكون الأجر باقيا على المشتري، وعليه الثمن، ويجتمعان للبائع، كما لو كان المشتري غيره. والثاني تبطل الإجارة فيما بقي من المدة؛ لأنه عقد على منفعة العين، فبطل ملك العاقد للعين، كالنكاح، فإنه لو تزوج أمة، ثم اشتراها، بطل نكاحه، ولأن ملك الرقبة يمنع ابتداء الإجارة، فمنع استدامتها، كالنكاح. فعلى هذا، يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي من مدة الإجارة، كما لو بطلت الإجارة بتلف العين. وإن كان المؤجر قد قبض الأجر كله، حسب عليه باقي الأجر من الثمن.." (١)

"كذلك لأن له استيفاء المعقود عليه بنفسه ونائبه، والذي يسكنه نائب عنه في استيفاء المعقود عليه، فجاز، كما لو وكل وكيلا في قبض المبيع، أو دين له

ولم يملك فعل ما يضر بها؛ لأنه فوق المعقود عليه، فلم يكن له فعله، كما لو اشترى شيئا لم يملك أخذ

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٠/٥

أكثر منه. فأما أن يجعل الدار مخزنا للطعام، فقد قال أصحابنا: يجوز ذلك؛ لأنه يجوز أن يجعلها مخزنا لغيره. ويحتمل أن لا يجوز؛ لأن ذلك يفضي إلى تحريق النار أرضها وحيطانها، وذلك ضرر لا يرضى به صاحب الدار.

[فصل اكترى دارا]

(٤٢١١) فصل: وإذا اكترى دارا، جاز إطلاق العقد، ولم يحتج إلى ذكر السكنى، ولا صفتها. وهذا قول الشافعي، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور: لا يجوز، حتى يقول: أبيت تحتها أنا وعيالي؛ لأن السكنى تختلف، ولو اكتراها ليسكنها، فتزوج امرأة، لم يكن له أن يسكنها معه. **ولنا** أن الدار لا تكترى إلا للسكنى، فاستغني عن ذكره، كإطلاق الثمن في بلد فيه نقد معروف به، والتفاوت في السكنى يسير، فلم يحتج إلى ضبطه، وما ذكره لا يصح

فإن الضرر لا يكاد يختلف بكثرة من يسكن وقلتهم، ولا يمكن ضبط ذلك، فاجتزئ فيه بالعرف، كما في دخول الحمام وشبهه. ولو اشترط ما ذكره، لوجب أن يذكر عدد السكان، وأن لا يبيت عنده ضيف، ولا زائر، ولا غير من ذكره. ولكان ينبغي أن يعلم صفة الساكن، كما يعلم ذلك فيما إذا اكترى للركوب.

[فصل اكترى ظهرا ليركبه]

(٤٢١٢) فصل: وإذا اكترى ظهرا ليركبه، فله أن يركبه مثله، ومن هو أخف منه، ولا يركبه من هو أثقل منه؛ لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة بذلك الراكب، فله أن يستوفي ذلك بنفسه ونائبه، وله أن يستوفي أقل منه؛ لأنه يستوفي بعض ما يستحقه، وليس له استيفاء أكثر منه؛ لأنه لا يملك أكثر مما عقد عليه. ولا يشترط التساوي في الطول والقصر، ولا المعرفة بالركوب. وقال القاضي: يشترط أن يكون مثله في هذه الأوصاف كلها؛ لأن قلة المعرفة بالركوب تثقل على المركوب، وتضر به

قال الشاعر:

لم يركبوا الخيل إلا بعد ما كبروا ... فهم ثقال على أعجازها عنف

ولنا أن التفاوت في هذه الأمور بعد التساوي في الثقل يسير، فعفي عنه، ولهذا لا يشترط ذكره في الإجارة، ولو اعتبر ذلك لاشترطت معرفته في الإجارة، كالثقل والخفة.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٥٣

"والثاني يجوز؛ لأن القبض لا يتعذر عليه، بخلاف الأجنبي. وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير بائعه، رواية واحدة وهل يصح من بائعه؟ على روايتين. فأما إجارتها بعد قبضها من المؤجر، فجائزة. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز؛ لأن ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام، لأن التسليم مستحق على الكراء، فإذا اكتراها صار مستحقا له، فيصير مستحقا لما يستحق عليه، وهذا تناقض. **ولنا** أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد، كالبيع، وما ذكروه لا يصح؛ لأن التسليم قد حصل، وهذا المستحق له تسليم آخر

ثم يبطل بالبيع، فإنه يستحق عليه تسليم العين، فإذا اشتراها استحق تسليمها. فإن قيل: التسليم هاهنا مستحق في جميع المدة، بخلاف البيع. قلنا المستحق تسليم العين، وقد حصل وليس عليه تسليم آخر، غير أن العين من ضمان المؤجر، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار أو غصبها، رجع عليه؛ لأنها تعذرت بسبب كان في ضمانه.

[فصل للمستأجر إجارة العين بمثل الأجر وزيادة]

(٤٢١٥) فصل: ويجوز للمستأجر إجارة العين، بمثل الأجر وزيادة. نص عليه أحمد. وروي ذلك عن عطاء، والحسن، والزهري. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. وعن أحمد، أنه إن أحدث في العين زيادة، جاز له أن يكريها بزيادة، وإلا لم تجز الزيادة، فإن فعل، تصدق بالزيادة

روى هذا الشعبي. وبه قال الثوري، وأبو حنيفة؛ لأنه يربح بذلك فيما لم يضمن، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن ربح ما لم يضمن، ولأنه يربح فيما لم يضمن فلم يجز، كما لو ربح في الطعام قبل قبضه. ويخالف ما إذا عمل عملا فيها؛ لأن الربح في مقابلة العمل. وعن أحمد، رواية ثالثة، إن أذن له المالك في الزيادة جاز، وإلا لم يجز. وكره ابن المسيب، وأبو سلمة، وابن سيرين، ومجاهد، وعكرمة، والشعبي، والنخعي، الزيادة مطلقا؛ لدخولها في ربح ما لم يضمن

ولنا أنه عقد يجوز برأس المال، فجاز بزيادة، كبيع المبيع بعد قبضه، وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجر، وأما الخبر، فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه، فإنها لو فاتت من غير استيفائه، كانت من ضمانه. ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه؛ فإن البيع ممنوع منه بالكلية، سواء ربح أو لم يربح،

وها هنا جائز في الجملة، وتعليلهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونظفها، فإن ذلك يزيد في أجرها في العادة.." (١)

"أو تغرسها. لم يصح؛ لأنه لم يعين أحدهما، فأشبه ما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين، وإن قال: لتزرعها ما شئت، أو تغرسها ما شئت

صح. وهذا منصوص الشافعي. وخالفه أكثر أصحابه، فقالوا: لا يجوز لأنه لا يدري كم يزرع ويغرس. وقال بعضهم: يصح، ويزرع نصفها، ويغرس نصفها. **ولنا** أن العقد اقتضى إباحة هذين الشيئين، فصح، كما لو قال: لتزرعها ما شئت. ولأن اختلاف الجنسين كاختلاف النوعين، وقوله: لتزرعها ما شئت. إذن في نوعين وأنواع، وقد صح، فكذلك في الجنسين، وله أن يغرسها كلها، وإن أحب زرعها، كلها، كما لو أذن له في أنواع الزرع كله، كان له زرع جميعها نوعا واحدا، وله زرعها من نوعين، كذلك هاهنا

وإن أكراها للزرع وحده، ففيه أربع مسائل: (٤٢٢١) إحداهن، أكراها للزرع مطلقا، أو قال: لتزرعها ما شئت. فإنه يصح، وله زرع ما شاء. وهذا مذهب الشافعي. وحكي عن ابن سريج أنه لا يصح حتى يتبين الزرع؛ لأن ضرره يختلف، فلم يصح بدون البيان، كما لو لم يذكر ما يكتري له من زرع أو غرس أو بناء. **ولنا** أنه يجوز استئجارها لأكثر الزرع ضررا، ويباح له جميع الأنواع؛ لأنها دونه، فإذا عمم أو أطلق، تناول الأكثر، وكان له ما دونه، ويخالف الأجناس المختلفة؛ فإنه لا يدخل بعضها في بعض

فإن قيل: فلو اكترى دابة للركوب، لوجب تعيين الراكب. قلنا: لأن إجارة المركوب لأكثر الركاب ضررا لا تجوز، بخلاف المزروع، ولأن للحيوان حرمة في نفسه، فلم يجز إطلاق ذلك فيه، بخلاف الأرض. فإن قيل: فلو استأجر دارا للسكنى مطلقا، لم يجز أن يسكنها من يضر بها، كالقصار والحداد، فلم قلتم إنه يجوز أن يزرعها ما يضر بها؟ قلنا السكنى لا تقتضي ضررا، فلذلك منع من إسكان من يضر بها؛ لأن العقد لم يقتضه، والزرع يقتضي الضرر، فإذا أطلق كان راضيا بأكثره، فلهذا جاز

وليس له أن يغرس في هذه الأرض، ولا يبني؛ لأن ضرره أكثر من المعقود عليه.

(٢٢٢٤) المسألة الثانية، أكراها لزرع حنطة، أو نوع بعينه، فإن له زرع ما يعينه وما ضرره كضرره أو دونه. ولا يتعين ما عينه في قول عامة أهل العلم، إلا داود وأهل الظاهر، فإنهم قالوا: لا يجوز له زرع غير ما عينه، حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء، لم يجز له أن يزرع بيضاء؛ لأنه عينه بالعقد، فلم يجز العدول عنه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٥/٥

كما لو عين المركوب، أو عين الدراهم في الثمن

ولنا أن المعقود عليه منفعة الأرض دون القمح، ولهذا يستقر عليه العوض بمضي المدة." [١]

"وما يشرب من زيادة الفرات وأشباهه، وأرض البصرة الشاربة من المد والجزر، وأرض دمشق الشاربة من زيادة بردى

أو ما يشرب من الأودية الجارية من ماء المطر، فهذه تصح إجارتها قبل وجود الماء الذي تسقى به وبعده. وحكى ابن الصباغ ذلك مذهبا للشافعي. وقال أصحابه: إن أكراها بعد الزيادة، صح، ولا يصح قبلها؛ لأنها معدومة، لا نعلم هل يقدر عليها أم لا. **ولنا** أن هذا معتاد، الظاهر وجوده، فجازت إجارة الأرض الشاربة به، كالشاربة من مياه الأمطار، ولأن ظن القدرة على التسليم في وقته يكفي في صحة العقد، كالسلم في الفاكهة إلى أوانها.

النوع الثاني، أن يكون مجيء الماء نادرا، أو غير ظاهر كالأرض التي لا يكفيها إلا المطر الشديد الكثير، الذي يندر وجوده. أو يكون شربها من فيض واد مجيئه نادر، أو من زيادة نادرة في نهر أو عين غالبة، فهذه إن أجرها بعد وجود ماء يسقيها به، صح أيضا؛ لأنه أمكن الانتفاع بها وزرعها، فجازت إجارتها، كذات الماء الدائم. وإن أجرها قبله للغرس أو الزرع، لم يصح، لأنه يتعذر الزرع غالبا، ويتعذر المعقود عليه في الظاهر، فلم تصح إجارتها، كالآبق والمغصوب. وإن اكتراها على أنها لا ماء لها، جاز؛ لأنه تمكن من الانتفاع بها بالنزول فيها، ووضع رحله، وجمع الحطب فيها، وله أن يزرعها رجاء الماء

وإن حصل له ماء قبل زرعها، فله زرعها؛ لأن ذلك من منافعها الممكن استيفاؤها. وليس له أن يبني، ولا يغرس؛ لأن ذلك يراد للتأبيد. وتقدير الإجارة بمدة تقتضي تفريغها عند انقضائها. فإن قيل: فلو استأجرها للغراس والبناء صح مع تقدير المدة. قلنا: التصريح بالبناء والغراس صرف التقدير عن مقتضاه، بظاهره في التفريغ عند انقضاء المدة، إلا أن يشترط قلع ذلك عند انقضاء المدة، فيصرف الغراس والبناء عما يراد له بظاهره، بخلاف مسألتنا

وإن أطلق إجارة هذه الأرض، مع العلم بحالها، وعدم مائها، صح؛ لأنهما دخلا في العقد على أنها لا ماء لها، فأشبه ما لو شرطاه. وإن لم يعلم عدم مائها، أو ظن المكتري أنه يمكن تحصيل ماء لها بوجه من الوجوه، لم يصح العقد، ولأنه ربما دخل في العقد بناء على أن المالك لها يحصل لها ماء، وأنه يكتريها للزراعة مع تعذرها. وقيل: لا يصح العقد مع الإطلاق وإن علم حالها؛ لأن إطلاق كراء الأرض يقتضي

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٥٨

الزراعة. والأولى صحته؛ لأن العلم بالحال يقوم مقام الاشتراط، كالعلم بالعيب يقوم مقام شرطه، ومتى كان لها ماء غير دائم أو الظاهر انقطاعه قبل الزرع، أو لا يكفي الزرع، فهي كالتي لا ماء لها، ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا.

[فصل اكترى أرضا غارقة بالماء]

(٤٢٢٧) فصل: وإن اكترى أرضا غارقة بالماء، لا يمكن زرعها قبل انحساره عنها، وقد ينحسر ولا ينحسر،." (١)

"أو غيره، فإنه يلزم المؤجر تركه إلى أن ينتهي، وله المسمى وأجر المثل لما زاد، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

والوجه الثاني، قالوا: يلزمه نقله؛ لأن المدة ضربت لنقل الزرع، فيلزم العمل بموجبه، وقد وجد منه تفريط؛ لأنه كان يمكنه أن يستظهر في المدة، فلم يفعل. **ولنا** أنه حصل الزرع في أرض غيره بإذنه، من غير تفريط، فلزم تركه، كما لو أعاره أرضا فزرعها، ثم رجع المالك قبل كمال الزرع. وقولهم: إنه مفرط. غير صحيح؛ لأن هذه المدة التي جرت العادة بكمال الزرع فيها، وفي زيادة المدة تفويت زيادة الأجر بغير فائدة، وتضييع زيادة متيقنة لتحصيل شيء متوهم على خلاف العادة هو التفريط، فلم يكن تركه تفريطا

ومتى أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في مدة الإجارة، فللمالك منعه؛ لأنه سبب لوجود زرعه في أرضه بغير حق، فملك منعه منه. فإن زرع، لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة؛ لأنه في أرض يملك نفعها، ولأنه لا يملك ذلك بعد المدة، فقبلها أولى. ومن أوجب عليه قطعه بعد المدة قال: إذا لم يكن بد من المطالبة بالنقل، فليكن عند المدة التي يستحق تسليمها إلى المؤجر فارغة.

[فصل اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها]

(٤٢٣٠) فصل: وإذا اكترى الأرض لزرع مدة لا يكمل فيها، مثل أن يكتري خمسة أشهر لزرع لا يكمل إلا في سنة، نظرنا فإن شرط تفريغها عند انقضاء المدة ونقله عنها، صح؛ لأنه لا يفضي إلى الزيادة على مدته، وقد يكون له غرض في ذلك، لأخذه إياه قصيلا أو غيره، ويلزمه ما التزم، وإن أطلق العقد، ولم يشترط شيئا، احتمل أن يصح؛ لأن الانتفاع بالزرع في هذه المدة ممكن، واحتمل أنه إن أمكن أن ينتفع بالأرض،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٦٠

في زرع ضرره كضرر الزرع المشروط أو دونه، مثل أن يزرعها شعيرا يأخذه قصيلا، صح العقد؛ لأن الانتفاع بها في بعض ما اقتضاه العقد ممكن

وإن لم يكن كذلك، لم يصح؛ لأنه اكترى للزرع ما لا ينتفع بالزرع فيه، أشبه إجارة السبخة له. فإن قلنا: يصح. فإن انقضت المدة، ففيه وجهان أحدهما حكمه حكم زرع المستأجر لما لا يكمل في مدته؛ لأنه هاهنا مفرط. واحتمل أن يلزم المكري تركه بالأجر؛ لأن التفريط منه حيث أكراه مدة لزرع لا يكمل فيها.

وإن شرط تبقيته حتى يكمل، فالعقد فاسد؛ لأنه جمع بين متضادين

فإن تقدير المدة يقتضي النقل فيها، وشرط التبقية يخالفه، ولأن مدة التبقية مجهولة، فإن زرع لم يطالب بنقله، كالتي تقدمت.." (١)

"[فصل أجره للغراس سنة]

(٤٢٣١) فصل: إذا أجره للغراس سنة، صح؛ لأنه يمكنه تسليم منفعتها المباحة المقصودة، فأشبهت سائر المنافع، وسواء شرط قلع الغراس عند انقضاء المدة، أو أطلق. وله أن يغرس قبل انقضاء المدة، فإذا انقضت، لم يكن له أن يغرس؛ لزوال عقده. فإذا انقضت السنة، وكان قد شرط القلع عند انقضائها، لزمه ذلك وفاء بموجب شرطه، وليس على صاحب الأرض غرامة نقصه، ولا على المكتري تسوية الحفر وإصلاح الأرض؛ لأنهما دخلا على هذا، لرضاهما بالقلع، واشتراطهما عليه

وإن اتفقا على إبقائه بأجر أو غيره، جاز إذا شرطا مدة معلومة. وكذلك لو اكترى الأرض سنة بعد سنة، كلما انقضى عقد جدد آخر، جاز. وإن أطلق العقد، فللمكتري القلع؛ لأن الغرس ملكه، فله أخذه، كطعامه من الدار التي باعها. وإذا قلع، فعليه تسوية الحفر؛ لأنه نقص دخل على ملك غيره بغير إذنه. وهكذا إن قلعه قبل انقضاء المدة هاهنا، وفي التي قبلها؛ لأن القلع قبل الوقت لم يأذن فيه المالك، ولأنه تصرف في الأرض تصرفا نقصها، لم يقتضه عقد الإجارة

وإن أبى القلع، لم يجبر عليه، إلا أن يضمن له المالك نقص غرسه، فيجبر حينئذ. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة، ومالك: عليه القلع من غير ضمان النقص له؛ لأن تقدير المدة في الإجارة يقتضي التفريغ عند انقضائها، كما لو استأجرها للزرع. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ليس لعرق ظالم حق» . مفهومه أن ما ليس بظالم له حق. وهذا ليس بظالم، ولأنه غرس بإذن المالك، ولم يشرط قلعه، فلم يجبر على القلع من غير ضمان النقص

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٦٢

كما لو استعار منه أرضا للغرس مدة، فرجع قبل انقضائها، ويخالف الزرع؛ فإنه لا يقتضي التأبيد. فإن قيل: فإن كان إطلاق العقد في الغراس يقتضي التأبيد، فشرط القلع ينافي مقتضى العقد، فينبغي أن يفسده. قلنا: إنما اقتضى التأبيد من حيث إن العادة في الغراس التبقية، فإذا أطلقه حمل على العادة، وإذا شرط خلافه، جاز، كما إذا باع بغير نقد البلد، أو شرط في الإجارة شرطا يخالف العادة. إذا ثبت هذا، فإن رب الأرض يخير بين ثلاثة أشياء أحدها أن يدفع قيمة الغراس والبناء، فيملكه مع أرضه

والثاني أن يقلع الغراس والبناء، ويضمن أرش نقصه. والثالث، أن يقر الغراس والبناء، ويأخذ منه أجر المثل. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: يخير بين دفع قيمته فيملكه، وبين مطالبته بالقلع من غير ضمان، وبين تركه، فيكونان شريكين. وليس بصحيح؛ لأن الغراس ملك لغارسه، لم يدفع إليه عنه عوض، ولا رضي بزوال ملكه عنه فلا." (١)

"وأبو ثور، وابن المنذر؛ لأن ذلك يختلف اختلافا كثيرا متباينا، فيكون مجهولا، والأجر من شرطه أن يكون معلوما. **ولنا**: ما روى ابن ماجه، عن عتبة بن الندر، قال: «كنا عند رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقرأ طس حتى بلغ قصة موسى، قال: إن موسى آجر نفسه ثماني سنين أو عشرا، على عفة فرجه، وطعام بطنه» . وشرع من قبلنا شرع لنا، ما لم يثبت نسخه

وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال: كنت أجيرا لابنة غزوان بطعام بطني، وعقبة رجلي، أحطب لهم إذا نزلوا، وأحدو بهم إذا ركبوا. ولأن من ذكرنا من الصحابة وغيرهم فعلوه، فلم يظهر له نكير، فكان إجماعا، ولأنه قد ثبت في الظئر بالآية، فيثبت في غيرها بالقياس عليها، ولأنه عوض منفعة، فقام العرف فيه مقام التسمية، كنفقة الزوجة، ولأن للكسوة عرفا، وهي كسوة الزوجات، وللإطعام عرف، وهو الإطعام في الكفارات، فجاز إطلاقه، كنقد البلد. ونخص أبا حنيفة بأن ما كان عوضا في الرضاع جاز في الخدمة كالأثمان

إذا ثبت هذا، فإنهما إن تشاحا في مقدار الطعام والكسوة، رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة، وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله. قال أحمد: إذا تشاحا في الطعام، يحكم له بمد كل يوم. ذهب إلى ظاهر ما أمر الله تعالى من إطعام المساكين، ففسرت ذلك السنة بأنه مد لكل مسكين. ولأن الإطعام مطلق في الموضعين، فما فسر به أحدهما يفسر به الآخر. وليس له إطعام الأجير إلا ما يوافقه من الأغذية؛ لأن عليه ضررا، ولا يمكنه استيفاء الواجب له منه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٦٣

[فصل شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة]

(٤٢٣٣) فصل: وإن شرط الأجير كسوة ونفقة معلومة موصوفة، كما يوصف في السلم، جاز ذلك عند الجميع. وإن لم يشترط طعاما ولا كسوة، فنفقته وكسوته على نفسه. وكذلك الظئر. قال ابن المنذر: لا أعلم عن أحد خلافا فيما ذكرت. وإن شرط للأجير طعام غيره وكسوته موصوفا، جاز؛ لأنه معلوم أشبه ما لو شرط دراهم معلومة، ويكون ذلك للأجير، إن شاء أطعمه، وإن شاء تركه. وإن لم يكن موصوفا، لم يجز؛ لأن ذلك مجهول، احتمل فيما إذا شرطه للأجير للحاجة إليه، وجرت العادة به، فلا يلزمه احتمالها." (١)

"مع عدم ذلك.

ولو استأجر دابة بعلفها، أو بأجر مسمى وعلفها، لم يجز؛ لأنه مجهول، ولا عرف له يرجع إليه، ولا نعلم أحدا قال بجوازه، إلا أن يشترطه موصوفا، فيجوز.

[فصل استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه أو غيره]

(٤٢٣٤) فصل: وإن استغنى الأجير عن طعام المؤجر بطعام نفسه، أو غيره، أو عجز عن الأكل لمرض أو غيره، لم تسقط نفقته، وكان له المطالبة بها؛ لأنها عوض، فلا تسقط بالغنى عنه، كالدرهم. وإن احتاج لدواء لمرضه، لم يلزم المستأجر ذلك؛ لأنه لم يشرط له الإطعام إلا صحيحا، لكن يلزمه له بقدر طعام الصحيح يشتري له الأجير ما يصلح له؛ لأن ما زاد على طعام الصحيح لم يقع العقد عليه، فلا يلزم به، كالزائد في القدر.

[فصل دفع إليه طعامه فأحب الأجير أن يستفضل بعضه لنفسه]

(٤٢٣٥) فصل: إذا دفع إليه طعامه، فأحب الأجير أن يستفضل بعضه لنفسه، نظرت فإن كان المؤجر دفع إليه أكثر من الواجب، ليأكل قدر حاجته، ويفضل الباقي، أو كان في تركه لأكله كله ضرر على المؤجر، بأن يضعف عن العمل، أو يقل لبن الظئر، منع منه؛ لأنه في الصورة الأولى لم يملكه إياه، وإنما أباحه أكل قدر حاجته، وفي الثانية على المؤجر ضرر بتفويت بعض ماله من منفعته، فمنع منه، كالجمال إذا امتنع من علف الجمال. وإن دفع إليه قدر الواجب من غير زيادة، أو دفع إليه أكثر، وملكه إياه، ولم يكن في تفضيله

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٥/٥

لبعضه ضرر بالمؤجر، جاز؛ لأنه حق لا ضرر على المؤجر فيه، فأشبه الدراهم.

[فصل قدم إلي الأجير طعاما فنهب أو تلف قبل أكله]

(٤٢٣٦) فصل: وإن قدم إليه طعاما، فنهب أو تلف قبل أكله، نظرت؛ فإن كان على مائدة لا يخصه فيها بطعامه، فهو من ضمان المستأجر؛ لأنه لم يسلمه إليه، فكان تلفه من ماله، وإن خصه بذلك، وسلمه إليه، فهو من ضمان الأجير؛ لأنه تسليم عوض على وجه التمليك، أشبه البيع.

[فصل دفع إلى رجل ثوبا وقال بعه بكذا فما ازددت فهو لك]

فصل: إذا دفع إلى رجل ثوبا، وقال: بعه بكذا، فما ازددت فهو لك. صح، نص عليه أحمد، في رواية أحمد بن سعيد. وروي ذلك عن ابن عباس. وبه قال ابن سيرين، وإسحاق. وكرهه النخعي، وحماد، وأبو حنيفة، والثوري، والشافعي، وابن المنذر؛ لأنه أجر مجهول، يحتمل الوجود والعدم. **ولنا** ما روى عطاء، عن ابن عباس، أنه كان لا يرى بأسا أن يعطي الرجل الرجل الثوب أو غير ذلك، فيقول: بعه بكذا وكذا، فما ازددت فهو لك

ولا يعرف له في عصره مخالف. ولأنها عين تنمى بالعمل فيها، أشبه دفع مال المضاربة.." [1]

"[فصل على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به]

(٤٢٤٢) فصل: وعلى المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها، ويصلح به، وللمكتري مطالبتها بذلك؛ لأنه من تمام التمكين من الرضاع، وفي تركه إضرار بالصبي. ومتى لم ترضعه، وإنما أسقته لبن الغنم، أو أطعمته، فلا أجر لها؛ لأنها لم توف المعقود عليه، فأشبه ما لو اكتراها لخياطة ثوب، فلم تخطه

وإن دفعته إلى خادمتها فأرضعته، فكذلك. وبه قال أبو ثور. وقال أصحاب الرأي: لها أجرها؛ لأن رضاعه حصل بفعلها. **ولنا** أنها لم ترضعه، فأشبه ما لو سقته لبن الغنم وإن اختلفا، فقالت: أرضعته. فأنكر المسترضع، فالقول قولها؛ لأنها مؤتمنة.

[فصل للرجل أن يؤجر أمته ومدبرته وأم ولده ومن علق عتقها بصفة والمأذون لها في التجارة للإرضاع]

(٤٢٤٣) فصل: ويجوز للرجل أن يؤجر أمته، ومدبرته، وأم ولده، ومن علق عتقها بصفة، والمأذون لها في

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٦٦

التجارة، للإرضاع؛ لأنه عقد على منفعتها، أشبه إجارتها للخدمة. وليس لواحدة منهن إجارة نفسها؛ لأن نفعها لسيدها. وإن كان لها ولد، لم تجز إجارتها للإرضاع، إلا أن يكون لبنها فضل عن ريه؛ لأن الحق لولدها، وليس لسيدها إلا ما فضل عنه. وإن كانت مزوجة، لم تجز إجارتها لذلك إلا بإذنه؛ لأنه يفوت حق الزوج، لاشتغالها عنه بإرضاع الصبي وحضانته

فإن أجرها للرضاع، ثم زوجها، صح النكاح، ولا ينفسخ عقد الإجارة، ويكون للزوج أن يستمتع بها في حال فراغها من الرضاع والحضانة. وقال مالك: ليس لزوجها وطؤها إلا برضى المستأجر؛ لأنه ينقص اللبن، وقد يقطعه. ولنا أن وطء الزوج مستحق، فلا يسقط لأمر مشكوك فيه. وليس للسيد إجارة مكاتبته؛ لأن منافعها إليها، ولذلك لم يملك سيدها تزويجها، ولا وطأها، ولا إجارتها في غير الرضاع

ولها أن تؤجر نفسها؛ لأنه من جهات الاكتساب.

[فصل استئجار أمه وأخته وابنته لرضاع ولده]

(٤٢٤٤) فصل: ويجوز للرجل استئجار أمه، وأخته، وابنته، لرضاع ولده، وكذلك سائر أقاربه، بغير خلاف. وإن استأجر امرأته لرضاع ولده منها، جاز. هذا الصحيح من مذهب أحمد، وذكره الخرقي فقال: وإن أرادت الأم أن ترضعه بأجر مثلها، فهي أحق به من غيرها، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقته. وقال القاضي: ليس لها ذلك

وتأول كلام الخرقي على أنها في حبال زوج آخر. وهذا قول أصحاب الرأي. وحكي عن الشافعي؛ لأنه قد استحق حبسها والاستمتاع بها بعوض، فلا يجوز أن يلزمه عوض آخر لذلك.." (١)

"ولنا أن كل عقد يصح أن تعقده مع غير الزوج، يصح أن تعقده معه، كالبيع، ولأن منافعها في الرضاع والحضانة غير مستحقة للزوج، بدليل أنه لا يملك إجبارها على حضانة ولدها، ويجوز لها أن تأخذ عليها العوض من غيره، فجاز لها أخذه منه، كثمن مالها

وقولهم: إنها استحقت عوض الحبس والاستمتاع. قلنا: هذا غير الحضانة، واستحقاق منفعة من وجه، لا يمنع استحقاق منفعة سواها بعوض آخر، كما لو استأجرها أولا ثم تزوجها. وتأويل القاضي كلام الخرقي، يخالف الظاهر من وجهين أحدهما أن الألف واللام في الزوج للمعهود، وهو زوجها أبو الطفل. والثاني أنها إذا كانت في حبال زوج آخر، لا تكون أحق به، بل يسقط حقها من الحضانة، ثم ليس لها أن ترضع إلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٦٩

بإذن زوجها، ففسد التأويل.

[فصل فسخ الإجارة بموت المرضعة]

(٤٢٤٥) فصل: وتنفسخ الإجارة بموت المرضعة؛ لفوات المنفعة بهلاك محلها. وحكي عن أبي بكر: أنها لا تنفسخ، ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت؛ لأنه كالدين. **ولنا** أنه هلك المعقود عليه، أشبه ما لو هلكت البهيمة المستأجرة. وإن مات الطفل انفسخ العقد؛ لأنه يتعذر استيفاء المعقود عليه، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه، لاختلاف الصبيان في الرضاع، واختلاف اللبن باختلافهم، فإنه قد يدر على أحد الولدين دون الآخر. وهذا منصوص الشافعي

وإذا انفسخ العقد عقيبه، بطلت الإجارة من أصلها، ورجع المستأجر بالأجر كله، وإن كان في أثناء المدة، رجع بحصة ما بقي.

[مسألة استحباب إعطاء الظئر عند الفطام عبدا أو أمة كراء المرضع]

(٤٢٤٦) مسألة قال: (ويستحب أن تعطى عند الفطام عبدا أو أمة، كما جاء في الخبر، إذا كان المسترضع موسرا) يعني بالخبر، ما روى أبو داود، بإسناده، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن حجاج بن حجاج الأسلمي، عن أبيه، قال: «قلت: يا رسول الله، ما يذهب عني مذمة الرضاع؟ قال: الغرة العبد أو الأمة» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. قال ابن الجوزي: المذمة، بكسر الذال، من الذمام، وبفتحها من الذم

قال ابن عقيل: إنما خص الرقبة بالمجازاة بها دون غيرها؛ لأن فعلها في إرضاعه وحضانته، سبب حياته وبقائه وحفظ رقبته، فاستحب جعل الجزاء هبتها رقبة، ليناسب ما بين النعمة والشكر، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أما، فقال تعالى: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ [النساء: ٢٣] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يجزي ولد والده، إلا أن يجده مملوكا فيعتقه» . وإن كانت المرضعة مملوكة، استحب إعتاقها؛ لأنه." (١)

"يحصل أخص الرقاب بها، وتحصل به المجازاة التي جعلها النبي - صلى الله عليه وسلم - مجازاة للوالد من النسب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٧٠

[مسألة اكترى دابة إلى موضع فجاوزه]

(٤٢٤٧) مسألة؛ قال: (ومن اكترى دابة إلى موضع، فجاوزه، فعليه الأجرة المذكورة، وأجرة المثل لما جاوزه، وإن تلفت فعليه أيضا قيمتها) (٤٢٤٨) الكلام في هذه المسألة في فصلين: أحدهما: في الأجر الواجب، وهو المسمى، وأجر المثل للزائد. نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أصحابنا، ذكر القاضي ذلك. وروى الأثرم

بإسناده عن أبي الزناد، أنه ذكر فقهاء المدينة السبعة، وقال: ربما اختلفوا في الشيء، فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأيا، فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة، أن من اكترى دابة إلى بلد، ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه، فإن الدابة إن سلمت في ذلك كله، أدى كراءها وكراء ما بعدها، وإن تلفت في تعديه بها ضمنها، وأدى كراءها الذي تكاراها به. وهذا قول الحكم، وابن شبرمة، والشافعي. وقال الثوري، وأبو حنيفة: لا أجر عليه لما زاد؛ لأن المنافع عندهما لا تضمن في الغصب

وحكي عن مالك أنه إذا تجاوز بها إلى مسافة بعيدة، يخير صاحبها بين أجر المثل وبين المطالبة بقيمتها يوم التعدي؛ لأنه متعد بإمساكها، حابس لها عن أسواقها، فكان لصاحبها تضمينها إياه. **ولنا** أن العين باقية بحالها، يمكن أخذها، فلم تجب قيمتها، كما لو كانت المسافة قريبة. وما ذكره تحكم لا دليل عليه، ولا نظير له، فلا يجوز المصير إليه. وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة في الغصب

(٤٢٤٩) الفصل الثاني: في الضمان، ظاهر كلام الخرقي وجوب قيمتها إذا تلفت به، سواء تلفت في الزيادة، أو بعد ردها إلى المسافة، وسواء كان صاحبها مع المكتري، أو لم يكن. وهذا ظاهر مذهب الفقهاء السبعة، إذا تلفت حال التعدي؛ لما حكينا عنهم. وقال القاضي: إن كان المكتري نزل عنها وسلمها إلى صاحبها، ليمسكها أو يسقيها، فتلفت. فلا ضمان على المكتري، وإن هلكت والمكتري راكب عليها، أو حمله عليها، فعليه ضمانها. وقال أبو الخطاب: إن كانت يد صاحبها عليها، احتمل أن يلزم المكتري جميع قيمتها، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها

وقال أصحاب الشافعي: إن لم يكن صاحبها معها، لزم المكتري قيمتها كلها. وإن كان." [1]

"وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: إذا كاله المكتري ووضعه المكري على ظهر البهيمة، لا ضمان على المكتري؛ لأن المكري مفرط في حمله. **ولنا** أن التدليس من المكتري، إذ أخبره بكيلها على

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٧١

خلاف ما هو به، فلزمه الضمان، كما لو أمر أجنبيا بتحميلها

فأما إن كالها المكتري، ورفعها المكري على الدابة. عالما بكيلها، لم يضمن المكتري دابته إذا تلفت؛ لأنه فعل ذلك من غير تدليس ولا تغرير. وهل له أجر القفيز الزائد؟ يحتمل وجهين أحدهما لا أجر له؛ لأن المكتري لم يجعل له على ذلك أجرا. والثاني له أجر الزائد، لأنهما اتفقا على حمله على سبيل الإجارة، فجرى مجرى المعاطاة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير أجره. وإن كاله المكري، وحمله المكتري على الدابة عالما بذلك من غير أن يأمره بحمله عليها، فعليه أجر القفيز الزائد

وإن أمره بحمله عليها، ففي وجوب الأجر وجهان، كما لو حمله المكري عليها؛ لأنه إذا أمر به كان ذلك كفعله، وإن كاله أحدهما وحمله أجنبي بأمره، فهو كما لو حمله الذي كاله، وإن كان بأمر الآخر، فهو كما لو حمله الآخر، وإن حمله بغير أمرهما، فهو كما لو كاله ثم حمله.

[مسألة لا يجوز أن يكتري مدة غزاته]

(٤٢٥٤) مسألة قال: (ولا يجوز أن يكتري مدة غزاته) هذا قول أكثر أهل العلم، منهم الأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال مالك: قد عرف وجه ذلك، وأرجو أن يكون حقيقا. **ولنا** أن هذه إجارة، في مدة مجهولة، وعمل مجهول، فلم يجز، كما لو اكتراها لمدة سفره في تجارته، ولأن مدة الغزاة تطول وتقصر، ولا حد لها تعرف به، والعمل فيها يقل ويكثر، ونهاية سفرهم تقرب وتبعد، فلم يجز التقدير بها، كغيرها من الأسفار المجهولة

فإن فعل ذلك، فله أجر المثل؛ لأنه عقد على عوض لم يسلم له، لفساد العقد، فوجب أجر المثل، كسائر الإجارات الفاسدة.

[مسألة اكترى فرسا مدة غزوه كل يوم بدرهم]

(٤٢٥٥) مسألة قال: (فإن سمى لكل يوم شيئا معلوما، فجائز) وجملته أن من اكترى فرسا مدة غزوه، كل يوم بدرهم، فالمنصوص عن أحمد صحته. وقال الشافعي: هذا فاسد؛ لأن مدة الإجارة مجهولة. **ولنا**، أن عليا، - رضي الله عنه - أجر نفسه كل دلو بتمرة، وكذلك الأنصاري، ولم ينكره النبي." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٧٥

"وقال أبو حنيفة: إن خاطه اليوم فله درهم، وإن خاطه غدا لا يزاد على درهم، ولا ينقص عن نصف درهم؛ لأن المؤجر قد جعل له نصف درهم، فلا ينقص منه، وهو قد رضي في أكثر العملين بدرهم، فلا يزاد عنه. وهذا لا يصح؛ لأنه إن صح العقد فله المسمى، وإن فسد فوجوده كالعدم، ويجب أجر المثل، كسائر العقود الفاسدة.

[فصل قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم]

(٤٢٥٨) فصل: وإن قال: إن خطته روميا فلك درهم، وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم. ففيها وجهان، بناء على التي قبلها. والخلاف فيها كالتي قبلها؛ إلا أن أبا حنيفة وافق صاحبيه في الصحة هاهنا. **ولنا** أنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض، فلم يصح. كما لو قال: بعتك هذا بدرهم، أو هذا بدرهمين. وفارق هذا "كل دلو بتمرة " من وجهين؛ أحدهما، أن العمل الثاني ينضم إلى العمل الأول، ولكل واحد منهما عوض مقدر، فأشبه ما لو قال: بعتك هذه الصبرة، كل قفيز بدرهم

وها هنا الخياطة واحدة شرط فيها عوضا إن وجدت على صفة، وعوضا آخر إن وجدت على أخرى، فأشبه ما لو باعه بعشرة صحاح، أو أحد عشر مكسرة. والثاني أنه وقف الإجارة على شرط، بقوله: إن خطته كذا فلك كذا، وإن خطته كذا فلك كذا. بخلاف قوله: كل دلو بتمرة.

[فصل استأجر من حمال إلى مصر بأربعين دينارا]

(٤٢٥٩) فصل: ونقل مهنا، عن أحمد في من استأجر من حمال إلى مصر بأربعين دينارا، فإن نزل دمشق فكراؤه ثلاثون، فإن نزل الرقة فكراؤه عشرون. فقال إذا اكترى إلى الرقة بعشرين، واكترى إلى دمشق بعشرة، واكترى إلى مصر بعشرة، جاز، ولم يكن للحمال أن يرجع. فظاهر هذا، أنه لم يحكم بصحة العقد الأول؛ لأنه في معنى بيعتين في بيعة، لكونه خيره بين ثلاثة عقود. ويخرج فيه أن يصح بناء على المسألتين قبل هذا

ونقل البرزاطي، عن أحمد، في رجل استأجر رجلا يحمل له كتابا إلى الكوفة، وقال: إن وصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون، وإن تأخرت بعد ذلك بيوم فلك عشرة. فالإجارة فاسدة، وله أجر مثله. وهذا مثل الذي قبله. ونقل عبد الله، في من اكترى دابة، وقال: إن رددتها غدا فكراؤها عشرة، وإن رددتها اليوم فكراؤها خمسة. فلا بأس. وهذه الرواية تدل على صحة الإجارة، والظاهر عن أحمد، في رواية الجماعة، فيما ذكرنا، فساد العقد، وهو قياس بيعتين في بيعة. والله أعلم.

[فصل مسائل الصبرة]

(٤٢٦٠) فصل: في مسائل الصبرة، وفيها عشر مسائل، أحدها، قال استأجرتك لتحمل لي هذه الصبرة إلى مصر بعشرة. فالإجارة صحيحة، بغير خلاف." (١)

"وقال أبو حنيفة: إذا قال: في المحمل رجلان، وما يصلحهما من الوطاء والدثر. جاز استحسانا؛ لأن ذلك يتقارب في العادة، فحمل على العادة، كالمعاليق

وقال القاضي في غطاء المحمل كقول الشافعي. **ولنا**، أن هذا يختلف ويتباين كثيرا، فاشترطت معرفته، كالطعام الذي يحمل معه. وقولهم: إن أجسام الناس متقاربة. لا يصح؛ فإن منهم الكبير والصغير، والطويل والقصير، والسمين والهزيل، والذكر والأنثى، ويختلفون بذلك، ويتباينون كثيرا، ويتفاوتون أيضا في المعاليق، فمنهم من يكثر الزاد والحوائج، ومنهم من يقنع باليسير، ولا عرف له يرجع إليه، فاشترطت معرفته، كالمحمل والأوطئة وكذلك غطاء المحمل، من الناس من يختار الواسع الثقيل الذي يشتد على الحمل في الهواء، ومنهم من يقنع بالضيق الخفيف، فتجب معرفته، كسائر ما ذكرنا

وأما المستأجر، فيحتاج إلى معرفة الدابة التي يركب عليها؛ لأن الغرض يختلف بذلك، وتحصل بأحد أمرين إما بالرؤية، فيكتفى بها؛ لأنها أعلى طرق العلم، إلا أن يكون مما يحتاج إلى معرفة صفة المسمى فيه، كالراهول وغيره، فإما أن يجربه فيعلم ذلك برؤيته، وإما أن يصفه، وإما بالصفة، فإذا وجدت اكتفي بها؛ لأنه يمكن ضبطه بالصفة، فجاز العقد عليه، كالبيع.

وإذا استأجر بالصفة للركوب، احتاج إلى ذكر الجنس، فيقول: إبل، أو خيل، أو بغال، أو حمير. والنوع فيقول: بختي، أو عربي. وفي الخيل: عربي أو برذون. وفي الحمير: مصري أو شامي. وإن كان في النوع ما يختلف، كالمهملج من الخيل، والقطوف، احتيج إلى ذكره. وذكر القاضي أنه يحتاج إلى معرفة الذكورية والأنوثية. وهو مذهب الشافعي؛ لأن الغرض يختلف بذلك، فإن الأنثى أسهل والذكر أقوى

ويحتمل أنه لا يحتاج إلى معرفة ذلك؛ لأن التفاوت فيه يسير، ومتى كان الكراء إلى مكة، فالصحيح أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع؛ لأن العادة أن الذي يحمل عليه في طريق مكة إنما هو الجمال العراب، دون البخاتي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٧/٥

[فصل الكراء إلى مكة أو طريق لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكاريين]

(٤٢٦٢) فصل: وإذا كان الكراء إلى مكة، أو طريق لا يكون السير فيه إلى اختيار المتكاريين، فلا وجه لذكر تقدير السير فيه؛ لأن ذلك ليس إليهما، ولا مقدورا عليه لهما. وإن كان في طريق السير فيه إليهما، استحب ذكر قدر السير في كل يوم. فإن أطلق وللطريق منازل معروفة، جاز العقد عليه مطلقا؛ لأنه معلوم بالعرف. ومتى اختلفا في ذلك، وفي ميقات السير ليلا أو نهارا، أو في موضع المنزل، إما في داخل البلد أو خارج منه، حملا على العرف، كما لو أطلقا الثمن في بلد فيه نقد معروف

وإن لم يكن للطريق عرف، وأطلقا العقد، فقال القاضي: لا يصح، كما لو أطلقا الثمن في بلد لا عرف فيه. والأولى أن هذا ليس بشرط؛ لأنه." (١)

"أو جذفه، أو ما يعالج به السفينة. وروي ذلك عن عمر، وعلي، وعبد الله بن عتبة، وشريح، والحسن، والحكم. وهو قول أبي حنيفة، ومالك، وأحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: لا يضمن، ما لم يتعد. قال الربيع: هذا مذهب الشافعي، وإن لم يبح به

وروي ذلك عن عطاء، وطاوس، وزفر؛ لأنها عين مقبوضة بعقد الإجارة، فلم تصر مضمونة، كالعين المستأجرة. **ولنا** ما روى جعفر بن محمد، عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصواغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك. وروى الشافعي، في " مسنده "، بإسناده عن علي، أنه كان يضمن الأجراء، ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا. ولأن عمل الأجير المشترك مضمون عليه، فما تولد منه يجب أن يكون مضمونا، كالعدوان بقطع عضو، بخلاف الأجير الخاص

والدليل على أن عمله مضمون عليه، أنه لا يستحق العوض إلا بالعمل، وأن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله، لم يكن له أجر فيما عمل فيه، وكان ذهاب عمله من ضمانه، بخلاف الخاص، فإنه إذا أمكن المستأجر من استعماله، استحق العوض بمضي المدة وإن لم يعمل، وما عمل فيه من شيء فتلف من حرزه، لم يسقط أجره بتلفه.

[فصل الأجير المشترك يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه]

(٤٢٧٦) فصل: ذكر القاضي أن الأجير المشترك إنما يضمن إذا كان يعمل في ملك نفسه، مثل الخباز

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٨٠

يخبز في تنوره وملكه، والقصار والخياط في دكانيهما، قال: ولو دعا الرجل خبازا، فخبز له في داره، أو خياطا أو قصارا ليقصر ويخيط عنده، لا ضمان عليه فيما أتلف، ما لم يفرط؛ لأنه سلم نفسه إلى المستأجر، فيصير كالأجير الخاص. قال: ولو كان صاحب المتاع مع الملاح في السفينة، أو راكبا على الدابة فوق حمله، فعطب الحمل، لا ضمان على الملاح والمكاري؛ لأن يد صاحب المتاع لم تزل

ولو كان رب المتاع والجمال راكبين على الحمل، فتلف حمله، لم يضمنه الجمال؛ لأن رب المتاع لم يسلمه إليه. ومذهب مالك والشافعي نحو هذا. قال أصحاب الشافعي: لو كان العمل في دكان الأجير، والمستأجر حاضر، أو اكتراه ليعمل له شيئا، وهو معه لم يضمن؛ لأن يده عليه، فلم يضمن من غير جناية، ويجب له أجر عمله؛ لأن يده عليه، فكلما عمل شيئا صار مسلما إليه. فظاهر كلام الخرقي، أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره، أو كان صاحب العمل حاضرا عنده أو غائبا عنه، أو كونه مع الملاح أو الجمال أو لا

وكذلك قال ابن عقيل: ما تلف بجناية الملاح بجذفه، أو بجناية المكاري بشده المتاع، ونحوه، فهو مضمون عليه، سواء كان." (١)

"صاحب المتاع معه، أو لم يكن؛ لأن وجوب الضمان عليه لجناية يده، فلا فرق بين حضور المالك وغيبته، كالعدوان، ولأن جناية الجمال والملاح، إذا كان صاحب المتاع راكبا معه، يعم المتاع وصاحبه، وتفريطه يعمهما، فلم يسقط ذلك الضمان، كما لو رمى إنسانا متترسا، فكسر ترسه وقتله، ولأن الطبيب والختان إذا جنت يداهما ضمنا مع حضور المطبب والمختون. وقد ذكر القاضي أنه لو كان جمال يحمل على رأسه ورب المتاع معه، فعثر، فسقط المتاع، فتلف، ضمن، وإن سرق، لم يضمن؛ لأنه في العثار تلف بجنايته، والسرقة ليست من جنايته.

ورب المال لم يحل بينه وبينه. وهذا يقتضي أن تلفه بجنايته مضمون عليه، سواء حضر رب المال أو غاب، بل وجوب الضمان في محل النزاع أولى؛ لأن الفعل في ذلك إلى الموضع مقصود لفاعله، والسقطة من الحمال غير مقصودة له، فإذا وجب الضمان هاهنا، فثم أولى.

[فصل كان المستأجر على حمله عبيدا صغارا أو كبارا]

(٤٢٧٧) فصل: وذكر القاضي أنه إذا كان المستأجر على حمله عبيدا صغارا أو كبارا، فلا ضمان على

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٨٩

المكاري فيما تلف من سوقه وقوده، إذ لا يضمن بني آدم من جهة الإجارة؛ لأنه عقد على منفعة والأولى وجوب الضمان؛ لأن الضمان هاهنا من جهة الجناية، فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم، كسائر الجنايات. وما ذكره ينتقض بجناية الطبيب والختان.

[فصل الأجير الخاص]

(٤٢٧٨) فصل: فأما الأجير الخاص فهو الذي يستأجر مدة، فلا ضمان عليه، ما لم يتعد. قال أحمد، في رواية مهنا، في رجل أمر غلامه يكيل لرجل بزرا، فسقط الرطل من يده، فانكسر: لا ضمان عليه. فقيل: أليس هو بمنزلة القصار؟ قال: لا، القصار مشترك. قيل: فرجل اكترى رجلا يستقي ماء، فكسر الجرة؟ فقال: لا ضمان عليه. قيل له: فإن اكترى رجلا يحرث له على بقرة، فكسر الذي يحرث به

قال: فلا ضمان عليه. وهذا مذهب مالك، وأبي حنيفة وأصحابه. وظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر: أن جميع الأجراء يضمنون. وروى في مسنده، عن علي – رضي الله عنه – أنه كان يضمن الأجراء، ويقول: لا يصلح الناس إلا هذا. **ولنا** أن عمله غير مضمون عليه، فلم يضمن ما تلف به، كالقصاص وقطع يد السارق. وخبر علي مرسل، والصحيح فيه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ

، وإن روي مطلقا، حمل على هذا فإن المطلق يحمل على المقيد. ولأن الأجير الخاص نائب عن المالك في صرف منافعه إلى ما أمره به، فلم يضمن من غير تعد، كالوكيل والمضارب. فأما ما يتلف بتعديه، فيجب ضمانه، مثل." (١)

"(٤٢٨٤) فصل: وإن اختلفا، فقال: أذنت لي في قطعه قميص امرأة. وقال: بل أذنت لك في قطعه قميص رجل. أو قال: أذنت لي في قطعه قميصا. قال: بل قباء. أو قال الصباغ: أمرتني بصبغه أحمر. قال: بل أسود. فالقول قول الخياط والصباغ. نص عليه أحمد، في رواية ابن منصور. وهذا قول ابن أبي ليلى. وقال مالك، وأبو حنيفة، وأبو ثور: القول قول رب الثوب. واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال: له قولان، كالمذهبين

ومنهم من قال: له قول ثالث أنهما يتحالفان، كالمتبايعين يختلفان في الثمن. ومنهم من قال: الصحيح أن القول قول رب الثوب؛ لأنهما اختلفا في صفة إذنه، والقول قوله في أصل الإذن، فكذلك في صفته، ولأن الأصل عدم الإذن المختلف فيه، فالقول قول من ينفيه. **ولنا** أنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٩٠

فكان القول قول المأذون له، كالمضارب إذا قال: أذنت لي في البيع نساء. ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع، والصباغ الصبغ

والظاهر أنه فعل ما ملكه، واختلفا في لزوم الغرم له، والأصل عدمه. فعلى هذا يحلف الخياط والصباغ بالله لقد أذنت لي في قطعه قباء، وصبغه أحمر. ويسقط عنه الغرم، ويكون له أجر مثله؛ لأنه ثبت وجود فعله المأذون فيه بعوض، ولا يستحق المسمى؛ لأن المسمى ثبت بقوله ودعواه، فلا يحنث بيمينه، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» . أخرجه مسلم

فأما المسمى في العقد، فإنما يعترف رب الثوب بتسميته أجرا، وقطعه قميصا، وصبغه أسود. فأما من قال: القول قول رب الثوب. فإنه يحلف بالله: ما أذنت في قطعه قباء، ولا صبغه أحمر. ويسقط عنه المسمى. ولا يجب للخياط والصباغ شيء؛ لأنهما فعلا غير ما أذن لهما فيه. وذكر ابن أبي موسى، عن أحمد، رواية أخرى، أن صاحب الثوب إذا لم يكن ممن يلبس الأقبية والسواد، فالقول قوله

وعلى الصانع غرم ما نقص بالقطع، وضمان ما أفسد، ولا أجر له؛ لأن قرينة حال رب الثوب تدل على صدقه، فتترجح دعواه بهما، كما لو اختلفا في حائط لأحدهما عليه عقد أو أزج، رجحنا دعواه بذلك. وإن اختلف الزوجان في متاع البيت، رجحنا دعوى كل واحد منهما فيما يصلح له. ولو اختلف صانعان في الآلة التي في دكانهما، رجحنا قول كل واحد منهما في آلة صناعته. فعلى هذا يحلف رب الثوب: ما أذنت لك في قطعه قباء

ويكفي هذا لأنه ينتفي به الإذن، فيصير." (١)

"[مسألة الأجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه من غير تعد ولا تفريط]

(٤٢٨٦) مسألة قال: (وإن تلفت من حرز، فلا ضمان عليه، ولا أجر له فيما عمل فيها) اختلفت الرواية عن أحمد، في الأجير المشترك إذا تلفت العين من حرزه، من غير تعد منه ولا تفريط، فروي عنه: لا يضمن. نص عليه، في رواية ابن منصور. وهو قول طاوس، وعطاء، وأبي حنيفة، وزفر، وقول الشافعي. وروي عن أحمد، إن كان هلاكه بما استطاع، ضمنه، وإن كان غرقا أو عدوا غالبا، فلا ضمان. قال أحمد، في رواية أبي طالب: إذا جنت يده، أو ضاع من بين متاعه، ضمنه، وإن كان عدوا أو غرقا، فلا ضمان

ونحو هذا قال أبو يوسف. والصحيح في المذهب الأول. وهذه الرواية تحتمل أنه إنما أوجب عليه الضمان

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٣/٥

إذا تلف من بين متاعه خاصة؛ لأنه يتهم. ولهذا قال في الوديعة، في رواية: إنها تضمن إذا ذهبت من بين ماله، فأما غير ذلك فلا ضمان عليه؛ لأن تخصيصه التضمين بما إذا تلف من بين متاعه، يدل على أنه لا يضمن إذا تلف مع متاعه، ولأنه إذا لم يكن منه تفريط ولا عدوان، فلا يجب عليه الضمان، كما لو تلفت بأمر غالب

وقال مالك، وابن أبي ليلى: يضمن بكل حال؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» . ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق، فلزمه ضمانها، كالمستعير. **ولنا** أنها عين مقبوضة بعقد الإجارة، لم يتلفها بفعله، فلم يضمنها، كالعين المستأجرة، ولأنه قبضها بإذن مالكها لنفع يعود إليهما، فلم يضمنها، كالمضارب والشريك والمستأجر، وكما لو تلفت بأمر غالب. ويخالف العارية، فإنه ينفرد بنفعها. والخبر مخصوص بما ذكرنا من الأصول، فيخص محل النزاع بالقياس عليها

إذا ثبت هذا، فإنه لا أجر له فيما عمل فيها؛ لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر، فلم يستحق عوضه، كالمبيع من الطعام إذا تلف في يد البائع قبل تسليمه.

[فصل حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الأجر فتلف]

(٤٢٨٧) فصل: وإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله، على استيفاء الأجر، فتلف، ضمنه؛ لأنه لم يرهنه عنده، ولا أذن له في إمساكه، فلزمه الضمان، كالغاصب.

[فصل أخطأ القصار فدفع الثوب إلى غير مالكه]

فصل: إذا أخطأ القصار، فدفع الثوب إلى غير مالكه، فعليه ضمانه؛ لأنه فوته على مالكه. قال أحمد: يغرم القصار، ولا يسع المدفوع إليه لبسه إذا علم أنه ليس ثوبه، وعليه رده إلى القصار، ويطالبه بثوبه.." (١)

"فإن لم يعلم القابض حتى قطعه ولبسه، ثم علم، رده مقطوعا، وضمن أرش القطع، وله مطالبته بثوبه إن كان موجودا. وإن هلك عند القصار، فهل يضمنه؟ فيه روايتان؛ إحداهما، يضمنه؛ لأنه أمسكه بغير إذن صاحبه بعد طلبه، فضمنه، كما لو علم. والثانية لا يضمنه؛ لأنه لم يمكنه رده، فأشبه ما لو عجز عن دفعه لمرض.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٩٥

[فصل العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر]

(٤٢٨٩) فصل: والعين المستأجرة أمانة في يد المستأجر، إن تلفت بغير تفريط، لم يضمنها. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن الذين يكرون المظل أو الخيمة إلى مكة، فيذهب من المكتري بسرق أو بذهاب، هل يضمن؟ قال: أرجو أن لا يضمن، وكيف يضمن؟ إذا ذهب لا يضمن. ولا نعلم في هذا خلافا؛ وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها، فكانت أمانة، كما لو قبض العبد الموصى له بخدمته سنة، أو قبض الزوج امرأته الأمة

ويخالف العارية؛ فإنه لا يستحق منفعتها. وإذا انقضت المدة، فعليه رفع يده، وليس عليه الرد. أومأ إليه، في رواية ابن منصور، فقيل له: إذا اكترى دابة، أو استعار، أو استودع، فليس عليه أن يحمله؟ فقال أحمد: من استعار شيئا، فعليه رده من حيث أخذه. فأوجب الرد في العارية، ولم يوجبه في الإجارة الوديعة. ووجهه أنه عقد لا يقتضي الضمان، فلا يقتضي رده ومؤنته، كالوديعة. وفارق العارية؛ فإن ضمانها يجب، فكذلك ردها. وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة، كالوديعة، إن تلفت من غير تفريط، فلا ضمان عليه، وهذا قول بعض الشافعية

وقال بعضهم: يضمن؛ لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها، أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها. **ولنا** أنها أمانة أشبهت الوديعة، ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها. وأما العارية فإنها مضمونة في كل حال، بخلاف مسألتنا، ولأنه يجب ردها. وعلى كل حال، متى طلبها صاحبها وجب تسليمها إليه، فإن امتنع من ردها لغير عذر، صارت مضمونة، كالمغصوبة.

[فصل شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين]

(٤٢٩٠) فصل: فإن شرط المؤجر على المستأجر ضمان العين، فالشرط فاسد؛ لأنه ينافي مقتضى العقد. وهل تفسد الإجارة به؟ فيه وجهان، بناء على الشروط الفاسدة في البيع.." [١]

"قال: أنا آكله. وبه قال عكرمة، والقاسم، وأبو جعفر محمد بن علي بن الحسين، وربيعة، ويحيى الأنصاري، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال القاضي: لا يباح أجر الحجام. وذكر أن أحمد نص عليه في مواضع، وقال: وإن أعطي شيئا من غير عقد ولا شرط، فله أخذه، ويصرفه في علف دوابه، وطعمة عبيده، ومؤنة صناعته، ولا يحل له أكله.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٩٦

وممن كره كسب الحجام عثمان، وأبو هريرة، والحسن، والنخعي. وذلك لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «كسب الحجام خبيث» . رواه مسلم. وقال: أطعمه ناضحك ورقيقك ". **ولنا** ما روى ابن عباس، قال: «احتجم النبي – صلى الله عليه وسلم – وأعطى الحجام أجره، ولو علمه حراما لم يعطه» . متفق عليه.

وفي لفظ: لو علمه خبيثا لم يعطه ولأنها منفعة مباحة، لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القربة، فجاز الاستئجار عليها، كالبناء والخياطة، ولأن بالناس حاجة إليها، ولا نجد كل أحد متبرعا بها، فج ز الاستئجار عليها، كالرضاع. وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – في كسب الحجام: أطعمه رقيقك. دليل على إباحة كسبه، إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله، فإن الرقيق آدميون، يحرم عليهم ما حرمه الله تعالى، كما يحرم على الأحرار، وتخصيص ذلك بما أعطيه من غير استئجار تحكم لا دليل عليه، وتسميته كسبا خبيثا لا يلزم منه التحريم، فقد سمى النبي – صلى الله عليه وسلم – الثوم والبصل خبيثين، مع إباحتهما وإنما كره النبي – صلى الله عليه وسلم – ذلك للحر تنزيها له؛ لدناءة هذه الصناعة. وليس عن أحمد نص في تحريم كسب الحجام، ولا الاستئجار عليها، وإنما قال: نحن نعطيه كما أعطى النبي – صلى الله عليه وسلم – ونقول له كما قال النبي – صلى الله عليه وسلم – لما سئل عن أكله نهاه، وقال: " اعلفه الناضح والرقيق ". وهذا معنى كلامه في جميع الروايات، وليس هذا صريحا في تحريمه، بل فيه دليل على إباحته، كما في قول النبي – صلى الله عليه وسلم – وفعله، على ما بينا، وأن إعطاءه للحجام دليل على إباحته إذ لا يعطيه ما يحرم عليه، وهو – عليه السلام – يعلم الناس وينهاهم عن المحرمات، فكيف يعطيهم إياها، ويمكنهم منها، وأمره بإطعام الرقيق منها دليل على الإباحة، فيتعين حمل نهيه عن أكلها على الكراهة دون التحريم. وكذلك قول الإمام أحمد، فإنه لم يخرج عن قول النبي – صلى الله عليه وسلم – وفعله، وإنما قصد اتباعه – صلى الله عليه وسلم – وكذلك سائر من كرهه من الأئمة، يتعين حمل كلامهم على هذا، ولا يكون في المسألة قائل بالتحريم. وإذا ثبت هذا، فإنه يكره للحر أكل كسب الحجام، ويكره تعلم صناعة الحجامة، وإجارة نفسه لها؛ لما فيها من الأخبار، ولأن فيها دناءة، فكره الدخول فيها، كالكسح وعلى هذا يحمل قول الأئمة الذين." (١)

"ما هو مثلها في الضرر، أو أدنى منها، وإنما المعقود عليه منفعة الراعي، ولهذا يجب له الأجر إذا سلم نفسه وإن لم يرع. ويفارق الثوب في الخياطة؛ لأن الثياب في مظنة الاختلاف، في سهولة خياطتها

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٣٩٩

ومشقتها، بخلاف الرعي

فعلى هذا، له إبدالها بمثلها. وإن تلف بعضها، لم ينفسخ العقد فيه، وكان له إبداله. وإن وقع العقد على موصوف في الذمة، فلا بد من ذكر جنس الحيوان ونوعه، إبلا، أو بقرا، أو غنما، أو ضأنا، أو معزا. وإن أطلق ذكر البقر والإبل، لم يتناول الجواميس والبخاتي؛ لأن إطلاق الاسم لا يتناولها عرفا. وإن وقع العقد في مكان يتناولها إطلاق الاسم، احتاج إلى ذكر نوع ما يراه منها، كالغنم؛ لأن كل نوع له أثر في إتعاب الراعي، ويذكر الكبر والصغر، فيقول: كبارا أو سخالا، أو عجاجيل أو فصلانا، إلا أن يكون ثم قرينة، أو عرف صارف إلى بعضها، فيغني عن الذكر

وإذا عقد على عدد موصوف كالمائة، لم يجب عليه رعي زيادة عليها، لا من سخالها ولا من غيرها. وإن أطلق العقد ولم يذكر عددا، لم يجز. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال القاضي: يصح، ويحمل على ما جرت به العادة، كالمائة من الغنم ونحوها. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. والأول أصح؛ لأن العادة في ذلك تختلف وتتباين كثيرا، إذ العمل يختلف باختلافه.

[فصل ما تجوز إجارته]

(٤٣٠٥) فصل: فيما تجوز إجارته، تجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفعة مباحة، مع بقائها بحكم الأصل، كالأرض، والدار، والعبد، والبهيمة، والثياب، والفساطيط، والحبال، والخيام، والمحامل، والسرج، واللجام، والسيف، والرمح، وأشباه ذلك. وقد ذكرنا كثيرا مما تجوز إجارته في مواضعه. وتجوز إجارة الحلي. نص عليه أحمد، في رواية ابنه عبد الله. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي

وروي عن أحمد، أنه قال في إجارة الحلي: ما أدري ما هو؟ قال القاضي: هذا محمول على إجارته بأجرة من جنسه، فأما بغير جنسه، فلا بأس به، لتصريح أحمد بجوازه. وقال مالك، في إجارة الحلي والثياب: هو من المشتبهات. ولعله يذهب إلى أن المقصود بذلك الزينة، وليس ذلك من المقاصد الأصلية. ومن منع ذلك بأجر من جنسه، فقد احتج له بأنها تحتك بالاستعمال، فيذهب منها أجزاء وإن كانت يسيرة، فيحصل الأجر في مقابلتها، ومقابلة الانتفاع بها، فيفضي إلى بيع ذهب بذهب وشيء آخر. **ولنا** أنها عين ينتفع بها منفعة مباحة مقصودة، مع بقاء عينها، فأشبهت سائر ما تجوز إجارته، والزينة من المقاصد الأصلية؛ فإن الله تعالى امتن بها علينا بقوله تعالى: ﴿لتركبوها وزينة﴾ [النحل: ٨] وقال تعالى: ﴿قل من

حرم زينة الله التي أخرج لعباده﴾ [الأعراف: ٣٢]
وأباح الله تعالى من التحلي واللباس للنساء ما حرمه على الرجال، لحاجتهن إلى التزين للأزواج، وأسقط الزكاة عن حليهن." (١)

"معونة لهن على اقتنائه. وما ذكروه من نقصها بالاحتكاك لا يصح؛ لأن ذلك يسير، لا يقابل بعوض، ولا يكاد يظهر في وزن، ولو ظهر فالأجر في مقابلة الانتفاع، لا في مقابلة الأجزاء؛ لأن الأجر في الإجارة، إنما هو عوض المنفعة، كما في سائر المواضع، ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب، لما جاز إجارة أحد النقدين بالآخر؛ لإفضائه إلى الفرق في معاوضة أحدهما بالآخر قبل القبض. والله أعلم.

[فصل إجارة الدراهم والدنانير]

(٤٣٠٦) فصل: وتجوز إجارة الدراهم والدنانير، للوزن والتحلي، في مدة معلومة. وبه قال أبو حنيفة. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والوجه الآخر، أنها لا تجوز إجارتها؛ لأن هذه المنفعة ليست المقصودة منها، ولذلك لا تضمن منفعتها بغصبها، فأشبهت الشمع. **ولنا** أنها عين أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها منفعة مباحة، فأشبهت الحلي، وفارقت الشمع؛ فإنه لا ينتفع به إلا بما أتلف عينه.

إذا ثبت هذا، فإنه إن ذكر ما يستأجره له، وعينه، فحسن، وإن أطلق الإجارة، فقال أبو الخطاب: تصح الإجارة، وينتفع بها فيما شاء منهما؛ لأن منفعتهما في الإجارة متعينة في التحلي والوزن، وهما متقاربان، فوجب أن تحمل الإجارة عند الإطلاق عليهما، كاستئجار الدار مطلقا، فإنه يتناول السكنى، ووضع المتاع فيها. وقال القاضي: لا تصح الإجارة، وتكون قرضا. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأن الإجارة تقتضي الانتفاع، والانتفاع المعتاد بالدراهم والدنانير إنما هو بأعيانها، فإذا أطلق الانتفاع، حمل على الانتفاع المعتاد
وقال أصحاب الشافعي: لا تصح الإجارة، ولا تكون قرضا؛ لأن التحلي ينقصها، والوزن لا ينقصها، فقد اختلفت جهة الانتفاع، فلم يجز إطلاقها. ولا يجوز أن يعبر بها عن القرض؛ لأن القرض تمليك للغير، والإجارة تقتضي الانتفاع مع بقاء العين، فلم يجز التعبير بأحدهما عن الآخر. ولأن التسمية والألفاظ تؤخذ نقلا، ولم يعهد في اللسان التعبير بالإجارة عن القرض. وقول أبي الخطاب أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة، كان أولى من إفساده، وقد أمكن حمله على إجارتها للجهة التي تجوز إجارتها فيها

---
(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٣

وقول القاضي لا يصح؛ لأن الإجارة إنما تقتضي انتفاعا مع بقاء العين، فلا تحمل على غير ذلك. وما ذكر الآخرون من نقص العين بالاستعمال في التحلي فبعيد؛ فإن ذلك يسير لا أثر له، فوجوده كعدمه.

[فصل استأجر شجرا ونخيلا ليجفف عليها الثياب أو يبسطها عليها ليستظل بظلها]

(٤٣٠٧) فصل: ويجوز أن يستأجر شجرا ونخيلا، ليجفف عليها الثياب، أو يبسطها عليها ليستظل بظلها، ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان؛ لما ذكروه في الأثمان.." (١)

"**ولنا** أنها لو كانت مقطوعة، لجاز استئجارها لذلك، فكذلك إذا كانت ثابتة؛ وذلك لأن الانتفاع يحصل بهما على السواء في الحالتين، فما جاز في إحداهما يجوز في الأخرى، ولأنها شجرة، فجاز استئجارها لذلك كالمقطوعة، ولأنها منفعة مقصودة، يمكن استيفاؤها مع بقاء العين، فجاز العقد عليها، كما لو كانت مقطوعة، ولأنها عين، يمكن استيفاء هذه المنفعة منها، فجاز استئجارها لها، كالحبال والخشب والشجر المقطوع.

[فصل استئجار غنم لتدرس له طينا أو زرعا]

(٤٣٠٨) فصل: ويجوز استئجار غنم لتدرس له طينا أو زرعا. ولأصحاب الشافعي فيه وجهان؛ لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان، فأشبهت النخيل. **ولنا** أنها منفعة، مباحة، يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها، فأشبهت استئجار البقر لدياس الزرع.

[فصل استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وأقطاع الكافور والند لتشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يرده]

فصل: ويجوز استئجار ما يبقى من الطيب والصندل وأقطاع الكافور والند، لتشمه المرضى وغيرهم مدة، ثم يرده؛ لأنها منفعة مباحة، فأشبهت الوزن والتحلي، مع أنه لا ينفك من إخلاق وبلى.

[فصل إجارة الحائط ليضع عليها خشبا معلوما مدة معلومة]

(٤٣١٠) فصل: وتجوز إجارة الحائط، ليضع عليها خشبا معلوما، مدة معلومة. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز. **ولنا** أن هذه منفعة مقصودة، مقدور على تسليمها واستيفائها، فجاز عقد الإجارة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٤

عليها، كاستئجار السطح للنوم عليه.

[فصل استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه]

(٤٣١١) فصل: ويجوز استئجار دار يتخذها مسجدا يصلي فيه. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يصح؛ لأن فعل الصلاة لا يجوز استحقاقه بعقد إجارة بحال، فلا تجوز الإجارة لذلك. **ولنا** أن هذه منفعة مباحة، يمكن استيفاؤها من العين مع بقائها، فجاز استئجار العين لها، كالسكنى، ويفارق الصلاة، فإنها لا تدخلها النيابة، بخلاف بناء المساجد.

[فصل استئجار البئر ليستقي منها أياما معلومة]

(٤٣١٢) فصل: وذكر ابن عقيل، أنه يجوز استئجار البئر، ليستقي منها أياما معلومة؛ لأن هواء البئر وعمقها فيه نوع انتفاع بمرور الدلو فيه، وأما نفس الماء، فيؤخذ على أصل الإباحة.." (١)

"[فصل استئجار الفهد والبازي والصقر للصيد في مدة معلومة]

(٤٣١٣) فصل: ويجوز استئجار الفهد والبازي والصقر للصيد، في مدة معلومة؛ لأن فيه نفعا مباحا تجوز إعارته له، فجازت إجارته له، كالدابة. وتجوز إجارة كتب العلم، التي يجوز بيعها للانتفاع بها في القراءة فيها، والنسخ منها؛ لما ذكرناه. وتجوز إجارة درج فيه خط حسن، يكتب عليه، ويتمثل منه لذلك.

[فصل ما لا تجوز إجارته]

(٤٣١٤) فصل: وما لا تجوز إجارته أقسام: أحدها ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، كالمطعوم والمشروب، والشمع ليشعله؛ لأن الإجارة عقد على المنافع، وهذه لا ينتفع بها إلا بإتلاف عينها، فإن استأجر شمعة يسرجها، ويرد بقيتها، وثمن ما ذهب، وأجر الباقي، كان فاسدا؛ لأنه يشمل بيعا وإجارة، وما وقع عليه البيع مجهول، وإذا جهل المبيع جهل المستأجر أيضا، فيفسد العقدان، ولو استأجر شمعا ليتجمل به، ويرده من غير أن يشعل منه شيئا، لم يجز؛ لأن ذلك ليس بمنفعة مرعية في الشرع، فبذل المال فيه سفه، وأخذه أكل مال بالباطل، فلم يجز، كما لو استأجر خبزا لينظر إليه، وكذلك لو استأجر طعاما ليتجمل به على مائدته، ثم يرده، لم يجز؛ لما ذكرنا

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٥

وهكذا سائر الأشياء، ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الرياحين، كالورد والبنفسج والريحان الفارسي، وأشباهه، لشمها؛ لأنها تتلف عن قرب، فأشبهت المطعومات. ولا يجوز استئجار الغنم، ولا الإبل والبقر، ليأخذ لبنها، ولا ليسترضعها لسخالة ونحوها، ولا استئجارها ليأخذ صوفها، ولا شعرها، ولا وبرها، ولا استئجار شجرة، ليأخذ ثمرتها، أو شيئا من عينها.

[فصل إجارة الفحل للضراب]

(٤٣١٥) فصل: ولا تجوز إجارة الفحل للضراب. وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي، وأبي ثور، وابن المنذر. وخرج أبو الخطاب وجها في جوازه؛ لأنه انتفاع مباح، والحاجة تدعو إليه، فجاز، كإجارة الظئر للرضاع، والبئر ليستقي منها الماء؛ ولأنها منفعة تستباح بالإعارة، فتستباح بالإجارة، كسائر المنافع وهذا مذهب الحسن، وابن سيرين. **ولنا** «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن عسب الفحل» : متفق عليه، وفي لفظ: «نهى عن ضراب الجمل» . ولأن المقصود الماء الذي يخلق منه الولد، فيكون عقد الإجارة لاستيفاء عين غائبة، فلم يجز، كإجارة الغنم لأخذ لبنها، وهذا أولى؛ فإن هذا الماء محرم لا قيمة له، فلم يجز أخذ العوض عنه، كالميتة والدم، وهو مجهول، فأشبه اللبن في الضرع. فأما من أجازه، فينبغي أن يوقع العقد على العمل، ويقدره بمرة أو مرتين أو أكثر

وقيل: يقع العقد على مدة. وهذا بعيد؛ لأن من أراد إطراق فرسه." (١)

"[فصل تأجير الرجل نفسه لكسح الكنف]

(٤٣١٧) فصل: ويكره أن يؤجر الرجل نفسه لكسح الكنف، ويكره له أكل أجره؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «كسب الحجام خبيث» . ونهى الحر عن أكله، فهذا أولى. وقد روي عن ابن عباس، أن رجلا حج، ثم أتاه، فقال له: إني رجل أكنس، فما ترى في مكسبي؟ قال: أي شيء تكنس؟ قال: العذرة، قال: ومنه حججت، ومنه تزوجت؟ قال: نعم، قال: أنت خبيث، وحجك خبيث، وما تزوجت خبيث. أو نحو هذا، ذكره سعيد بن منصور، في " سننه " بمعناه، ولأن فيه دناءة، فكره، كالحجامة، فأما الإجارة في الجملة، فجائزة؛ لأن الحاجة داعية إليها، فلا تندفع بدون إباحة الإجارة، فوجب إباحتها، كالحجامة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٦

[فصل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة]

(٤٣١٨) فصل: ولا يجوز للرجل إجارة داره لمن يتخذها كنيسة، أو بيعة أو يتخذها لبيع الخمر، أو القمار. وبه قال الجماعة. وقال أبو حنيفة: إن كان بيتك في السواد، فلا بأس أن تؤجره لذلك. وخالفه صاحباه، واختلف أصحابه في تأويل قوله. **ولنا** أنه فعل محرم، فلم تجز الإجارة عليه، كإجارة عبده للفجور. ولو اكترى ذمي من مسلم داره، فأراد بيع الخمر فيها، فلصاحب الدار منعه. وبذلك قال الثوري

وقال أصحاب الرأي: إن كان بيته في السواد والجبل، فله أن يفعل ما شاء. **ولنا** أنه فعل محرم، جاز المنع منه في المصر، فجاز في السواد، كقتل النفس المحرمة.

[فصل ما يحرم بيعه لا يجوز إجارته]

(٤٣١٩) فصل: القسم الثالث، ما يحرم بيعه، إلا الحر والوقف وأم الولد والمدبر، فإنه يجوز إجارتها، وإن حرم بيعها، وما عدا ذلك فلا تجوز إجارته، سواء كان ممن لا يقدر على تسليمه، كالعبد الآبق، والجمل الناد، والبهيمة الشاردة، والمغصوب من غير غاصبه ممن لا يقدر على انتزاعه منه، فإنه لا تجوز إجارته؛ لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه. وإن كان مما تجهل صفته، فإنه لا تجوز إجارته، في ظاهر المذهب. أو كان ممن لا نفع فيه، كسباع البهائم، أو الطير التي لا تصلح للاصطياد

ولا تجوز إجارة الكلب، ولا الخنزير، بحال. ويتخرج جواز إجارة الكلب الذي يباح اقتناؤه؛ لأن فيه نفعا مباحا تجوز له إعارته، فجازت إجارته له كغيره. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

ولا تجوز إجارة ما لا يقدر على تسليم منفعته، سواء." (١)

"جاز بيعه أو لم يجز، مثل أن يغصب منفعته، بأن يدعي إنسان أن هذه الدار في إجارته عاما، ويغلب صاحبها عليها، فإنه لا تجوز إجارتها في هذا العام إلا من غاصبها، أو ممن يقدر على أخذها منه قال أصحابنا: ولا تجوز إجارة المشاع لغير الشريك، إلا أن يؤجر الشريكان معا. وهذا قول أبي حنيفة، وزفر؛ لأنه لا يقدر على تسليمه، فلم تصح إجارته كالمغصوب؛ وذلك لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه، ولا ولاية له على مال شريكه. واختار أبو حفص العكبري جواز ذلك. وقد أومأ إليه أحمد، وهو قول مالك، والشافعي، وأبي يوسف، ومحمد؛ لأنه معلوم يجوز بيعه، فجازت إجارته كالمفرد، ولأنه عقد في ملكه، يجوز مع شريكه، فجاز مع غيره كالبيع، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معا، فجاز لأحدهما

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٨

فعله في نصيبه مفردا، كالبيع

ومن نصر الأول فرق بين محل النزاع وبين ما إذا آجره الشريكان، أو آجره لشريكه، بأنه يمكن التسليم إلى المستأجر، فأشبه إجارة المغصوب من غاصبه دون غيره.

وإن كانت الدار لواحد، فآجر نصفها، صح؛ لأنه يمكنه تسليمه، ثم إن آجر نصفها الآخر للمستأجر الأول صح فإنه يمكنه تسليمه إليه، وإن آجره لغيره، ففيه وجهان، بناء على المسألة التي قبلها؛ لأنه لا يمكنه تسليم ما آجره إليه

وإن آجر الدار لاثنين لكل واحد منهما نصفها، فكذلك؛ لأنه لا يمكنه تسليم نصيب كل واحد منهما إليه.

[فصل إجارة المصحف]

(٤٣٢٠) فصل: وفي إجارة المصحف وجهان أحدهما لا تصح إجارته، مبنيا على أنه لا يصح بيعه، وعلة ذلك إجلال كلام الله وكتابه عن المعاوضة به، وابتذاله بالثمن في البيع، والأجر في الإجارة. والثاني، تجوز إجارته. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه انتفاع مباح، تجوز الإعارة من أجله، فجازت فيه الإجارة، كسائر الكتب، فأما سائر الكتب الجائز بيعها، فتجوز إجارتها

ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنها لا تجوز إجارتها؛ لأنه علل منع إجارة المصحف بأنه ليس في ذلك أكثر من النظر إليه، ولا تجوز الإجارة لمثل ذلك، بدليل أنه لا يجوز أن يستأجر سقفا لينظر إلى عمله وتصاويره، أو شمعا ليتجمل به. **ولنا** أنه انتفاع مباح يحتاج إليه، وتجوز الإعارة له، فجازت إجارته كسائر المنافع. وفارق النظر إلى السقف؛ فإنه لا حاجة إليه، ولا جرت العادة بالإعارة من أجله. وفي مسألتنا يحتاج إلى القراءة في الكتب، والتحفظ منها، والنسخ والسماع منها والرواية، وغير ذلك من الانتفاع المقصود المحتاج إليه.." (١)

"[فصل إجارة المسلم للذمي لخدمته]

(٤٣٢١) فصل: ولا تجوز إجارة المسلم للذمي لخدمته. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم، فقال: إن آجر نفسه من الذمي في خدمته، لم يجز، وإن كان في عمل شيء، جاز. وهذا أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: تجوز؛ لأنه تجوز له إجارة نفسه في غير الخدمة، فجاز فيها، كإجارته من المسلم. **ولنا** أنه عقد يتضمن حبس المسلم عند الكافر، وإذلاله له، واستخدامه، أشبه البيع، يحققه أن عقد الإجارة للخدمة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٠٩

يتعين فيه حبسه مدة الإجارة واستخدامه، والبيع لا يتعين فيه ذلك، فإذا منع منه، فلأن يمنع من الإجارة أولى

فأما إن آجر نفسه منه في عمل معين في الذمة، كخياطة ثوب، وقصارته، جاز بغير خلاف نعلمه؛ لأن عليا - رضي الله عنه - آجر نفسه من يهودي، يستقي له كل دلو بتمرة، وأخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - بذلك، فلم ينكره. وكذلك الأنصاري. ولأنه عقد معاوضة لا يتضمن إذلال المسلم، ولا استخدامه، أشبه مبايعته. وإن آجر نفسه منه لعمل غير الخدمة، مدة معلومة، جاز أيضا، في ظاهر كلام أحمد؛ لقوله، في رواية الأثرم: وإن كان في عمل شيء، جاز

ونقل عنه أحمد بن سعيد: لا بأس أن يؤجر نفسه من الذمي. وهذا مطلق في نوعي الإجارة. وذكر بعض أصحابنا، أن ظاهر كلام أحمد منع ذلك، وأشار إلى ما رواه الأثرم، واحتج بأنه عقد يتضمن حبس المسلم، أشبه البيع. والصحيح ما ذكرنا، وكلام أحمد إنما يدل على خلاف ما قاله، فإنه خص المنع بالإجارة للخدمة، وأجاز إجارته للعمل. وهذا إجارة للعمل. ويفارق البيع، فإن فيه إثبات الملك على المسلم، ويفارق إجارته للخدمة، لتضمنها الإذلال.

[فصل الرجل يكتري الديك يوقظه لوقت الصلاة]

فصل (٤٣٢٢) : نقل إبراهيم الحربي، عن أحمد، أنه سئل عن الرجل يكتري الديك يوقظه لوقت الصلاة: لا يجوز؛ وذلك لأن ذلك يقف على فعل الديك، ولا يمكن استخراج ذلك منه بضرب ولا غيره، وقد يصيح، وقد لا يصيح، وربما صاح بعد الوقت.

[فصل حكم الإجارة في القرب التي يختص فاعلها بكونه من أهل القربة]

(٤٣٢٣) فصل: القسم الرابع، القرب التي يختص فاعلها بكونه من أهل القربة، يعني أنه يشترط كونه مسلما، كالإمامة، والأذان، والحج، وتعليم القرآن

نص عليه أحمد. وبه قال عطاء، والضحاك بن قيس، وأبو حنيفة، والزهري. وكره الزهري، وإسحاق تعليم القرآن بأجر. وقال عبد الله بن شقيق: هذه الرغف التي يأخذها المعلمون من السحت. وممن كره أجرة التعليم مع." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤١٠

"وإن أعطي المعلم أجرا على تعليم الصبي الخط وحفظه، جاز. نص عليه أحمد، فقال: إن كان المعطي ينوي أن يعطيه لحفظ الصبي وتعليمه، فأرجو إذا كان كذا. ولأن هذا مما يجوز أخذ الأجر عليه مفردا، فجاز مع غيره، كسائر ما يجوز الاستئجار عليه. وهكذا لو كان إمام المسجد قيما له، يسرج قناديله، ويكنسه، ويغلق بابه ويفتحه، فأخذ أجرا على خدمته، أو كان النائب في الحج يخدم المستنيب له في طريق الحج، ويشد له، ويرفع حمله، ويحج عن أبيه، فدفع له أجرا لخدمته، لم يمتنع ذلك، إن شاء الله تعالى.

[فصل حكم إجارة ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة كتعليم وغيره]

(٤٣٢٥) فصل: وما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة، كتعليم الخط والحساب والشعر المباح، وأشباهه، وبناء المساجد والقناطر، جاز أخذ الأجر عليه؛ لأنه يقع تارة قربة، وتارة غير قربة، فلم يمنع من الاستئجار لفعله، كغرس الأشجار، وبناء البيوت. وكذلك في تعليم الفقه والحديث. وأما ما لا يتعدى نفعه فاعله من العبادات المحضة، كالصيام، وصلاة الإنسان لنفسه، وحجه عن نفسه، وأداء زكاة نفسه، فلا يجوز أخذ الأجر عليها، بغير خلاف؛ لأن الأجر عوض الانتفاع، ولم يحصل لغيره هاهنا انتفاع، فأشبه إجارة الأعيان التي لا نفع فيها.

[فصل اختلفا في قدر الأجر]

(٤٣٢٦) فصل: إذا اختلفا في قدر الأجر، فقال: آجرتنيها سنة بدينار. قال: بل بدينارين. تحالفا، ويبدأ بيمين الآجر. نص عليه أحمد. وهو قول الشافعي؛ لأن الإجارة نوع من البيع، فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد، ورجع كل واحد منهما في ماله. وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر، قر العقد. وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها، سقط المسمى ووجب أجر المثل، كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه. وهذا قول الشافعي

وبه قال أبو حنيفة إن لم يكن عمل العمل، وإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجر مثله. وقال أبو ثور: القول قول المستأجر؛ لأنه منكر للزيادة في الأجر، والقول قول المنكر. **ولنا** أن الإجارة نوع من البيع، فيتحالفان عند اختلافهما في عوضها، كالبيع، وكما قبل أن يعمل العمل عند أبي حنيفة. وقال ابن أبي موسى: القول قول المالك؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا اختلف المتبايعان، فالقول

قول البائع» . وهذا يحتمل أن يريد به إذا اختلفا في المدة، وأما إذا اختلفا في العوض، فالصحيح أنهما يتحالفان؛ لما ذكرناه.." (١)

"[فصل دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعويض بأجر]

(٤٣٢٩) فصل: إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار، ليخيطه أو يقصره، من غير عقد ولا شرط، ولا تعويض بأجر، مثل أن يقول: خذ هذا فاعمله، وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر. وكان الخياط والقصار منتصبين لذلك، ففعلا ذلك، فلهما الأجر. وقال أصحاب الشافعي: لا أجر لهما؛ لأنهما فعلا ذلك من غير عوض جعل لهما، فأشبه ما لو تبرعا بعمله. **ولنا** أن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، فصار كنقد البلد، وكما لو دخل حماما، أو جلس في سفينة مع ملاح، ولأن شاهد الحال يقتضيه، فصار كالتعويض

فأما إن لم يكونا منتصبين لذلك، لم يستحقا أجرا إلا بعقد أو شرط العوض، أو تعويض به؛ لأنه لم يجر عرف يقوم مقام العقد، فصار كما لو تبرع به، أو عمله بغير إذن مالكه. ولو دفع ثوبا إلى رجل ليبيعه، فالحكم فيه كالحكم في القصار والخياط، إن كان منتصبا يبيع للناس بأجر، فله أجر مثله. نص عليه أحمد، وإن لم يكن كذلك، فلا شيء؛ لما تقدم. ومتى دفع ثوبه إلى أحد هؤلاء، ولم يقاطعه على أجر، فله أجر المثل؛ لأن الثياب تختلف أجرتها، ولم يعين شيئا، فجرى مجرى الإجارة الفاسدة

فإن تلف الثوب من حرزه، أو بغير فعله، فلا ضمان عليه؛ لأن ما لا يضمن في العقد الصحيح، لا يضمن في فاسده. وإن تلف من فعله، بتخريقه أو دقه، ضمنه؛ لأنه إذا ضمنه بذلك في العقد الصحيح، ففي الفاسد أولى. وقال أحمد، في من دفع ثوبا إلي قصار ليقصره، ولم يقطع له أجرا، بل قال: أنا أعطيك كما تعطى. وهلك الثوب، فإن كان بخرق أو نحوه مما لا تجنيه يده، فلا ضمان عليه، بين الكراء أو لم يبين، والعلة في ذلك ما ذكرناه.

[فصل استأجر رجلا ليحمل له كتابا إلى مكة أو غيرها إلى صاحب له فحمله فوجد صاحبه غائبا فرده]

(٤٣٣٠) فصل: إذا استأجر رجلا ليحمل له كتابا إلى مكة أو غيرها، إلى صاحب له، فحمله، فوجد صاحبه غائبا، فرده، استحق الأجر بحمله في الذهاب والرد؛ لأنه حمله في الذهاب بإذن صاحبه صريحا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤١٣

وفي الرد تضمينا؛ لأن تقدير كلامه: وإن لم تجد صاحبه فرده. إذ ليس سوى رده إلا تضييعه. فقد علم أنه لا يرضى تضييعه، فتعين رده. والله أعلم.." (١)

"وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء، لكن هو أحق بها من غيره؛ لأن الإحياء الذي هو سبب الملك لم يوجد فيها. وقال الشافعي: يملك بذلك. وهو ظاهر قول الخرقي في حريم البئر؛ لأنه مكان استحقه بالإحياء، فملكه، كالمحيي، ولأن معنى الملك موجود فيه، لأنه يدخل مع الدار في البيع، ويختص به صاحبها. فأما ما قرب من العامر، ولم يتعلق بمصالحه، ففيه روايتان إحداهما يجوز إحياؤه. قال أحمد، في رواية أبي الصقر، في رجلين أحييا قطعتين من موات، وبقيت بينهما رقعة، فجاء رجل ليحييها، فليس لهما منعه

وقال في جبانة بين قريتين: من أحياها، فهي له. وهذا مذهب الشافعي؛ لعموم قوله – عليه السلام –: «من أحيا أرضا ميتة فهي له» «. ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أقطع بلال بن الحارث المزني العقيق، وهو يعلم أنه بين عمارة المدينة» . ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر، فجاز إحياؤه، كالبعيد. والرواية الثانية، لا يجوز إحياؤه. وبه قال أبو حنيفة، والليث؛ لأنه في مظنة تعلق المصلحة به، فإنه يحتمل أن يحتاج إلى فتح باب في حائطه إلى فنائه، ويجعله طريقا، أو يخرب حائطه، فيضع آلات البناء في فنائه، وغير ذلك، ولم يجز تفويت ذلك عليه، بخلاف البعيد

إذا ثبت هذا، فإنه لا حد يفصل بين القريب والبعيد سوى العرف. وقال الليث: حده غلوة، وهي خمس الفرسخ. وقال أبو حنيفة: حد البعيد هو الذي إذا وقف الرجل في أدناه، فصاح بأعلى صوته، لم يسمع أدنى أهل المصر إليه. **ولنا**، أن التحديد لا يعرف إلا بالتوقيف، ولا يعرف بالرأي والتحكم، ولم يرد من الشرع في ذلك تحديد، فوجب أن يرجع في ذلك إلى العرف، كالقبض والإحراز. وقول من حدد هذا تحكم بغير دليل، وليس ذلك أولى من تحديده بشيء آخر، كميل ونصف ميل، ونحو ذلك. وهذا التحديد الذي ذكراه والله أعلم مختص بما قرب من المصر أو القرية، ولا يجوز أن يكون حدا لكل ما قرب من عامر، لأنه يفضي إلى أن من أحيا أرضا في موات، حرم إحياء شيء من ذلك الموات على غيره، ما لم يخرج عن ذلك الحد.

(٤٣٣٥) فصل: وجميع البلاد فيما ذكرناه سواء، المفتوح عنوة كأرض الشام والعراق، وما أسلم أهله عليه كالمدينة، وما صولح أهله على أن الأرض للمسلمين كأرض خيبر، إلا الذي صولح أهله على أن الأرض

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤١٥

لهم **ولنا** الخراج عنها، فإن أصحابنا قالوا: لو دخل فيها مسلم، فأحيا فيها مواتا، لم يملكه؛ لأنهم صولحوا في بلادهم،." (١)

"وكانت العرب في الجاهلية تعرف ذلك، فكان منهم من إذا انتجع بلدا أوفى بكلب على نشز، ثم استعواه. ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء، فحيثما انتهى صوته حماه من كل ناحية لنفسه، ويرعى مع العامة فيما سواه. فنهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عنه؛ لما فيه من التضييق على الناس، ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق. وروى الصعب بن جثامة، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا حمى إلا لله ولرسوله» . رواه أبو داود

وقال: «الناس شركاء في ثلاث: الماء، والنار، والكلأ» رواه الخلال. وليس لأحد من الناس سوى الأئمة أن يحمي؛ لما ذكرنا من الخبر والمعنى. فأما النبي - صلى الله عليه وسلم - فكان له أن يحمي لنفسه وللمسلمين؛ لقوله في الخبر: «لا حمى إلا لله ولرسوله» . لكنه لم يحم لنفسه شيئا، وإنما حمى للمسلمين، فقد روى ابن عمر، قال: «حمى النبي - صلى الله عليه وسلم - النقيع لخيل المسلمين» . رواه أبو عبيد. والنقيع، بالنون: موضع ينتقع فيه الماء، فيكثر فيه الخصب، لمكان ما يصير فيه من الماء

وأما سائر أئمة المسلمين، فليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئا، ولكن لهم أن يحموا مواضع لترعى فيها خيل المجاهدين، ونعم الجزية، وإبل الصدقة وضوال الناس التي يقوم الإمام بحفظها، وماشية الضعيف من الناس، على وجه لا يستضر به من سواه من الناس. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي في صحيح قوليه، وقال في الآخر: ليس لغير النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يحمي؛ لقوله: «لا حمى إلا لله ولرسوله» .

ولنا أن عمر وعثمان حميا، واشتهر ذلك في الصحابة، فلم ينكر عليهما، فكان إجماعا

وروى أبو عبيد، بإسناده عن عامر بن عبد الله بن الزبير، أحسبه عن أبيه، قال: أتى أعرابي عمر، فقال: يا أمير المؤمنين، بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية، وأسلمنا عليها في الإسلام، علام تحميها؟ فأطرق عمر، وجعل ينفخ، ويفتل شاربه، وكان إذا كربه أمر فتل شاربه، ونفخ فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك، فقال عمر: المال مال الله، والعباد عباد الله، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت شبرا من الأرض في شبر. وقال مالك: بلغني أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفا من الظهر. وعن أسلم، قال: سمعت عمر يقول لهني حين استعمله على حمى الربذة: يا هني، اضمم جناحك عن الناس،." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤١٩

(٢) المغني لابن قدامة ٥/٤٢٩

"[فصل حصل نصيب إنسان في ساقيه]

(٤٣٥٥) فصل: وإذا حصل نصيب إنسان في ساقية، فله أن يسقي به ما شاء من الأرض، سواء كان لها رسم شرب من هذا النهر، أو لم يكن. وله أن يعطيه من يسقي به. وقال القاضي، وأصحاب الشافعي: ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب في هذا الماء؛ لأن ذلك دال على أن لها قسما من هذا الماء، فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك، فيستضر الشركاء، ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ، ودار بابها في درب آخر، ظهرها ملاصق لظهر داره الأولى، فأراد تنفيذ إحداهما إلى الأخرى لم يجز؛ لأنه يجعل لنفسه استطراقا من كل واحدة من الدارين. ولنا أن هذا ماء انفرد باستحقاقه، فكان له أن يسقي منه ما شاء، كما لو انفرد به من أصله. ولا نسلم ما ذكروه في الدارين، وإن سلمنا فالفرق بينهما أن كل دار يخرج منها إلى درب آخر مشترك؛ لأن الظاهر أن لكل دار سكانا، فيجعل لسكان كل واحدة منهما استطراقا إلى درب غير نافذ، لم يكن لهم حق في استطراقه، وهاهنا إنما يسقي من ساقيته المفردة التي لا يشاركه غيره فيها، فلو صار لتلك الأرض رسم من الشرب من ساقيته، لم يتضرر بذلك أحد

ولو كان يسقي من هذا النهر بدولاب، فأحب أن يسقي بذلك الماء أرضا لا رسم لها في الشرب من ذلك النهر، فالحكم في ذلك على ما ذكرنا من الخلاف في التي قبلها. وإن كان الدولاب يغرف من نهر غير مملوك، جاز أن يسقي بنصيبه من الماء أرضا لا رسم لها في الشرب منه، بغير خلاف نعلمه

فإن ضاق الماء، قدم الأسبق فالأسبق، على ما مضى. (٤٣٥٦) فصل: ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب، من إجراء غير هذا الماء فيها، أو عمل رحى عليها، أو دولاب، أو عبارة، وهي خشبة تمد على طرفي النهر، أو قنطرة يعبر الماء فيها، وغير ذلك من التصرفات؛ لأنها ملكه، لا حق لغيره فيها. فأما النهر المشترك، فليس لواحد منهم أن يتصرف فيه بشيء من ذلك؛ لأنه يتصرف في النهر المشترك وفي حريمه بغير إذن شركائه. وقال القاضي في العبارة: هذا ينبني على الروايتين، في من أراد أن يجري ماءه في أرض غيره

والصحيح أنه لا يجوز هاهنا، ولا يصح قياس هذا على إجراء الماء في أرض غيره؛ لأن إجراء الماء في أرض غيره ينفع صاحبها، لأنه يسقي عروق شجره، ويشربه أولا وآخرا. وهذا لا ينفع النهر، بل ربما أفسد حافتيه، ولم يسق له شيئا. ولو أراد أحد الشركاء أن يأخذ من ماء النهر قبل قسمه شيئا يسقي به أرضا في أول النهر

أو غيره، أو أراد إنسان غيرهم ذلك، لم يجز؛ لأنهم صاروا أحق بالماء الجاري في نهرهم من غيرهم، ولأن الأخذ من الماء ربما احتاج إلى تصرف." (١)

"وعلى كل حال، فلكل أحد أن يستقي من الماء الجاري لشربه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه، وينتفع به في أشباه ذلك، مما لا يؤثر فيه، من غير إذنه، إذا لم يدخل إليه في مكان محوط عليه. ولا يحل لصاحبه المنع من ذلك؛ لما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «ثلاثة لا ينظر الله إليهم، ولا يزكيهم، ولهم عذاب أليم رجل كان بفضل ماء بالطريق، فمنعه ابن السبيل» . رواه البخاري، وعن بهيسة، عن أبيها، أنه قال: «يا نبي الله، ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: الماء. قال: يا نبي الله، ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: الملح. قال: يا نبي الله، ما الشيء الذي لا يحل منعه؟ قال: أن تفعل الخير خير لك.» رواه أبو داود.

ولأن ذلك لا يؤثر فيه في العادة، وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر. فأما ما يؤثر فيه كسقي الماشية الكثيرة، ونحو ذلك، فإن فضل الماء عن حاجة صاحبه، لزمه بذله لذلك، وإن لم يفضل، لم يلزمه وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع.

[فصل كان النهر أو الساقية مشتركا بين جماعة]

(٤٣٥٩) فصل: إذا كان النهر أو الساقية مشتركا بين جماعة، فإن أرادوا إكراءه أو سد بثق فيه، أو إصلاح حائطه، أو شيء منه، كان ذلك عليهم على حسب ملكهم فيه، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض، اشترك الكل في إكرائه وإصلاحه، إلى أن يصلوا إلى الأول، ثم لا شيء على الأول، ويشترك الباقون حتى يصلوا إلى الثاني، ثم يشترك من بعده كذلك، كلما انتهى العمل إلى موضع واحد منهم، لم يكن عليه فيما بعده شيء. وبهذا قال الشافعي. وحكي ذلك عن أبي حنيفة

وقال أبو يوسف، ومحمد: يشترك جميعهم في إكرائه كله، لأنهم ينتفعون بجميعه، فإن ما جاوز الأول مصب لمائه، وإن لم يسق أرضه. **ولنا** أن الأول إنما ينتفع بالماء الذي في موضع شربه، وما بعده إنما يختص بالانتفاع به من دونه، فلا يشاركهم في مؤنته، كما لا يشاركهم في نفعه، فإن كان يفضل عن جميعهم منه ما يحتاج إلى مصرف، فمؤنة ذلك المصرف على جميعهم؛ لأنهم يشتركون في الحاجة إليه، والانتفاع به، فكانت مؤنته عليهم كلهم، كأوله.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٣٤

[مسألة إحياء الأرض أن يحوط عليها حائطا]

(٤٣٦٠) مسألة قال: (وإحياء الأرض أن يحوط عليها حائطا) ظاهر كلام الخرقي، أن تحويط الأرض إحياء لها، سواء أرادها للبناء، أو للزرع، أو حظيرة للغنم، أو الخشب، أو غير ذلك. ونص عليه أحمد، في رواية علي بن سعيد، فقال: الإحياء أن يحوط عليها حائطا، أو يحفر فيها بئرا أو نهرا. ولا يعتبر في ذلك تسقيف؛ وذلك لما روى الحسن، عن سمرة، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «من أحاط حائطا على أرض، فهي له» . رواه أبو داود، والإمام أحمد، في " مسنده ".

ويروى عن جابر، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – مثله. ولأن الحائط حاجز منيع، فكان." (١)

"[فصل كان لإنسان شجرة في موات]

(٤٣٦٣) فصل: وإذا كان لإنسان شجرة في موات، فله حريمها قدر ما تمد إليه أغصانها حواليها، وفي النخلة مد جريدها؛ لما روى أبو داود، بإسناده عن أبي سعيد، قال: «اختصم إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – في حريم نخلة، فأمر بجريدة من جرائدها فذرعت، فكانت سبعة أذرع أو خمسة أذرع، فقضى بذلك» . وإن غرس شجرة في موات، فهي له وحريمها. وإن سبق إلى شجر مباح، كالزيتون والخروب، فسقاه وأصلحه، فهو أحق به، كالمتحجر الشارع في الإحياء، فإن طعمه ملكه بذلك وحريمه؛ لأنه تهيأ للانتفاع به لما يراد منه، فهو كسوق الماء إلى الأرض الموات.

ولقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به» .

[فصل له بئر فيها ماء فحفر آخر قريبا منها بئرا ينسرق إليها ماء البئر الأولى]

(٤٣٦٤) فصل: ومن كانت له بئر فيها ماء، فحفر آخر قريبا منها بئرا ينسرق إليها ماء البئر الأولى، فليس له ذلك، سواء كان محتفر الثانية في ملكه، مثل رجلين متجاورين في دارين، حفر أحدهما في داره بئرا، ثم حفر الآخر بئرا أعمق منها، فسرى إليها ماء الأولى، أو كانتا في موات، فسبق أحدهما، فحفر بئرا، ثم جاء آخر فحفر قريبا منها بئرا تجتذب ماء الأولى. ووافق الشافعي في هذه الصورة الثانية؛ لأنه ليس له أن يبتدئ ملكه على وجه يضر بالمالك قبله. وقال في الأولى: له ذلك؛ لأنه تصرف مباح في ملكه، فجاز له فعله، كتعلية داره

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٦/٥

وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره، مثل أن يجعل داره مدبغة، أو حماما يضر بعقار جاره بحمي ناره ورماده ودخانه، أو يحفر في أصل حائطه حشا يتأذى جاره برائحته وغيرها، أو يجعل داره مخبزا في وسط العطارين ونحوه، مما يؤذي جيرانه، فلا يحل له ذلك. وقال الشافعي: له ذلك كله، لأنه تصرف مباح في ملكه، أشبه بناءه ونقضه. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار» . ولأنه إحداث ضرر بجاره، فلم يجز، كالدق الذي يهز الحيطان ويخربها، وكإلقاء السماد والتراب ونحوه في أصل حائطه على وجه يضر به

ولو كان لرجل مصنع ماء، فأراد جاره غرس شجرة تين قريبا منه أو نحوها مما تسري عروقه فتشق حائط مصنع جاره، ويتلفه، لم يملك ذلك، وكان لجاره منعه وقلعها إن غرسها. ولو كان هذا الذي يحصل." (١)

"قال الحميدي: تصدق أبو بكر - رضي الله عنه - بداره على ولده، وعمر بربعه عند المروة على ولده وعثمان برومة، وتصدق علي بأرضه بينبع، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده، وتصدق سعد بداره بالمدينة وداره بمصر على ولده، وعمرو بن العاص بالوهط وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده، فذلك كله إلى اليوم.

وقال جابر: لم يكن أحد من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - ذو مقدرة إلا وقف. وهذا إجماع منهم، فإن الذي قدر منهم على الوقف وقف، واشتهر ذلك، فلم ينكره أحد، فكان إجماعا، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية، فإذا نجزه حال الحياة لزم من غير حكم، كالعتق.

وحديث عبد الله بن زيد إن ثبت، فليس فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف، استناب فيها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرأى والديه أحق الناس بصرفها إليهما، ولهذا لم يردها عليه، إنما دفعها إليهما. ويحتمل أن الحائط كان لهما، وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما، فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما، فلم ينفذاه، وأتيا النبي - صلى الله عليه وسلم - فرده إليهما. والقياس على الصدقة لا يصح؛ لأنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم، وإنما تفتقر إلى القبض، والوقف لا يفتقر إليه، فافترقا.

[مسألة من وقف في صحة من عقله وبدنه على قوم وأولادهم وعقبهم ثم آخره للمساكين]

[الفصل الأول الوقف إذا صح زال به ملك الواقف عنه]

(٤٣٦٧) مسألة قال أبو القاسم، رحمة الله عليه: (ومن وقف في صحة من عقله وبدنه، على قوم وأولادهم

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٤٤٠

وعقبهم ثم آخره للمساكين، فقد زال ملكه عنه) .

(٤٣٦٨) في هذه المسألة فصول ثلاثة: أحدها: أن الوقف إذا صح، زال به ملك الواقف عنه، في الصحيح من المذهب. وهو المشهور من مذهب الشافعي، ومذهب أبي حنيفة. وعن أحمد: لا يزول ملكه

وهو قول مالك، وحكي قولا للشافعي - رضي الله عنه -؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «احبس الأصل، وسبل الثمرة» . ولنا أنه سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة، فأزال الملك، كالعتق، ولأنه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته، كالملك المطلق، وأما الخبر، فالمراد به أن يكون محبوسا، لا يباع ولا يوهب ولا يورث.." (١)

"ثم ينتقل إلى من بعده؟ على وجهين. وسنذكر ذلك في الوقف المنقطع الابتداء، إن شاء الله تعالى.

[فصل ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم]

(٤٣٧١) فصل: وينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليهم، في ظاهر المذهب. قال أحمد: إذا وقف داره على ولد أخيه، صارت لهم. وهذا يدل على أنهم ملكوه، وروي عن أحمد، أنه لا يملك، فإن جماعة نقلوا عنه، في من وقف على ورثته في مرضه: يجوز؛ لأنه لا يباع ولا يورث، ولا يصير ملكا للورثة، وإنما ينتفعون بغلتها. وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون

ويحتمل أن يريد بقوله لا يملكون، أن لا يملكون التصرف في الرقبة، فإن فائدة الملك وآثاره ثابتة في الوقف. وعن الشافعي من الاختلاف نحو ما حكيناه. وقال أبو حنيفة: لا ينتقل الملك في الوقف اللازم، بل يكون حقا لله تعالى؛ لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القربة، بتمليك المنفعة، فانتقل الملك إلى الله تعالى، كالعتق. ولنا أنه سبب يزيل ملك الواقف، وجد إلى من يصح تمليكه على وجه لم يخرج المال عن ماليته، فوجب أن ينقل الملك إليه، كالهبة، والبيع.

ولأنه لو كان تمليك المنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والسكنى، ولم يزل ملك الواقف عنه كالعارية، ويفارق العتق، فإنه أخرجه عن المالية، وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك، كأم الولد.

[فصل ألفاظ الوقف ستة]

(٤٣٧٢) فصل: وألفاظ الوقف ستة، ثلاثة صريحة، وثلاثة كناية، فالصريحة: وقفت، وحبست، وسبلت.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٦

متى أتى بواحدة من هذه الثلاث، صار وقفا من غير انضمام أمر زائد؛ لأن هذه الألفاظ ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس، وانضم إلى ذلك عرف الشرع، بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمر: «إن شئت حبست أصلها، وسبلت ثمرتها» . فصارت هذه الألفاظ في الوقف كلفظ التطليق في الطلاق

وأما الكناية فهي: تصدقت، وحرمت، وأبدت. فليست صريحة؛ لأن لفظة الصدقة والتحريم مشتركة، فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات، والتحريم يستعمل في الظهار والأيمان، ويكون تحريما على نفسه وعلى غيره، والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم، وتأبيد الوقف، ولم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال، فلا يحصل الوقف بمجردها، ككنايات الطلاق فيه. فإن انضم إليها أحد ثلاثة أشياء، حصل الوقف بها أحدها أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الألفاظ الخمسة، فيقول: صدقة موقوفة، أو محبسة، أو مسبلة، أو محرمة، أو مؤبدة

أو يقول: هذه محرمة موقوفة، أو محبسة، أو مسبلة، أو مؤبدة.." (١)

"[فصل شرط الواقف أن يأكل أهله من الوقف]

(٤٣٧٦) فصل: وإن شرط أن يأكل أهله منه، صح الوقف والشرط؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - شرط ذلك في صدقته. وإن اشترط أن يأكل من وليه منه، ويطعم صديقا جاز؛ لأن عمر - رضي الله عنه - شرط ذلك في صدقته، التي استشار فيها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فإن وليها الواقف، كان له أن يأكل ويطعم صديقا؛ لأن عمر ولي صدقته

وإن وليها أحد من أهله، كان له ذلك؛ لأن حفصة بنت عمر كانت تلي صدقته بعد موته، ثم وليها بعدها عبد الله بن عمر.

[فصل شرط الواقف أن يبيع الوقف متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه]

(٤٣٧٧) فصل: وإن شرط أن يبيعه متى شاء، أو يهبه، أو يرجع فيه، لم يصح الشرط، ولا الوقف. لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه ينافي مقتضى الوقف. ويحتمل أن يفسد الشرط، ويصح الوقف، بناء على الشروط الفاسدة في البيع. وإن شرط الخيار في الوقف، فسد

نص عليه أحمد. وبه قال الشافعي. وقال أبو يوسف، في رواية عنه: يصح؛ لأن الوقف تمليك المنافع، فجاز شرط الخيار فيه، كالإجارة. **ولنا**، أنه شرط ينافي مقتضى العقد فلم يصح، كما لو شرط أن له بيعه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٦

متى شاء، ولأنه إزالة ملك لله تعالى، فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالعتق، ولأنه ليس بعقد معاوضة، فلم يصح اشتراط الخيار فيه، كالهبة. ويفارق الإجارة، فإنها عقد معاوضة، وهي نوع من البيع، ولأن الخيار إذا دخل في العقد، منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار أو التصرف، وهاهنا لو ثبت الخيار، لثبت مع ثبوت حكم الوقف، ولم يمنع التصرف، فافترقا.

[فصل شرط الواقف في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم]

(٤٣٧٨) فصل: وإن شرط في الوقف أن يخرج من شاء من أهل الوقف، ويدخل من شاء من غيرهم، لم يصح؛ لأنه شرط ينافي مقتضى الوقف، فأفسده. كما لو شرط أن لا ينتفع به. وإن شرط للناظر أن يعطي من يشاء من أهل الوقف، ويحرم من يشاء، جاز؛ لأن ذلك ليس بإخراج للموقوف عليه من الوقف، وإنما علق استحقاق الوقف بصفة، فكأنه جعل له حقا في الوقف، إذا اتصف بإرادة الوالي لعطيته، ولم يجعل له حقا إذا انتفت تلك الصفة فيه، فأشبه ما لو وقف على المشتغلين بالعلم من ولده، فإنه يستحق منهم من اشتغل به دون من لم يشتغل، فلو ترك المشتغل الاشتغال زال استحقاقه، وإذا عاد إليه عاد استحقاقه والله أعلم.

[فصل جعل علو داره مسجدا دون سفلها أو سفلها دون علوها]

(٤٣٧٩) فصل: إذا جعل علو داره مسجدا دون سفلها، أو سفلها دون علوها، صح، وقال أبو حنيفة: لا يصح؛ لأن المسجد يتبعه هواؤه.." [١]

"ولنا أنه يصح بيعها، كذلك يصح وقفه، كالدار جميعها، ولأنه تصرف يزيل الملك إلى من يثبت له حق الاستقرار والتصرف، فجاز فيما ذكرنا كالبيع.

[فصل جعل وسط داره مسجدا ولم يذكر الاستطراق]

(٤٣٨٠) فصل: وإن جعل وسط داره مسجدا، ولم يذكر الاستطراق، صح، وقال أبو حنيفة: لا يصح حتى يذكر الاستطراق. ولنا أنه عقد يبيح الانتفاع، من ضرورته الاستطراق، فصح، وإن لم يذكر الاستطراق، كما لو أجر بيتا من داره.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦

[فصل وقف على نفسه ثم على المساكين أو على ولده]

(٤٣٨١) فصل: إذا وقف على نفسه، ثم على المساكين، أو على ولده، ففيه روايتان إحداهما، لا يصح؛ فإنه قال، في رواية أبي طالب، وقد سئل عن هذا، فقال: لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله، وفي سبيل الله، فإذا وقفه عليه حتى يموت، فلا أعرفه. فعلى هذه الرواية يكون الوقف عليه باطلا. وهل يبطل الوقف على من بعده؟ على وجهين، بناء على الوقف المنقطع الابتداء. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن الوقف تمليك للرقبة والمنفعة، ولا يجوز أن يملك الإنسان نفسه من نفسه، كما لا يجوز أن يبيع نفسه مال نفسه، ولأن الوقف على نفسه إنما حاصله منع نفسه التصرف في رقبة الملك، فلم يصح ذلك، كما لو أفرده بأن يقول: لا أبيع هذا ولا أهبه ولا أورثه

ونقل جماعة أن الوقف صحيح، اختاره ابن أبي موسى. قال ابن عقيل: وهي أصح. وهو قول ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبي يوسف، وابن سريج؛ لما ذكرنا فيما إذا اشترط أن يرجع إليه شيء من منافعه، ولأنه يصح أن يقف وقفا عاما فينتفع به، كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه، والأول أقيس.

[مسألة وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم]

(٤٣٨٢) مسألة؛ قال: (والباقي على من وقف عليه وأولاده الذكور والإناث من أولاد البنين بينهم بالسوية، إلا أن يكون الواقف فضل بعضهم) في هذه المسألة فصول أربعة: (٤٣٨٣) الأول: أنه إذا وقف على قوم وأولادهم وعقبهم ونسلهم، كان الوقف بين القوم وأولادهم، ومن حدث من نسلهم، على سبيل الاشتراك، إن لم تقترن به قرينة تقتضي ترتيبا؛ لأن الواو تقتضي الاشتراك، فإذا اجتمعوا اشتركوا، ولم يقدم بعضهم على بعض، ويشارك الآخر الأول، وإن كان من البطن العاشر، وإذا حدث حمل لم يشارك حتى ينفصل؛ لأنه يحتمل أن لا يكون حملا، فلا يثبت له حكم الولد قبل انفصاله.." (١)

"في الوقف. وذكر أن أحمد قال في رجل قال: وقفت هذه الضيعة، على ولدي فلان وفلان، وعلى ولد ولدي. وله ولد غير هؤلاء، قال: يشتركون في الوقف. واحتج القاضي بأن قوله: ولدي. يستغرق الجنس، فيعم الجميع، وقوله: فلان وفلان.

تأكيد لبعضهم، فلا يوجب إخراج بقيتهم، كالعطف في قوله تعالى: ﴿من كان عدوا لله وملائكته ورسله

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٦

وجبريل وميكال﴾ [البقرة: ٩٨] . **ولنا** أنه أبدل بعض الولد من اللفظ المتناول للجميع، فاختص بالبعض المبدل، كما لو قال: على ولدي فلان. وذلك لأن بدل البعض يوجب اختصاص الحكم به، كقول الله تعالى: ﴿ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا﴾ [آل عمران: ٩٧]

لما خص المستطيع بالذكر، اختص الوجوب به. ولو قال: ضربت زيدا رأسه. ورأيت زيدا وجهه. اختص الضرب بالرأس، والرؤية بالوجه. ومنه قول الله تعالى: ﴿ويجعل الخبيث بعضه على بعض﴾ [الأنفال: ٣٧] . وقول القائل: طرحت الثياب بعضها فوق بعض. فإن الفوقية تختص بالبعض مع عموم اللفظ الأول كذا هاهنا. وفارق العطف، فإن عطف الخاص على العام يقتضي تأكيده، لا تخصيصه. وقول أحمد: هم شركاء. يحتمل أن يعود إلى أولاد أولاده، أي يشترك أولاد الموقوف عليهما وأولاد غيرهم؛ لعموم لفظ الواقف فيهم، ويتعين حمل كلامه عليه، لقيام الدليل عليه. ولو قال: على ولدي فلان وفلان، ثم على المساكين. خرج فيه من الخلاف مثل ما ذكرنا.

ويحتمل على قول القاضي أن يدخل في الوقف ولد ولده؛ لأننا قد ذكرنا من قبل أن ظاهر كلام أحمد أن قوله: وقفت على ولدي. يتناول نسله وعاقبته كلها.

[فصل وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل]

(٤٣٩٠) فصل: ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره، وفيهم حمل، لم يستحق شيئا قبل انفصاله؛ لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله. قال أحمد، في رواية جعفر بن محمد، في من وقف نخلا على قوم، وما توالدوا، ثم ولد مولود: فإن كانت النخل قد أبرت، فليس له فيه شيء، وهو للأول، وإن لم تكن قد أبرت، فهو معهم. وإنما قال ذلك لأنها قبل التأبير تتبع الأصل في البيع، وهذا المولود يستحق نصيبه من الأصل فيتبعه حصته من الثمرة، كما لو اشترى ذلك النصيب من الأصل.

وبعد التأبير لا تتبع الأصل، ويستحقها من كان له الأصل، فكانت للأول؛ لأن الأصل كان كله له، فاستحق ثمرته، كما لو باع هذا النصيب." (١)

"فيه، فقال: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] . تساووا فيه، ولم يفضل بعضهم على بعض. وليس كذلك في ميراث ولد الأبوين وولد الأب، فإن الله تعالى قال: ﴿وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١٧٦] . ولا أعلم في هذا خلافا.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥/٦

(٤٣٩٣) الفصل الرابع: أنه إذا فضل بعضهم على بعض، فهو على ما قال، فلو قال: وقفت على أولادي، وأولاد أولادي، على أن للذكر سهمين، وللأنثى سهما، أو للذكر مثل حظ الأنثيين، أو على حسب ميراثهم، أو على حسب فرائضهم، أو بالعكس من هذا، أو على أن للكبير ضعف ما للصغير، أو للعالم ضعف ما للجاهل، أو للعائل ضعف ما للغني، أو عكس ذلك، أو عين بالتفضيل واحدا معينا، أو ولده، أو ما أشبه هذا، فهو على ما قال؛ لأن ابتداء الوقف مفوض إليه، فكذلك تفضيله وترتيبه

وكذلك إن شرط إخراج بعضهم بصفة ورده بصفة مثل أن يقول: من تزوج منهم فله، ومن فارق فلا شيء له، أو عكس ذلك، أو من حفظ القرآن فله، ومن نسيه فلا شيء له، ومن اشتغل بالعلم فله، ومن ترك فلا شيء له، أو من كان على مذهب كذا فله، ومن خرج منه فلا شيء له. فكل هذا صحيح على ما شرط. وقد روى هشام بن عروة، أن الزبير جعل دوره صدقة على بنيه لا تباع ولا توهب، وأن للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرة ولا مضر بها، فإن استغنت بزوج فلا حق لها في الوقف.

وليس هذا تعليقا للوقف بصفة، بل الوقف مطلق والاستحقاق له بصفة. وكل هذا مذهب الشافعي. ولا نعلم فيه خلافا.

[فصل المستحب أن يقسم الوقف على أولاده على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم]

(٤٣٩٤) فصل: والمستحب أن يقسم الوقف على أولاده، على حسب قسمة الله تعالى الميراث بينهم، للذكر مثل حظ الأنثيين. وقال القاضي: المستحب التسوية بين الذكر والأنثى؛ لأن القصد القربة على وجه الدوام، وقد استووا في القرابة. ولنا أنه إيصال للمال إليهم، فينبغي أن يكون بينهم على حسب الميراث، كالعطية، ولأن الذكر في مظنة الحاجة أكثر من الأنثى؛ لأن كل واحد منهما في العادة يتزوج، ويكون له الولد، فالذكر تجب عليه نفقة امرأته وأولاده، والمرأة ينفق عليها زوجها ولا يلزمها نفقة أولادها، وقد فضل الله الذكر." (١)

"مثل أن يقف على قوم يجوز انقراضهم بحكم العادة، ولم يجعل آخره للمساكين، ولا لجهة غير منقطعة، فإن الوقف يصح. وبه قال مالك، وأبو يوسف، والشافعي في أحد قوليه. وقال محمد بن الحسن: لا يصح. وهو القول الثاني للشافعي؛ لأن الوقف مقتضاه التأبيد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٨

فإذا كان منقطعا صار وقفا على مجهول، فلم يصح، كما لو وقف على مجهول في الابتداء. **ولنا** أنه تصرف معلوم المصرف، فصح، كما لو صرح بمصرفه المتصل، ولأن الإطلاق إذا كان له عرف، حمل عليه، كنقد البلد وعرف المصرف، وهاهنا هم أولى الجهات به، فكأنه عينهم. إذا ثبت هذا فإنه ينصرف عند انقراض الموقوف عليهم إلى أقارب الواقف. وبه قال الشافعي. وعن أحمد رواية أخرى، أنه ينصرف إلى المساكين واختاره القاضي، والشريف أبو جعفر؛ لأنه مصرف الصدقات وحقوق الله تعالى من الكفارات ونحوها، فإذا وجدت صدقة غير معينة المصرف، انصرفت إليهم، كما لو نذر صدقة مطلقة. وعن أحمد رواية ثالثة، أنه يجعل في بيت مال المسلمين؛ لأنه مال لا مستحق له، فأشبه مال من لا وارث له. وقال أبو يوسف: يرجع إلى الواقف وإلى ورثته، إلا أن يقول: صدقة موقوفة، ينفق منها على فلان وعلى فلان.

فإذا انقرض المسمى كانت للفقراء والمساكين. لأنه جعلها صدقة على مسمى، فلا تكون على غيره، ويفارق ما إذا قال: ينفق منها على فلان وفلان. فإنه جعل الصدقة مطلقة. **ولنا** أنه أزال ملكه لله تعالى، فلم يجز أن يرجع إليه، كما لو أعتق عبدا، والدليل على صرفه إلى أقارب الواقف، أنهم أولى الناس بصدقته، بدليل قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صدقتك على غير رحمك صدقة، وصدقتك على رحمك صدقة وصلة»

وقال - صلى الله عليه وسلم -: «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» .

ولأن فيه إغناءهم وصلة أرحامهم، لأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات، كذلك صدقته المنقولة. إذا ثبت هذا، فإنه في ظاهر كلام الخرقي، وظاهر كلام أحمد، يكون للفقراء منهم والأغنياء؛ لأن الوقف لا يختص الفقراء، ولو وقف على أولاده، تناول الفقراء والأغنياء، كذا هاهنا. وفيه وجه آخر، أنه يختص الفقراء منهم، لأنهم أهل الصدقات دون الأغنياء، ولأنا خصصناهم بالوقف لكونهم أولى الناس بالصدقة، وأولى الناس بالصدقة الفقراء دون الأغنياء

واختلفت الرواية في من يستحق الوقف من أقرباء الواقف، ففي إحدى الروايتين، يرجع إلى الورثة منهم؛ لأنهم الذين صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه، فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفا، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إنك." (١)

"[مسألة وقف في مرضه الذي مات فيه أو قال هو وقف بعد موتي]

(٤٤٠٤) مسألة قال: (ومن وقف في مرضه الذي مات فيه، أو قال: هو وقف بعد موتي. ولم يخرج من

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٢

الثلث، وقف منه بقدر الثلث، إلا أن تجيز الورثة) وجملته أن الوقف في مرض الموت، بمنزلة الوصية، في اعتباره من ثلث المال؛ لأنه تبرع، فاعتبر في مرض الموت من الثلث، كالعتق والهبة

وإذا خرج من الثلث، جاز من غير رضا الورثة ولزم، وما زاد على الثلث، لزم الوقف منه في قدر الثلث، ووقف الزائد على إجازة الورثة. لا نعلم في هذا خلافا عند القائلين بلزوم الوقف؛ وذلك لأن حق الورثة تعلق بالمال بوجود المرض، فمنع التبرع بزيادة على الثلث، كالعطايا والعتق. فأما إذا قال: هو وقف بعد موتي. فظاهر كلام الخرقي أنه يصح، ويعتبر من الثلث كسائر الوصايا

وهو ظاهر كلام الإمام أحمد. وقال القاضي: لا يصح هذا؛ لأنه تعليق للوقف على شرط، وتعليق الوقف على شرط غير جائز، بدليل ما لو علقه على شرط في حياته، وحمل كلام الخرقي على أنه قال: قفوا بعد موتي. فيكون وصية بالوقف لا إيقافا.

وقال أبو الخطاب: قول الخرقي هذا يدل على جواز تعليق الوقف على شرط. **ولنا** على صحة الوقف بالمعلق بالموت، ما احتج به الإمام أحمد - رضي الله عنه - أن عمر وصى، فكان في وصيته: هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث، أن ثمغا صدقة. وذكر بقية الخبر وقد ذكرناه في غير هذا الموضع، ورواه أبو داود بنحو من هذا، وهذا نص في مسألتنا، ووقفه هذا كان بأمر النبي - صلى الله عليه وسلم -

ولأنه اشتهر في الصحابة، فلم ينكر، فكان إجماعا، ولأن هذا تبرع معلق بالموت، فصح كالهبة والصدقة المطلقة، أو نقول: صدقة معلقة بالموت، فأشبهت غير الوقف. ويفارق هذا التعليق على شرط في الحياة، بدليل الهبة المطلقة، والصدقة، وغيرهما، وذلك لأن هذا وصية، والوصية أوسع من التصرف في الحياة، بدليل جوازها بالمجهول والمعدوم، وللمجهول، وللحمل

وغير ذلك، وبهذا يتبين فساد قياس من قاس على هذا الشرط بقية الشروط.

[فصل تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة]

(٤٤٠٥) فصل: ولا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فداري وقف، أو فرسي حبيس، أو إذا ولد لي ولد، أو إذا قدم لي غائبي. ونحو ذلك. ولا نعلم في هذا خلافا؛ لأنه نقل للملك فيما لم يبن على التغليب والسراية، فلم يجز تعليقه على شرط كالهبة

وسوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت، وتعليقه بشرط في الحياة. ولا يصح؛ لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا.." (١)

"إنما أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – عمر بالإيقاف، وليس في الحديث الوارث. قال: فإذا كان النبي – صلى الله عليه وسلم – أمره وهو ذا قد وقفها على ورثته، وحبس الأصل عليهم جميعا، ولأن الوقف ليس في معنى الملك؛ لأنه لا يجوز التصرف فيه، فهو كعتق الوارث. ولنا أنه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه، فمنع منه، كالهبات ولأن كل من لا تجوز له الوصية بالعين، لا تجوز بالمنفعة، كالأجنبي فيما زاد على الثلث

وأما خبر عمر، فإنه لم يخص بعض الورثة بوقفه، والنزاع إنما هو في تخصيص بعضهم. وأما جعل الولاية لحفصة، فليس ذلك وقفا عليها، فلا يكون ذلك واردا في محل النزاع، وكونه انتفاعا بالغلة لا يقتضي جواز التخصيص، بدليل ما لو أوصى لورثته بمنفعة عبد، لم يجز. ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية الجماعة، على أنه وقف على جميع الورثة، ليكون على وفق حديث عمر، وعلى وفق الدليل الذي ذكرنا.

[فصل وقف داره بين ابنه وبنته نصفين في مرض موته]

(٤٤٠٩) فصل: فإن وقف داره، وهي تخرج من الثلث، بين ابنه وبنته نصفين، في مرض موته، فعلى رواية الجماعة يصح الوقف، ويلزم؛ لأنه لما كان يجوز له تخصيص البنت بوقف الدار كلها، فبنصفها أولى. وعلى الرواية التي نصرناها، إن أجاز الابن ذلك جاز، وإن لم يجزه بطل الوقف فيما زاد على نصيب البنت، وهو السدس، ويرجع إلى الابن ملكا، فيكون له النصف وقفا، والسدس ملكا مطلقا، والثلث للبنت جميعه وقفا

ويحتمل أن يبطل الوقف في نصف ما وقف على البنت، وهو الربع، ويبقى ثلاثة أرباع الدار وقفا، نصفها للابن، وربعها للبنت، والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثا، للابن ثلثاه، وللبنت ثلثه، وتصح المسألة من اثني عشر؛ للابن ستة أسهم وقفا وسهمان ملكا، وللبنت ثلاثة أسهم وقفا وسهم ملكا. ولو وقفها على ابنه وزوجته نصفين، وهي تخرج من الثلث، فرد الابن، صح الوقف على الابن في نصفها، وعلى المرأة في ثمنها، وللابن إبطال الوقف في ثلاثة أثمانها، فترجع إليه ملكا على الوجه الأول.

وعلى الوجه الثاني، يصح الوقف على الابن في نصفها، وهو أربعة أسباع نصيبه، ويرجع إليه باقي نصيبه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٥

ملكا، ويصح الوقف في أربعة أسباع الثمن الذي للمرأة، وباقيه يكون لها ملكا، فاضرب سبعة في ثمانية، تكون ستة وخمسين، للابن ثمانية وعشرون وقفا، وأحد وعشرون ملكا، وللمرأة أربعة أسهم وقفا، وثلاثة ملكا. وهكذا ذكر أصحاب الشافعي. فأما إن كانت الدار جميع ملكه، فوقفها كلها، فعلى ما اخترناه. الحكم فيها كما لو كانت تخرج من الثلث، فإن الوارث في جميع المال كالأجنبي في الزائد عن الثلث، وأما على ما رواه الجماعة، فإن الوقف يلزم." (١)

"لا تحملها العاقلة

وإن كان الوقف على المساكين، فينبغي أن يكون الأرش في كسبه؛ لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه، ولا يمكن تعلقه برقبته، لتعذر بيعها فتعين في كسبه. ويحتمل أن يجب في بيت المال.

(٤٤١٨) فصل: وإن جني على الوقف جناية موجبة للمال، وجب؛ لأن ماليته لم تبطل، ولو بطلت ماليته لم يبطل أرش الجناية عليه فإن الحر يجب أرش الجناية عليه، فإن قتل وجبت قيمته، وليس للموقوف عليه العفو عنها؛ لأنه لا يختص بها ويشترى بها مثل المجني عليه يكون وقفا

وقال بعض الشافعية: يختص الموقوف عليه بالقيمة إن قلنا: إنه يملك الموقوف، لأنه بدل ملكه. **ولنا** أنه ملك لا يختص به، فلم يختص ببدله، كالعبد المشترك والمرهون، وبيان عدم الاختصاص ظاهر، فإنه يتعلق به حق البطن الثاني، فلم يجز إبطاله. ولا نعلم قدر ما يستحق هذا منه فنعفو عنه فلم يصح العفو عن شيء منه، كما لو أتلف رجل رهنا، أخذت منه قيمته فجعلت رهنا، ولم يصح عفو واحد منهما عنه

وإن كانت الجناية عمدا محضا من مكافئ له، فالظاهر أنه لا يجب القصاص؛ لأنه محل لا يختص به الموقوف عليه، فلم يجز أن يقتص من قاتله، كالعبد المشترك. وقال بعض أصحاب الشافعي: يكون ذلك إلى الإمام، فإن قطعت يد العبد أو طرف من أطرافه، فالقصاص له، وله استيفاؤه؛ لأنه لا يشاركه فيه غيره، وإن كان القطع لا يوجب القصاص، أو يوجبه فعفي عنه، وجب نصف قيمته، فإن أمكن أن يشترى بها عبد كامل، وإلا اشتري بها شقص من عبد.

[فصل تزويج الأمة الموقوفة]

(٤٤١٩) فصل: ويجوز تزويج الأمة الموقوفة؛ لأنه عقد على منفعتها، أشبه الإجارة، ولأن الموقوف عليه لا يملك استيفاء هذه المنفعة، فلا يتضرر بتمليك غيره إياها، ووليها الموقوف عليه؛ لأنها ملكه، والمهر

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٧

له؛ لأنه بدل نفعها، أشبه الأجر في الإجارة. ويحتمل أن لا يجوز تزويجها؛ لأنه عقد على نفعها في العمر، فيفضي إلى تفويت نفعها في حق البطن الثاني.

ولأن النكاح يتعلق به حقوق؛ من وجوب تمكين الزوج من استمتاعها، ومبيتها عنده، فتفوت خدمتها في الليل على البطن الثاني، إلا أن تطلب التزويج، فيتعين تزويجها؛ لأنه حق لها طلبته، فتتعين الإجابة إليه، وما فات من الحق به، فات تبعا لإيفائها حقها، فوجب ذلك، كما يجب تزويج الأمة غير الموقوفة وإذا طلبت ذلك. وإذا زوجها فولدت من الزوج، فولدها وقف معها؛ لأن ولد كل ذات رحم تثبت لها حرمة حكمه حكمها، كأم الولد والمكاتبة

وإن أكرهها أجنبي، فوطئها، أو طاوعته، فعليه الحد إذا انتفت الشبهة، وعليه المهر لأهل الوقف؛ لأنه وطئ جارية غيره، أشبه الأمة المطلقة، وولدها يكون." (١)

"وقفا معها. وإن وطئها بشبهة يعتقدها حرة، فالولد حر، ولو كان الواطئ عبدا، وتجب قيمته؛ لأنه كان من سبيله أن يكون مملوكا، فمنعه اعتقاد الحرية من الرق، فوجبت قيمته يشترى بها عبد يكون وقفا، وتعتبر قيمته يوم تضعه حيا؛ لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك.

[فصل وطء الأمة الموقوفة]

(٤٤٢٠) فصل: وليس للموقوف عليه وطء الأمة الموقوفة؛ لأنا لا نأمن حبلها، فتنقص أو تتلف أو تخرج من الوقف بكونها أم ولد؛ لأن ملكه ناقص، فإن وطئ، فلا حد عليه؛ للشبهة، ولا مهر عليه؛ لأنه لو وجب لوجب له، ولا يجب للإنسان شيء على نفسه، والولد حر؛ لأنه من وطء شبهة. وعليه قيمة الولد، يشترى بها عبد مكانه وتصير أم ولد؛ لأنه أحبلها بحر في ملكه. فإذا مات عتقت، ووجبت قيمتها في تركته؛ لأنه أتلفها على من بعده من البطون، فيشترى بها جارية تكون وقفا مكانها

وإن قلنا: إن الموقوف عليه لا يملكها. لم تصر أم ولد له؛ لأنها غير مملوكة له.

[فصل عتق العبد الموقوف]

(٤٤٢١) فصل: وإن أعتق العبد الموقوف، لم ينفذ عتقه؛ لأنه يتعلق به حق غيره، ولأن الوقف لازم، فلا يمكن إبطاله. وإن كان نصف العبد وقفا، ونصفه طلقا، فأعتق صاحب الطلق، لم يسر عتقه إلى الوقف

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٢

لأنه إذا لم يعتق بالمباشرة فبالسراية أولى.

[مسألة حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق]

(٤٤٢٢) مسألة قال: (وإذا حصل في يد بعض أهل الوقف خمسة أوسق، ففيه الزكاة. وإذا صار الوقف للمساكين، فلا زكاة فيه) وجملة ذلك أن الوقف إذا كان شجرا فأثمر، أو أرضا فزرعت، وكان الوقف على قوم بأعيانهم، فحصل لبعضهم من الثمرة أو الحب نصاب ففيه الزكاة. وبهذا قال مالك، والشافعي

وروي عن طاوس ومكحول لا زكاة فيه، لأن الأرض ليست مملوكة لهم، فلم تجب عليهم زكاة في الخارج منها كالمساكين. **ولنا** أنه استغل من أرضه أو شجره نصابا، فلزمته زكاته، كغير الوقف. يحققه أن الوقف الأصل، و ا لثمرة طلق، والملك فيها تام، له التصرف فيها بجميع التصرفات، وتورث عنه فتجب فيها الزكاة، كالحاصلة من أرض مستأجرة له

وقولهم: إن الأرض غير مملوكة له. ممنوع. وإن سلمنا ذلك، فهو مالك لمنفعتها؛ ويكفي ذلك في وجوب الزكاة، بدليل الأرض المستأجرة. أما المساكين فلا زكاة عليهم فيما يحصل في أيديهم، سواء حصل في يد بعضهم نصاب من الحبوب والثمار، أو لم يحصل،." (١)

"[مسألة ما جاز بيعه وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه جاز وقفه]

(٤٤٢٨) مسألة؛ قال: (ويصح الوقف فيما عدا ذلك) وجملة ذلك أن الذي يجوز وقفه، ما جاز بيعه، وجاز الانتفاع به مع بقاء عينه، وكان أصلا يبقى بقاء متصلا، كالعقار، والحيوانات، والسلاح، والأثاث، وأشباه ذلك. قال أحمد، في رواية الأثرم: إنما الوقف في الدور والأرضين، على ما وقف أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. وقال في من وقف خمس نخلات على مسجد: لا بأس به. وهذا قول الشافعي

وقال أبو يوسف: لا يجوز وقف الحيوان، ولا الرقيق، ولا الكراع، ولا العروض، ولا السلاح، والغلمان، والبقر، والآلة في الأرض الموقوفة تبعا لها؛ لأن الحيوان لا يقاتل عليه، فلم يجز وقفه، كما لو كان الوقف إلى مدة. وعن مالك في الكراع والسلاح روايتان. **ولنا** أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أما خالد فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله.» متفق عليه. وفي رواية: وأعتده. أخرجه البخاري.

قال الخطابي: الأعتاد ما يعده الرجل من المركوب والسلاح وألة الجهاد. وروي أن أم معقل، «جاءت إلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٣

النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت يا رسول الله، إن أبا معقل جعل ناضحه في سبيل الله، وإني أريد الحج، أفأركبه؟ فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - اركبيه، فإن الحج والعمرة من سبيل الله»

ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، فصح وقفه، كالعقار والفرس الحبيس، ولأنه يصح وقفه مع غيره، فصح وقفه وحده، كالعقار.

(٤٤٢٩) فصل: قال أحمد - رحمه الله -، في رجل له دار في الربض، أو قطيعة، فأراد التنزه منها. قال: يقفها. قال: القطائع ترجع إلى الأصل إذا جعلها للمساكين. فظاهر هذا إباحة وقف السواد، وهو في الأصل وقف ومعناه أن وقفها يطابق الأصل لا أنها تصير بهذا القول وقفا.

[مسألة وقف المشاع]

(٤٤٣٠) مسألة قال: (ويصح وقف المشاع)." [1]

"[كتاب الهبة والعطية] [مسألة لا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه]

مسألة قال: (ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال أو يوزن إلا بقبضه) وجملة ذلك أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة. والصدقة والهدية متغايران؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يأكل الهدية، ولا يأكل الصدقة. وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة: «هو عليها صدقة، ولنا هدية»

فالظاهر أن من أعطى شيئا ينوي به إلى الله تعالى للمحتاج، فهو صدقة. ومن دفع إلى إنسان شيئا للتقرب إليه، والمحبة له، فهو هدية. وجميع ذلك مندوب إليه، ومحثوث عليه؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «تهادوا تحابوا» . وأما الصدقة، فما ورد في فضلها أكثر من أن يمكننا حصره، وقد قال الله تعالى: ﴿إن تبدوا الصدقات فنعما هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم﴾ [البقرة: ٢٧١]

إذا ثبت هذا، فإن المكيل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة إلا بالقبض. وهو قول أكثر الفقهاء منهم؛ النخعي والثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة والشافعي وقال مالك، وأبو ثور: يلزم ذلك بمجرد العقد؛ لعموم قوله - عليه السلام -: «العائد في هبته، كالعائد في قيئه» . ولأنه إزالة ملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد، كالوقف والعتق

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٦

وربما قالوا: تبرع، فلا يعتبر فيه القبض، كالوصية والوقف. ولأنه عقد لازم ينقل الملك، فلم يقف لزومه على القبض كالبيع. **ولنا** إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - فإن ما قلناه مروي عن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما -، ولم يعرف لهما في الصحابة مخالف، فروى عروة، عن عائشة - رضي الله عنها -، أن أبا بكر - رضي الله عنه -، نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض، قال: يا بنية، ما أحد أحب إلي غنى بعدي منك، ولا أحد أعز علي فقرا منك وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا، ووددت أنك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث أخواك وأختاك، فاقتسموا على كتاب الله عز وجل.

وروى ابن عيينة، عن الزهري، عن عروة، عن عبد الرحمن بن عبد القاري

أن عمر بن الخطاب، قال: ما بال أقوام ينحلون أولادهم، فإذا مات أحدهم، قال: مالي وفي يدي. وإذا مات هو، قال: كنت نحلته ولدي؟ لا نحلة إلا نحلة يحوزها الولد دون الوالد، فإن مات ورثه وروى عثمان." (١)

"أن الوالد يحوز لولده إذا كانوا صغارا. قال المروذي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي، أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة. ولأنها هبة غير مقبوضة، فلم تلزم، كما لو مات قبل أن يقبض، فإن مالكا يقول: لا يلزم الورثة التسليم، والخبر محمول على المقبوض، ولا يصح القياس على الوقف والوصية والعتق.

لأن الوقف إخراج ملك إلى الله تعالى، فخالف التمليكات، والوصية تلزم في حق الوارث، والعتق إسقاط حق وليس بتمليك، ولأن الوقف والعتق لا يكون في محل النزاع في المكيل والموزون.

(٤٤٣٩) فصل: وقول الخرقي (لا يصح) . يحتمل أن يريد لا يلزم. ويحتمل أن يريد لا يثبت بها الملك قبل القبض، فإن حكم الملك حكم الهبة، والصحة اعتبار الشيء في حق حكمه. وأما الصحة بمعنى انعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر وثبت حكمه، فلا يصح حمل لفظه على نفيه، لعدم الخلاف فيه، ولأنه قال في سياق المسألة: "كما يصح في البيع "

وقد تقرر في البيع أن بيع المكيل والموزون صحيح قبل القبض، وإنما ينتفي الضمان وإطلاقه في التصرفات. وقوله: " ما يكال وما يوزن " ظاهره العموم في كل موزون ومكيل، وخصه أصحابنا المتأخرون بما ليس بمتعين فيه، كالقفيز من صبرة، والرطل من زبدة. وقد ذكرنا ذلك في البيع، ورجحنا العموم.

[فصل الواهب بالخيار قبل القبض]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤١

(٤٤٤٠) فصل: والواهب بالخيار قبل القبض، إن شاء أقبضها وأمضاها، وإن شاء رجع فيها ومنعها. ولا يصح قبضها إلا بإذنه، فإن قبضها الموهوب له بغير إذنه لم تتم الهبة، ولم يصح القبض. وحكي عن أبي حنيفة أنه إذا قبضها في المجلس صح، وإن لم يأذن له؛ لأن الهبة قامت مقام الإذن في القبض، لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لا يتم إلا بالقبض. **ولنا** أنه قبض الهبة بغير إذن الواهب، فلم يصح، كما بعد المجلس، أو كما لو نهاه عن قبضها، ولأن التسليم غير مستحق على الواهب.

فلا يصح التسليم إلا بإذنه، كما لو أخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه. ولا يصح جعل الهبة إذنا في القبض، بدليل ما بعد المجلس. ولو أذن الواهب في القبض، ثم رجع عن الإذن، أو رجع في الهبة، صح رجوعه؛ لأن ذلك ليس بقبض وإن رجع بعد القبض، لم ينفع رجوعه؛ لأن الهبة تمت.." (١)

"ذلك شرطا لنقل عنهم نقلا مشهورا، «وكان ابن عمر على بعير لعمر، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لعمر: بعنيه. فقال: هو لك يا رسول الله. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: هو لك يا عبد الله بن عمر، فاصنع به ما شئت» . ولم ينقل قبول النبي - صلى الله عليه وسلم - من عمر، ولا قبول ابن عمر من النبي - صلى الله عليه وسلم - ولو كان شرطا لفعله النبي - صلى الله عليه وسلم - وعلمه ابن عمر، ولم يكن ليأمره أن يصنع به ما شاء قبل أن يقبله

وروى أبو هريرة «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان إذا أتي بطعام سأل عنه، فإن قالوا: صدقة. قال لأصحابه: كلوا. ولم يأكل، وإن قالوا: هدية. ضرب بيده، فأكل معهم» . ولا خلاف بين العلماء، فيما علمناه، في أن تقديم الطعام بين يدي الضيفان إذن في الأكل، وأنه لا يحتاج إلى قبول بقوله. ولأنه وجد ما يدل على التراضي بنقل الملك، فاكتفي به، كما لو وجد الإيجاب والقبول

قال ابن عقيل إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق، وعدم العرف القائم بين المعطي والمعطى؛ لأنه إذا لم يكن عرف يدل على الرضا، فلا بد من قول دال عليه، أما مع قرائن الأحوال والدلائل، فلا وجه لتوقيفه على اللفظ، ألا ترى أنا اكتفينا بالمعاطاة في البيع، واكتفينا بدلالة الحال في دخول الحمام، وهو إجارة وبيع أعيان، فإذا اكتفينا في المعاوضات مع تأكدها بدلالة الحال، وأنها تنقل الملك من الجانبين، فلأن نكتفي به في الهبة أولى.

[فصل القبض في الهبة فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٢

(٤٤٤٥) فصل: والقبض فيما لا ينقل بالتخلية بينه وبينه، لا حائل دونه، وفيما ينقل بالنقل، وفي المشاع بتسليم الكل إليه. فإن أبى الشريك أن يسلم نصيبه، قيل للمتهب: وكل الشريك في قبضه لك ونقله. فإن أبى، نصب الحاكم من يكون في يده لهما، فينقله، ليحصل القبض؛ لأنه لا ضرر على الشريك في ذلك ويتم به عقد شريكه.

[فصل هبة المشاع]

(٤٤٤٦) فصل: وتصح هبة المشاع. وبه قال مالك، والشافعي. قال الشافعي: سواء في ذلك ما أمكن قسمته؛ أو لم يمكن. وقال أصحاب الرأي: لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته؛ لأن القبض شرط في الهبة، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه. فإن كان مما لا يمكن قسمته، صحت هبته؛ لعدم ذلك فيه. وإن وهب واحد اثنين شيئا مما ينقسم، لم يجز عند أبي حنيفة

وجاز عند صاحبيه. وإن وهب اثنان اثنين شيئا مما ينقسم، لم يصح في قياس قولهم؛ لأن كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع. **ولنا** أن وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يرد عليهم ما غنمه." [١]

"يصح. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي

ولا نعلم لهم مخالفا.

ولا تصح هبة المعدوم، كالذي تثمر شجرته، أو تحمل أمته؛ لأن الهبة عقد تمليك في الحياة، فلم تصح في هذا كله، كالبيع.

[فصل هبة المجهول]

(٤٤٤٩) فصل: قال أحمد، في رواية أبي داود، وحرب: لا تصح هبة المجهول. وقال في رواية حرب: إذا قال: شاة من غنمي. يعني: وهبتها لك. لم يجز. وبه قال الشافعي. ويحتمل أن الجهل إذا كان في حق الواهب، منع الصحة؛ لأنه غرر في حقه

وإن كان من الموهوب له، لم يمنعها؛ لأنه لا غرر في حقه، فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له، كالموصى له. وقال مالك: تصح هبة المجهول؛ لأنه تبرع، فصح في المجهول، كالنذر والوصية. ووجه الأول، أنه عقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٥

تمليك لا يصح تعليقه بالشروط، فلم يصح في المجهول، كالبيع، بخلاف النذر والوصية.

[فصل تعليق الهبة بشرط]

(٤٤٥٠) فصل: ولا يصح تعليق الهبة بشرط؛ لأنها تمليك لمعين في الحياة، فلم يجز تعليقها على شرط، كالبيع. فإن علقها على شرط، كقول النبي - صلى الله عليه وسلم - لأم سلمة: «إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك» . كان وعدا. وإن شرط في الهبة شروطا تنافي مقتضاها، نحو أن يقول: وهبتك هذا، بشرط أن لا تهبه، أو لا تبيعه، أو بشرط أن تهبه أو تبيعه، أو بشرط أن تهب فلانا شيئا

يصح. الشرط وفي صحة الهبة وجهان، بناء على الشروط الفاسدة في البيع. وإن وقت الهبة، فقال: وهبتك هذا سنة، ثم يعود إلي. لم يصح؛ لأنه عقد تمليك لعين، فلم يصح مؤقتا، كالبيع.

[فصل وهب أمة واستثنى ما في بطنها]

(٤٤٥١) فصل: وإن وهب أمة واستثنى ما في بطنها، صح في قياس قول أحمد، في من أعتق أمة واستثنى ما في بطنها؛ لأنه تبرع بالأم دون ما في بطنها، فأشبه العتق. وبه يقول في العتق النخعي، وإسحاق، وأبو ثور. وقال أصحاب الرأي: تصح الهبة، ويبطل الاستثناء. **ولنا** أنه لم يهب الولد، فلم يملك الموهوب له، كالمنفصل، وكالموصى به.

[فصل له في ذمة إنسان دين فوهبه له أو أبرأه منه أو أحله منه]

(٤٤٥٢) فصل: وإذا كان له في ذمة إنسان دين، فوهبه له، أو أبرأه منه، أو أحله منه، صح، وبرئت ذمة الغريم منه، وإن رد ذلك، ولم يقبله؛ لأنه إسقاط، فلم يفتقر إلى القبول، كإسقاط القصاص والشفعة وحد القذف، وكالعتق والطلاق. وإن قال: تصدقت به عليك. صح، فإن القرآن ورد في الإبراء بلفظ." (١)

"الصدقة، بقول الله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾ [النساء: ٩٢] . وإن قال: عفوت لك عنه. صح؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة: ٢٣٧] . يعني به الإبراء من الصداق

وإن قال: أسقطته عنك. صح؛ لأنه أتى بحقيقة اللفظ الموضوع له. وإن قال: ملكتك إياه. صح؛ لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٧

بمنزلة هبته إياه.

[فصل وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه]

(٤٤٥٣) فصل: وإن وهب الدين لغير من هو في ذمته، أو باعه إياه، لم يصح. وبه قال في البيع أبو حنيفة، والثوري، وإسحاق. قال أحمد: إذا كان لك على رجل طعام قرضا، فبعه من الذي هو عليه بنقد، ولا تبعه من غيره بنقد ولا نسيئة، وإذا أقرضت رجلا دراهم أو دنانير، فلا تأخذ من غيره عرضا بما لك عليه. وقال الشافعي: إن كان الدين على معسر، أو مماطل، أو جاحد له، لم يصح البيع؛ لأنه معجوز عن تسليمه، وإن كان على مليء باذل له.

ففيه قولان أحدهما يصح؛ لأنه ابتاع بمال ثابت في الذمة، فصح، كما لو اشترى في ذمته، ويشترط أن يشتريه بعين، أو يتقابضان في المجلس، لئلا يكون بيع دين بدين. **ولنا** أنه غير قادر على تسليمه، فلم يصح، كبيع الآبق. فأما هبته، فيحتمل أن لا تصح، كالبيع، ويحتمل أن تصح؛ لأنه لا غرر فيها على المتهب، ولا الواهب، فتصح، كهبة الأعيان.

[فصل البراءة من المجهول في هبة المشاع]

(٤٤٥٤) فصل: تصح البراءة من المجهول، إذا لم يكن لهما سبيل إلى معرفته. وقال أبو حنيفة: تصح مطلقا. وقال الشافعي: لا تصح، إلا أنه إذا أراد ذلك قال: أبرأتك من درهم إلى ألف. لأن الجهالة إنما منعت لأجل الغرر، فإذا رضي بالجملة، فقد زال الغرر، وصحت البراءة. **ولنا**، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لرجلين اختصما إليه في مواريث درست: «اقتسما، وتوخيا الحق، ثم استهما، ثم تحالا» رواه أبو داود.

ولأنه إسقاط، فصح في المجهول، كالعتاق والطلاق، وكما لو قال: من درهم إلى ألف. ولأن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة، ولا سبيل إلى العلم بما." (١)

"لفظين، إما أن يقول: قد قبلته، أو قبضته. لأن القبول يغني عن القبض. وظاهر كلام أحمد ما ذكرناه ولا فرق بين الأثمان وغيرها فيما ذكرنا، وبه يقول أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: إن وهب له ما يعرف بعينه كالأثمان، لم يجز، إلا أن يضعها على يد غيره؛ لأن الأب قد يتلف ذلك، ويتلف بغير سببه، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٨

يمكن أن يشهد على شيء بعينه، فلا ينفع القبض شيئا. ولنا أن ذلك مما لا تصح هبته، فإذا وهبه لابنه الصغير، وقبضه له، وجب أن تصح كالعروض.

[فصل كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه]

(٤٤٥٧) فصل: وإن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه، فقال أصحابنا: لا بد من أن يوكل من يقبل للصبي، ويقبض له، ليكون الإيجاب منه، والقبول، والقبض من غيره، كما في البيع. بخلاف الأب؛ فإنه يجوز أن يوجب ويقبل ويقبض، لكونه يجوز أن يبيع لنفسه. والصحيح عندي أن الأب وغيره في هذا سواء؛ لأنه عقد يجوز أن يصدر منه ومن وكيله، فجاز له أن يتولى طرفيه، كالأب

وفارق البيع؛ فإنه لا يجوز أن يوكل من يشتري له، ولأن البيع عقد معاوضة ومرابحة، فيتهم في عقده لنفسه، والهبة محض مصلحة لا تهمة فيها، وهو ولي فيه، فجاز أن يتولى طرفي العقد، كالأب، ولأن البيع إنما منع منه لما يأخذه من العوض لنفسه من مال الصبي، وهو هاهنا يعطي ولا يأخذ، فلا وجه لمنعه من ذلك، وتوقيفه على توكيل غيره، ولأننا قد ذكرنا أنه يستغنى بالإيجاب والإشهاد عن القبض والقبول، فلا حاجة إلى التوكيل فيهما مع غناه عنهما.

[فصل الهبة من الصبي لغيره]

(٤٤٥٨) فصل: فأما الهبة من الصبي لغيره، فلا تصح، سواء أذن فيها الولي أو لم يأذن؛ لأنه محجور عليه لحظ نفسه، فلم يصح تبرعه، كالسفيه. وأما العبد فلا يجوز أن يهب إلا بإذن سيده؛ لأنه مال لسيده، وماله مال لسيده، فلا يجوز له إزالة ملك سيده عنه بغير إذنه، كالأجنبي. وله أن يقبل الهبة بغير إذن سيده. نص عليه أحمد؛ لأنه تحصيل للمال لسيده، فلم يعتبر إذنه فيه، كالالتقاط، وما وهبه لسيده، لأنه من اكتسابه، فأشبه اصطياده.

[مسألة فاضل بين ولده في العطية]

(٤٤٥٩) مسألة قال: (وإذا فاضل بين ولده في العطية، أمر برده، كأمر النبي - صلى الله عليه وسلم -) وجملة ذلك أنه يجب على الإنسان التسوية بين أولاده في العطية، وإذا لم يختص أحدهم بمعنى يبيح

التفضيل، فإن خص بعضهم بعطيته، أو فاضل بينهم فيها أثم، ووجبت عليه التسوية بأحد أمرين؛ إما رد ما فضل به البعض، وإما إتمام نصيب الآخر. قال طاوس: لا يجوز ذلك، ولا رغيف محترق.." (١)

"وبه قال ابن المبارك

وروي معناه عن مجاهد، وعروة. وكان الحسن يكرهه، ويجيزه في القضاء. وقال مالك، والليث، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي: ذلك جائز. وروي معنى ذلك عن شريح، وجابر بن زيد، والحسن بن صالح؛ لأن أبا بكر - رضي الله عنه - نحل عائشة ابنته جذاذ عشرين وسقا، دون سائر ولده. واحتج الشافعي بقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث النعمان بن بشير: «أشهد على هذا غيري»

فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها، ولأنها عطية تلزم بموت الأب، فكانت جائزة، كما لو سوى بينهم. **ولنا** ما روى النعمان بن بشير قال: «تصدق علي أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد عليها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فجاء أبي إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ليشهده على صدقته، فقال: أكل ولدك أعطيت مثله؟ قال: لا. قال: فاتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم. قال: فرجع أبي، فرد تلك الصدقة» . وفي لفظ قال: " فاردده ". وفي لفظ قال: " فأرجعه ". وفي لفظ: " لا تشهدني على جور " وفي لفظ: " فأشهد على هذا غيري ". وفي لفظ: " سو بينهم ". وهو حديث صحيح، متفق عليه.

وهو دليل على التحريم؛ لأنه سماه جورا، وأمر برده، وامتنع من الشهادة عليه، والجور حرام، والأمر يقتضي الوجوب، ولأن تفضيل بعضهم يورث بينهم العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم، فمنع منه، كتزويج المرأة على عمتها أو خالتها. وقول أبي بكر لا يعارض قول النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا يحتج به معه. ويحتمل أن أبا بكر - رضي الله عنه - خصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه، مع اختصاصها بفضلها، وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وغير ذلك من فضائلها

ويحتمل أن يكون قد نحلها ونحل غيرها من ولده، أو نحلها وهو يريد أن ينحل غيرها، فأدركه الموت قبل ذلك. ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه؛ لأن حمله على مثل محل النزاع منهي عنه، وأقل أحواله الكراهة، والظاهر من حال أبي بكر اجتناب المكروهات. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فأشهد على هذا غيري» . ليس بأمر؛ لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب، ولا خلاف في كراهة هذا. وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده، مع أمره برده، وتسميته إياه جورا، وحمل الحديث على هذا حمل لحديث النبي -

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٥١

صلى الله عليه وسلم – على التناقض والتضاد.

ولو أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بإشهاد غيره، لامتثل بشير أمره، ولم يرد، وإنما هذا تهديد له على هذا، فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه. والله أعلم.." (١)

"[فصل خص بعض ولده بهبة لمعني يقتضي تخصيصه]

(٤٤٦٠) فصل: فإن خص بعضهم لمعنى يقتضي تخصيصه، مثل اختصاصه بحاجة، أو زمانة، أو عمى، أو كثرة عائلة، أو اشتغاله بالعلم أو نحوه من الفضائل، أو صرف عطيته عن بعض ولده لفسقه، أو بدعته، أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله، أو ينفقه فيها، فقد روي عن أحمد ما يدل على جواز ذلك؛ لقوله في تخصيص بعضهم بالوقف: لا بأس به إذا كان لحاجة، وأكرهه إذا كان على سبيل الأثرة. والعطية في معناه. ويحتمل ظاهر لفظه المنع من التفضيل أو التخصيص على كل حال؛ لكون النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يستفصل بشيرا في عطيته

والأول أولى إن شاء الله؛ لحديث أبي بكر، ولأن بعضهم اختص بمعنى يقتضي العطية، فجاز أن يختص بها، كما لو اختص بالقرابة. وحديث بشير قضية في عين لا عموم لها، وترك النبي – صلى الله عليه وسلم – الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال. فإن قيل: لو علم بالحال لما قال: " ألك ولد غيره؟ ". قلنا: يحتمل أن يكون السؤال هاهنا لبيان العلة، كما قال – عليه السلام – للذي سأله عن بيع الرطب بالتمر: «أينقص الرطب إذا يبس؟ قال: نعم: قال: فلا إذا»

وقد علم أن الرطب ينقض، لكن نبه السائل بهذا على علة المنع من البيع، كذا هاهنا.

[فصل استحباب التسوية وكراهة التفضيل في الهبة]

(٤٤٦١) فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب التسوية، وكراهة التفضيل. قال إبراهيم: كانوا يستحبون أن يسووا بينهم حتى في القبل. إذا ثبت هذا، فالتسوية المستحبة أن يقسم بينهم على حسب قسمة الله تعالى الميراث، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين

وبهذا قال عطاء، وشريح، وإسحاق، ومحمد بن الحسن. قال شريح لرجل قسم ماله بين ولده: اردده إلى سهام الله تعالى وفرائضه. وقال عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى. وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وابن المبارك: تعطى الأنثى مثل ما يعطى الذكر؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لبشير

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢/٦

بن سعد: " سو بينهم ". وعلل ذلك بقوله
: «أيسرك أن يستووا في برك؟ . قال: نعم. قال: فسو بينهم» . والبنت كالابن في استحقاق برها، وكذلك في عطيتها. وعن ابن عباس قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «سووا بين أولادكم في العطية، ولو كنت مؤثرا لأحد لآثرت النساء على الرجال» . رواه سعيد في " سننه ". ولأنها عطية في الحياة، فاستوى فيها الذكر والأنثى، كالنفقة والكسوة. **ولنا** أن الله تعالى قسم بينهم، فجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، وأولى ما اقتدى بقسمة الله، ولأن العطية في الحياة أحد حالي العطية، فيجعل للذكر منها مثل حظ الأنثيين، كحالة الموت. يعني الميراث." (١)

"يحققه أن العطية استعجال لما يكون بعد الموت، فينبغي أن تكون على حسبه، كما أن معجل الزكاة قبل وجوبها يؤديها على صفة أدائها بعد وجوبها، وكذلك الكفارات المعجلة، ولأن الذكر أحوج من الأنثى، من قبل أنهما إذا تزوجا جميعا فالصداق والنفقة ونفقة الأولاد على الذكر، والأنثى لها ذلك، فكان أولى بالتفضيل؛ لزيادة حاجته، وقد قسم الله تعالى الميراث، ففضل الذكر مقرونا بهذا المعنى فتعلل به، ويتعدى ذلك إلى العطية في الحياة.

وحديث بشير قضية في عين، وحكاية حال لا عموم لها، وإنما ثبت حكمها فيما ماثلها، ولا نعلم حال أولاد بشير، هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ولعل النبي - صلى الله عليه وسلم - قد علم أنه ليس له إلا ولد ذكر. ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى. ويحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء، لا في صفته، فإن القسمة لا تقتضي التسوية من كل وجه وكذلك الحديث الآخر، ودليل ذلك قول عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى. وهذا خبر عن جميعهم، على أن الصحيح من خبر ابن عباس أنه مرسل.

[فصل ليس عليه التسوية بين سائر أقاربه في الهبة]

(٤٤٦٢) فصل: وليس عليه التسوية بين سائر أقاربه، ولا إعطاؤهم على قدر مواريثهم سواء كانوا من جهة واحدة، كإخوة وأخوات، وأعمام وبني عم، أو من جهات، كبنات وأخوات وغيرهم. وقال أبو الخطاب المشروع في عطية الأولاد وسائر الأقارب، أن يعطيهم على قدر ميراثهم، فإن خالف وفعل، فعليه أن يرجع ويعمهم بالنحلة؛ لأنهم في معنى الأولاد، فثبت فيهم مثل حكمهم. **ولنا** أنها عطية لغير الأولاد في صحته،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٥٣

فلم تجب عليه التسوية، كما لو كانوا غير وارثين.
ولأن الأصل إباحة تصرف الإنسان في ماله كيف شاء، وإنما وجبت التسوية بين الأولاد بالخبر، وليس غيرهم في معناهم؛ لأنهم استووا في وجوب بر والدهم، فاستووا في عطيته. وبهذا علل النبي – صلى الله عليه وسلم – حين قال: «أيسرك أن يستووا في برك؟ قال: نعم. قال: فسو بينهم» . ولم يوجد هذا في غيرهم، ولأن للوالد الرجوع فيما أعطى ولده، فيمكنه أن يسوي بينهم باسترجاع ما أعطاه لبعضهم، ولا يمكن ذلك في غيرهم، ولأن الأولاد لشدة محبة الوالد لهم، وصرف ماله إليهم عادة.
يتنافسون في ذلك، ويشتد عليهم تفضيل بعضهم، ولا يباريهم في ذلك غيرهم، فلا يصح قياسه عليهم، ولا نص في غيرهم، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قد علم لبشير زوجة، ولم يأمره بإعطائها شيئا حين أمره بالتسوية بين أولاده، ولم يسأله هل لك وارث غير ولدك؟ .

[فصل الأم في المنع من المفاضلة في الهبة بين الأولاد كالأب]
(٤٤٦٣) فصل: والأم في المنع من المفاضلة بين الأولاد كالأب؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «اتقوا الله، واعدلوا بين أولادكم» .." (١)

"ولأنها أحد الوالدين، فمنعت التفضيل كالأب، ولأن ما يحصل بتخصيص الأب بعض ولده من الحسد والعداوة، يوجد مثله في تخصيص الأم بعض ولدها، فثبت لها مثل حكمه في ذلك.

[فصل الرجوع فيما وهب لولده]
(٤٤٦٤) فصل: وقول الخرقي: " أمر برده ". يدل على أن للأب الرجوع فيما وهب لولده. وهو ظاهر مذهب أحمد، سواء قصد برجوعه التسوية بين الأولاد أو لم يرد، وهذا مذهب مالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور. وعن أحمد، رواية أخرى: ليس له الرجوع فيها. وبها قال أصحاب الرأي، والثوري، والعنبري؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «العائد في هبته، كالعائد في قيئه» . متفق عليه
وعن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – قال: من وهب هبة يرى أنه أراد بها صلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها. رواه مالك، في " الموطأ ". ولأنها هبة يحصل بها الأجر من الله تعالى، فلم يجز الرجوع فيها، كصدقة التطوع.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤/٦

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لبشير بن سعد: " فاردده ". وروي: " فأرجعه ". رواه كذلك مالك عن الزهري، عن حميد بن عبد الرحمن، عن النعمان فأمره بالرجوع في هبته،

وأقل أحوال الأمر الجواز وقد امتثل بشير بن سعد في ذلك، فرجع في هبته لولده، ألا تراه قال في الحديث: فرجع أبي، فرد تلك الصدقة. وحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئا، يخالف ظاهر الحديث؛ لقوله: تصدق علي أبي بصدقة. وقول بشير: إني نحلت ابني غلاما يدل على أنه كان قد أعطاه. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " فاردده ". وقوله: " فأرجعه ". وروى طاوس، عن ابن عمر، وابن عباس، يرفعان الحديث إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «ليس لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده» رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وهذا يخص عموم ما رووه ويفسره. وقياسهم منقوض بهبة الأجنبي؛ فإن فيها أجرا وثوابا، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - ندب إليها. وعندهم له الرجوع فيها، والصدقة على الولد كمسألتنا، وقد دل حديث النعمان بن بشير على الرجوع في الصدقة؛ لقوله: تصدق علي أبي بصدقة.

[فصل الأم كالأب، في الرجوع في الهبة]

(٤٤٦٥) فصل: وظاهر كلام الخرقي، أن الأم كالأب، في الرجوع في الهبة؛ لأن قوله: " وإذا فاضل بين أولاده " يتناول كل والد، ثم قال في سياقه: " أمر برده ". فيدخل فيه الأم. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها داخلة في قوله: " إلا الوالد فيما يعطي ولده ". ولأنها لما دخلت في قول النبي - صلى الله عليه وسلم - : «سووا بين أولادكم» . ينبغي أن يتمكن." (١)

"فيرغب الناس في معاملته، وأدانوه ديونا، أو رغبوا في مناكحته، فزوجوه إن كان ذكرا، أو تزوجت الأنثى لذلك، فعن أحمد روايتان؛ أولاهما، ليس له الرجوع

قال أحمد، في رواية أبي الحارث، في الرجل يهب لابنه مالا: فله الرجوع، إلا أن يكون غر به قوما، فإن غر به، فليس له أن يرجع فيها. وهذا مذهب مالك؛ لأنه تعلق به حق غير الابن، ففي الرجوع إبطال حقه، وقد قال - عليه السلام -: «لا ضرر ولا ضرار» . وفي الرجوع ضرر، ولأن في هذا تحيلا على إلحاق الضرر بالمسلمين، ولا يجوز التحيل على ذلك. والثانية، له الرجوع؛ لعموم الخبر، ولأن حق المتزوج والغريم لم يتعلق بعين هذا المال، فلم يمنع الرجوع فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٥٥

(٤٤٧٠) فصل: الرابع أن لا تزيد زيادة متصلة، كالسمن والكبر وتعلم صنعة. فإن زادت، فعن أحمد روايتان إحداهما لا تمنع الرجوع. وهو مذهب الشافعي؛ لأنها زيادة في الموهوب، فلم تمنع الرجوع، كالزيادة قبل القبض، والمنفصلة. والثانية، تمنع. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأن الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه، فلم يملك الرجوع فيها، كالمنفصلة، وإذا امتنع الرجوع فيها، امتنع الرجوع في الأصل.

لئلا يفضي إلى سوء المشاركة، وضرر التشقيص، ولأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه، فمنعه الزيادة المتصلة، كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح، أو نصفه بالطلاق، أو رجوع البائع في المبيع لفلس المشتري.

ويفارق الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري، وقد رضي ببدل الزيادة. وإن فرض الكلام فيما إذا باع عرضا بعرض، فزاد أحدهما، ووجد المشتري الآخر به عيبا، قلنا: بائع المعيب سلط مشتريه على الفسخ، ببيعه المعيب، فكأن الفسخ وجد منه. ولهذا قلنا، فيما إذا فسخ الزوج النكاح لعيب المرأة قبل الدخول: لا صداق لها، كما لو فسخته. وعلى هذا لا فرق بين الزيادة في العين، كالسمن والطول ونحوهما، أو في المعاني، كتعلم صنعة أو كتابة أو قرآن أو علم، أو إسلام، أو قضاء دين عنه. وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو حنيفة: الزيادة بتعليم القرآن وقضاء الدين عنه لا تمنع الرجوع. **ولنا** أنها زيادة لها مقابل من الثمن، فمنعت الرجوع، كالسمن وتعلم الصنعة. وإن زاد ببرئه من مرض أو صمم، منع الرجوع، كسائر الزيادات، وإن كانت زيادة العين أو التعلم لا تزيد في قيمته شيئا، أو ينقص منها، لم يمنع الرجوع؛ لأن ذلك ليس بزيادة في المالية. وأما الزيادة المنفصلة، كولد البهيمة، وثمرة الشجرة، وكسب العبد، فلا تمنع الرجوع بغير اختلاف نعلمه

والزيادة للولد؛ لأنها حادثة في ملكه،." (١)

"أحدهما أن لا يجحف بالابن، ولا يضر به، ولا يأخذ شيئا تعلقت به حاجته. الثاني أن لا يأخذ من مال ولده فيعطيه الآخر. نص عليه أحمد، في رواية إسماعيل بن سعيد، وذلك لأنه ممنوع من تخصيص بعض ولده بالعطية من مال نفسه، فلأن يمنع من تخصيصه بما أخذ من مال ولده الآخر أولى

وقد روي أن مسروقا زوج ابنته بصداق عشرة آلاف، فأخذها، وأنفقها في سبيل الله، وقال للزوج: جهز امرأتك. وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: ليس له أن يأخذ من مال ولده إلا بقدر حاجته؛ لأن النبي -

(١) المغني لابن قدامة ٥٨/٦

صلى الله عليه وسلم – قال: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا» ، متفق عليه. وروى الحسن، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «كل أحد أحق بكسبه من والده وولده والناس أجمعين.» رواه سعيد في " سننه ". وهذا نص

وروي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» . رواه الدارقطني. ولأن ملك الابن تام على مال نفسه، فلم يجز انتزاعه منه، كالذي تعلقت به حاجته. **ولنا** ما روت عائشة – رضي الله عنها –، قالت: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم» . أخرجه سعيد، والترمذي، وقال: حديث حسن.

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: «جاء رجل إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: إن أبي احتاج مالي. فقال: أنت ومالك لأبيك» . رواه الطبراني، في " معجمه " مطولا، ورواه غيره، وزاد: «إن أولادكم من أطيب كسبكم، فكلوا من أموالهم» . وروى محمد بن المنكدر، والمطلب بن حنطب، قال: «جاء رجل إلى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: إن لي مالا وعيالا، ولأبي مال وعيال، وأبي يريد أن يأخذ مالي، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: أنت ومالك لأبيك» . أخرجه سعيد، في " سننه "

ولأن الله تعالى جعل الولد موهوبا لأبيه، فقال: ﴿ووهبنا له إسحاق ويعقوب﴾ [الأنعام: ٨٤] . وقال: ﴿ووهبنا له يحيى﴾ [الأنبياء: ٩٠] . وقال زكريا: ﴿فهب لي من لدنك وليا﴾ [مريم: ٥] . وقال إبراهيم: ﴿الحمد لله الذي وهب لي على الكبر إسماعيل وإسحاق﴾ [إبراهيم: ٣٩] .

وما كان موهوبا له، كان له أخذ ماله، كعبده.." [(١)]

"على مال ولد ابنه، وشفقته قاصرة عن شفقة الأب، ويحجب به في الميراث، وفي ولاية النكاح. وغيرهما من الأقارب والأجانب ليس لهم الأخذ بطريق التنبيه؛ لأنه إذا امتنع الأخذ في حق الأم والجد، مع مشاركتهما للأب في بعض المعاني، فغيرهما ممن لا يشارك الأب في ذلك أولى.

[مسألة لا يحل لواهب أن يرجع في هبته ولا لمهد أن يرجع في هديته]

(٤٤٨١) مسألة قال: (ولا يحل لواهب أن يرجع في هبته، ولا لمهد أن يرجع في هديته، وإن لم يثب عليها) يعني وإن لم يعوض عنها. وأراد من عدا الأب؛ لأنه قد ذكر أن للأب الرجوع، بقوله: " أمر برده " .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٢/٦

فأما غيره فليس له الرجوع في هبته ولا هديته. وبهذا قال الشافعي وأبو ثور. وقال النخعي، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي: من وهب لغير ذي رحم فله الرجوع، ما لم يثب عليها، ومن وهب لذي رحم فليس له الرجوع. وروي ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - واحتجوا بما روى أبو هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «الرجل أحق بهبته، ما لم يثب منها» . رواه ابن ماجه، في " سننه "

وبقول عمر، ولأنه لم يحصل له عنها عوض، فجاز له الرجوع فيها، كالعارية. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «العائد في هبته، كالعائد في قيئه. وفي لفظ: كالكلب يعود في قيئه. وفي رواية إنه ليس لنا مثل السوء، العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه» . متفق عليه، وأيضا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ليس لأحد أن يعطي عطية، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده» . وقد ذكرناه

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن نبي الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يرجع واهب في هبته، إلا الوالد فيما يعطي ولده» . ولأنه واهب لا ولاية له في المال، فلم يرجع في هبته، كذي الرحم المحرم. وأحاديثنا أصح من حديثهم وأولى. وقول عمر، قد روي عن ابنه وابن عباس خلافه. وأما العارية فإنما هي هبة المنافع، ولم يحصل القبض فيها

فإن قبضها باستيفائها، فنظير مسألتنا ما استوفى من منافع العارية، فإنه لا يجوز الرجوع فيها.

(٤٤٨٢) فصل: فحصل الاتفاق على أن ما وهبه الإنسان لذوي رحمه المحرم غير ولده، لا رجوع فيه. وكذلك ما وهب الزوج لامرأته. والخلاف فيما عدا هؤلاء، فعندنا لا يرجع إلا الوالد، وعندهم لا يرجع إلا الأجنبي. فأما هبة المرأة لزوجها، فعن أحمد فيه روايتان إحداهما لا رجوع لها فيها. وهذا قول عمر بن عبد العزيز، والنخعي، وربيعة، ومالك، والثوري، والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي

وهو قول عطاء، وقتادة.." [١]

"وإن خرجت مستحقة، أخذها صاحبها، ولم يرجع الموهوب له ببدلها. فإن شرط في الهبة ثوابا معلوما، صح. نص عليه أحمد؛ لأنه تمليك بعوض معلوم، فهو كالبيع، وحكمها حكم البيع، في ضمان الدرك، وثبوت الخيار والشفعة

وبهذا قال أصحاب الرأي. ولأصحاب الشافعي قول، أنه لا يصح؛ لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها. **ولنا** أنه تمليك بعوض، فصح ما لو قال: ملكتك هذا بدرهم. فإنه لو أطلق التمليك كان هبة، وإذا ذكر العوض صار بيعا. وقال أبو الخطاب: وقد روي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب في هذا حكم الهبة، فلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٦٥

تثبت فيها أحكام البيع المختصة به

فأما إن شرط ثوابا مجهولا، لم يصح، وفسدت الهبة، وحكمها حكم البيع الفاسد، يردها الموهوب له بزيادتها المتصلة والمنفصلة؛ لأنه نماء ملك الواهب. وإن كانت تالفة، رد قيمتها. وهذا قول الشافعي، وأبي ثور. وظاهر كلام أحمد، – رحمه الله –، أنها تصح، فإذا أعطاه عنها عوضا رضيه، لزم العقد بذلك، فإنه قال في رواية محمد بن الحكم: إذا قال الواهب: هذا لك على أن تثيبني. فله أن يرجع إذا لم يثبه، لأنه شرط

وقال في رواية إسماعيل بن سعيد: إذا وهب له على وجه الإثابة، فلا يجوز إلا أن يثيبه عنها، فعلى هذا عليه أن يعطيه حتى يرضيه، فإن لم يفعل فللواهب الرجوع. ويحتمل أن يعطيه قدر قيمتها. والأول أصح؛ لأن هذا بيع، فيعتبر فيه التراضي، إلا أنه بيع بالمعاطاة، فإذا عوضه عوضا رضيه، حصل البيع بما حصل من المعاطاة مع التراضي بها، وإن لم يحصل التراضي، لم تصح؛ لعدم العقد، فإنه لم يوجد الإيجاب والقبول ولا المعاطاة مع التراضي

والأصل في هذا قول عمر – رضي الله عنه –: من وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها. وروي معنى ذلك عن علي، وفضالة بن عبيد، ومالك بن أنس. وهو قول الشافعي، على القول الذي يرى أن الهبة المطلقة تقتضي ثوابا. وقد روى أبو هريرة، «أن أعرابيا وهب للنبي – صلى الله عليه وسلم – ناقة، فأعطاه ثلاثا فأبى، فزاده ثلاثا، فأبى، فزاده ثلاثا، فلما كملت تسعا، قال: رضيت: فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي» . من " المسند "

قال أحمد: إذا تغيرت العين الموهوبة بزيادة أو نقصان، ولم يثبه منها، فلا أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه، إلا أن يكون ثوبا لبسه، أو غلاما استعمله، أو جارية استخدمها، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه، فكان عندي مثل الرهن، الزيادة والنقصان لصاحبه.

[مسألة قال داري لك عمري أو هي لك عمرك]

(٤٤٨٥) مسألة قال: (وإذا قال: داري لك عمري. أو هي لك عمرك. فهي له ولورثته من بعده)." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٧/٦

"العمرى والرقبى: نوعان من الهبة، يفتقران إلى ما يفتقر إليه سائر الهبات من الإيجاب والقبول والقبض، أو ما يقوم مقام ذلك عند من اعتبره. وصورة العمرى أن يقول الرجل: أعمرتك داري هذه، أو هي لك عمري، أو ما عاشت، أو مدة حياتك، أو ما حييت، أو نحو هذا. سميت عمرى لتقييدها بالعمر.
والرقبى أن يقول: أرقبتك هذه الدار، أو هي لك حياتك، على أنك إن مت قبلي عادت إلي، وإن مت قبلك فهي لك ولعقبك. فكأنه يقول: هي لآخرنا موتا. وبذلك سميت رقبى؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه. وكلاهما جائز، في قول أكثر أهل العلم، وحكي عن بعضهم أنها لا تصح؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تعمروا ولا ترقبوا» . **ولنا** ما روى جابر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «العمرى جائزة لأهلها، والرقبى جائزة لأهلها» رواه أبو داود، والترمذي. وقال: حديث حسن. فأما النهي، فإنما ورد على سبيل الإعلام لهم إنكم إن أعمرتم أو أرقبتم يعد للمعمر والمرقب، ولم يعد إليكم منه شيء. وسياق الحديث يدل عليه، فإنه قال: «فمن أعمر عمرى، فهي لمن أعمرها حيا وميتا وعقبه» . ولو أريد به حقيقة النهي، لم يمنع ذلك صحتها؛ فإن النهي إنما يمنع صحة ما يفيد المنهي عنه فائدة، أما إذا كان صحة المنهي عنه ضررا على مرتكبه، لم يمنع صحته، كالطلاق في زمن الحيض.
وصحة العمرى ضرر على المعمر، فإن ملكه يزول بغير عوض. إذا ثبت هذا، فإن العمرى تنقل الملك إلى المعمر. وبهذا قال جابر بن عبد الله، وابن عمر، وابن عباس، وشريح، ومجاهد، وطاوس، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، وروي ذلك عن علي. وقال مالك، والليث:
العمرى تمليك المنافع، لا تملك بها رقبة المعمر بحال، ويكون للمعمر السكنى، فإذا مات عادت إلى المعمر. وإن قال: له ولعقبه. كان سكناها لهم، فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر. واحتجا بما روى يحيى بن سعيد، عن عبد الرحمن بن القاسم، قال: سمعت مكحولا يسأل القاسم بن محمد عن العمرى، ما يقول الناس فيها؟ فقال القاسم: ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم وما أعطوا. وقال إبراهيم بن إسحاق الحربي، عن ابن الأعرابي: لم يختلف العرب في العمرى، والرقبى، والإفقار، والإخبال، والمنحة، والعرية. والعارية، والسكنى، والإطراق، أنها على." (١)

"ملك أربابها، ومنافعها لمن جعلت له. ولأن التمليك لا يتأقت، كما لو باعه إلى مدة، فإذا كان لا يتأقت، حمل قوله على تمليك المنافع؛ لأنه يصح توقيته. **ولنا** ما روى جابر قال: قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أمسكوا عليكم أموالكم، ولا تفسدوها، فإنه من أعمر عمرى، فهي للذي أعمرها حيا وميتا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٨/٦

ولعقبه» . رواه مسلم. وفي لفظ: «قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالعمرى لمن وهبت له» . متفق عليه

وروى ابن ماجه، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا رقبى، فمن أرقب شيئا، فهو له حياته وموته» . وعن زيد بن ثابت، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل العمرى للوارث» . وقد روى مالك حديث العمرى، في " موطئه "، وهو صحيح رواه جابر، وابن عمر، وابن عباس، ومعاوية، وزيد بن ثابت، وأبو هريرة. وقول القاسم لا يقبل في مخالفة من سمينا من الصحابة والتابعين، فكيف يقبل في مخالفة قول سيد المرسلين، ولا يصح أن يدعى إجماع أهل المدينة، لكثرة من قال بها منهم، وقضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان.

وقول ابن الأعرابي: إنها عند العرب تمليك المنافع. لا يضر إذا نقلها الشرع إلى تمليك الرقبة، كما نقل الصلاة من الدعاء إلى الأفعال المنظومة، ونقل الظهار والإيلاء من الطلاق إلى أحكام مخصوصة. قولهم: إن التمليك لا يتأقت. قلنا: فلذلك أبطل الشرع تأقيتها، وجعلها تمليكا مطلقا.

(٤٤٨٦) فصل: إذا شرط في العمرى أنها للمعمر وعقبه، فهذا تأكيد لحكمها، وتكون للمعمر وورثته. وهذا قول جميع القائلين بها

وإذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضا؛ لأنها تمليك للرقبة، فأشبهت الهبة. فإن شرط أنك إذا مت فهي لي. فعن أحمد روايتان؛ إحداهما، صحة العقد والشرط، ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر. وبه قال القاسم بن محمد، وزيد بن قسيط، والزهري، ومالك، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وابن أبي ذئب، وأبو ثور، وداود وهو أحد قولي الشافعي؛ لما روى جابر، قال: إنما العمرى التي أجاز رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يقول: هي لك ولعقبك. فأما إذا قال: هي لك ما عشت. فإنها ترجع إلى صاحبها. متفق عليه. وروى مالك، في " موطئه "، عن جابر، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: أيما رجل أعمر عمرى له، ولعقبه، فإنها للذي أعطيها، لا ترجع إلى الذي أعطاها» . لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث. وقال القاسم بن محمد: ما أدركت الناس إلا على شروطهم في أموالهم

والرواية الثانية، أنها تكون للمعمر ولورثته، ويسقط الشرط. وهذا قول الشافعي الجديد، وقول." (١)

"أبي حنيفة. وهو ظاهر المذهب. نص عليه أحمد، في رواية أبي طالب؛ للأحاديث المطلقة التي ذكرناها، وقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا رقبى، فمن أرقب شيئا، فهو له في حياته وموته»

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٩/٦

. وقال مجاهد: الرقبى أن يقول هي للآخر مني ومنك موتا. وروى الإمام أحمد، بإسناده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، أنه قال: «لا عمرى، ولا رقبى، فمن أعمر شيئا، أو أرقبه، فهو له حياته وموته»

وهذا صريح في إبطال الشرط؛ لأن الرقبى يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله. وأما حديثهم الذي احتجوا به، فمن قول جابر نفسه، وأما نقل لفظ النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أمسكوا عليكم أموالكم، ولا تفسدوها، فإنه من أعمر عمرى فهي للذي أعمرها حيا وميتا، ولعقبه» . ولأنا لو أجزنا هذا الشرط، كانت هبة مؤقتة، والهبة لا يجوز فيها التأقيت، ولم يفسدها الشرط؛ لأنه ليس بشرط على المعمر، وإنما شرط ذلك على ورثته، ومتى لم يكن الشرط مع المعقود معه، لم يؤثر فيه

وأما قوله في الحديث الآخر: إنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث. فهذه الزيادة من كلام أبي سلمة بن عبد الرحمن، كذلك رواه ابن أبي ذئب، وفصل هذه الزيادة فقال عن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنه قضى في من أعمر عمرى له ولعقبه، فهي له بتلة، لا يجوز للمعطي فيها شرط ولا مثنوية. قال أبو سلمة: لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث.

(٤٤٨٧) فصل: والرقبى هي أن يقول: هذا لك عمرك، فإن مت قبلي رجع إلي، وإن مت قبلك فهو لك ومعناه هي لآخرنا موتا. وكذلك فسرها مجاهد. سميت رقبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه. وقد روي عن أحمد أنه قال: هي أن يقول: هي لك حياتك، فإذا مت فهي لفلان، أو هي راجعة إلي. والحكم فيها على ما تقدم ذكره، وأنها كالعمرى إذا شرط عودها إلى المعمر. وقال علي - رضي الله عنه -: العمرى والرقبى سواء. وقال طاوس: من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث

وقال الزهري: الرقبى وصية. يعني أن معناها إذا مت فهذا لك. وقال الحسن، ومالك وأبو حنيفة: الرقبى باطلة؛ لما روي أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أجاز العمرى، وأبطل الرقبى. ولأن معناها أنها للآخر منا، وهذا تمليك معلق بخطر، ولا يجوز تعليق التمليك بالخطر. **ولنا** ما رويناه من الأخبار، وحديثهم لا نعرفه، ولا نسلم أن معناها ما ذكروه، بل معناها أنها." (١)

"لك حياتك، فإن مت رجعت إلي

فتكون كالعمرى سواء، إلا أنه زاد شرطها لورثة المرقب، إن مات المرقب قبله، وهذا يبين تأكيدها على العمرى.

(٤٤٨٨) فصل: وتصح العمرى في غير العقار، من الحيوان، والنبات؛ لأنها نوع هبة، فصحت في ذلك،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٧٠

كسائر الهبات. وقد روي عن أحمد في الرجل يعمر الجارية: فلا أرى له وطأها. قال القاضي: لم يتوقف أحمد عن وطء الجارية لعدم الملك فيها، لكن على طريق الورع؛ لأن الوطء استباحة فرج، وقد اختلف في صحة العمرى، وجعلها بعضهم تمليك المنافع، فلم ير له وطأها لهذا، ولو وطئها كان جائزا.

(٤٤٨٩) فصل: وإن وقت الهبة إلى غير العمرى والرقبى، فقال: وهبتك هذا لسنة، أو إلى أن يقدم الحاج، أو إلى أن يبلغ ولدي، أو مدة حياة فلان. ونحو هذا لم يصح لأنها تمليك للرقبة، فلم تصح مؤقتة، كالبيع، وتفارق العمرى والرقبى؛ لأن الإنسان إنما يملك الشيء عمره، فإذا ملكه عمره فقد وقته بما هو مؤقت به في الحقيقة، فصار ذلك كالمطلق. وإن شرط رجوعها إليه بعد ذلك، كان شرطا على غير الموهوب له، بخلاف غيره.

[مسألة قال سكناها لك عمرك]

(٤٤٩٠) مسألة قال: (وإن قال: سكناها لك عمرك. كان له أخذها أي وقت أحب؛ لأن السكنى ليست كالعمرى والرقبى) أما إذا قال: سكنى هذه الدار لك عمرك، أو اسكنها عمرك. أو نحو ذلك، فليس ذلك بعقد لازم؛ لأنه في التحقيق هبة المنافع، والمنافع إنما تستوفى بمضي الزمان شيئا فشيئا، فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى. وللمسكن الرجوع متى شاء، وأيهما مات بطلت الإباحة

وبهذا قال أكثر العلماء، وجماعة أهل الفتوى، منهم؛ الشعبي، والنخعي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وروي معنى ذلك عن حفصة. وقال الحسن، وعطاء، وقتادة: هي كالعمرى، تكون له ولعقبه؛ لأنها في معنى العمرى، فيثبت فيها مثل حكمها. وحكي عن الشعبي

أنه إذا قال: هي لك، اسكن حتى تموت. فهي له حياته وموته. وإن قال: داري هذه اسكنها حتى تموت. فإنها ترجع إلى صاحبها؛ لأنه إذا قال: هي لك. فقد جعل له رقبتها، فتكون عمرى. فإذا قال: اسكن داري هذه. فإنما جعل له نفعها دون رقبتها، فتكون عارية. **ولنا** أن هذا إباحة المنافع، فلم يقع لازما كالعارية. وفارق العمرى فإنها هبة للرقبة. فأما إذا قال: هذه لك، اسكنها حتى تموت. فإنه يحتمل لك سكناها حتى تموت. وتفسيرها بذلك دليل على أنه أراد." (١)

"[كتاب اللقطة]

وهي المال الضائع من ربه، يلتقطه غيره قال الخليل بن أحمد اللقطة، بفتح القاف: اسم للملتقط، لأن ما

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٧١

جاء على فعلة فهو اسم للفاعل، كقولهم: همزة ولمزة وضحكة وهزأة، واللقطة، بسكون القاف: المال الملقوط، مثل الضحكة الذي يضحك منه، والهزأة الذي يهزأ به. وقال الأصمعي وابن الأعرابي والفراء: هي بفتح القاف، اسم للمال الملقوط أيضا

والأصل في اللقطة ما روى زيد بن خالد الجهني قال: «سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن لقطة الذهب والورق، فقال: اعرف وكاءها، وعفاصها، ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوما من الدهر، فادفعها إليه. وسأله عن ضالة الإبل، فقال: مالك ولها، دعها، فإن معها حذاءها وسقاها، ترد الماء، وتأكل الشجر، حتى يجدها ربها وسأله عن الشاة، فقال: خذها، فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب» متفق عليه

والوكاء: الخيط الذي يشد به المال في الخرقة والعفاص: الوعاء الذي هي فيه، من خرقة أو قرطاس أو غيره قاله أبو عبيد والأصل في العفاص أنه الجلد الذي يلبسه رأس القارورة قوله: (معها حذاءها) يعني خفها، فإنه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء، وسقاؤها: بطنها لأنها تأخذ فيه ماء كثيرا، فيبقى معها يمنعها العطش. والضالة: اسم للحيوان خاصة، دون سائر اللقطة، والجمع ضوال، ويقال لها أيضا: الهوامي والهوافي والهوامل (٤٤٩٢)

فصل: قال إمامنا، - رحمه الله -: الأفضل ترك الالتقاط وروي معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر وبه قال جابر بن زيد والربيع بن خيثم وعطاء، ومر شريح بدرهم، فلم يعرض له. واختار أبو الخطاب أنه إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها، فالأفضل أخذها. وهذا قول الشافعي وحكي عنه قول آخر، أنه يجب أخذها لقول الله تعالى ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة: ٧١] فإذا كان وليه، وجب عليه حفظ ماله

وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأخذها أبي بن كعب وسويد بن غفلة وقال مالك إن كان شيئا له بال يأخذه أحب إلي، ويعرفه، لأن فيه حفظ مال المسلم عليه، فكان أولى من تضييعه، وتخليصه من الغرق. **ولنا** قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة، ولأنه تعريض لنفسه لأكل." (١)

"الحرام، وتضييع الواجب من تعريفها، وأداء الأمانة فيها، فكان تركه أولى وأسلم، كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر وما ذكروه يبطل بالضوال، فإنه لا يجوز أخذها مع ما ذكروه، وكذلك ولاية مال الأيتام.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٣/٦

[مسألة من وجد لقطة عرفها سنة في الأسواق وأبواب المساجد الفصل الأول في وجوب تعريف اللقطة]
مسألة قال: (ومن وجد لقطة، عرفها سنة في الأسواق وأبواب المساجد) وجملته أن في التعريف ستة فصول في وجوبه، وقدره وزمانه، ومكانه وكيفيته، ومن يتولاه (٤٤٩٤) أما وجوبه، فإنه واجب على كل ملتقط، سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها. وقال الشافعي: لا تجب على من أراد حفظها لصاحبها ولنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب، ولم يفرق، ولأن حفظها لصاحبها إنما يقيد بإيصالها إليه

وطريقه التعريف، أما بقاؤها في يد الملتقط من غير وصولها إلى صاحبها، فهو وهلاكها سيان، ولأن إمساكها من غير تعريف، تضييع لها عن صاحبها، فلم يجز، كردها إلى موضعها، أو إلقائها في غيره، ولأنه لو لم يجب التعريف، لما جاز الالتقاط؛ لأن بقاءها في مكانها إذا أقرب إلى وصولها إلى صاحبها، إما بأن يطلبها في الموضع الذي ضاعت فيه فيجدها، وإما بأن يجدها من يعرفها، وأخذه لها يفوت الأمرين، فيحرم، فلما جاز الالتقاط وجب التعريف، كي لا يحصل هذا الضرر

ولأن التعريف واجب على من أراد تملكها، فكذلك على من أراد حفظها، فإن التملك غير واجب، فلا تجب الوسيلة إليه، فيلزم أن يكون الوجوب في المحل المتفق عليه، لصيانتها عن الضياع عن صاحبها، وهذا موجود في محل النزاع.

[الفصل الثاني في قدر تعريف اللقطة]
(٤٤٩٥) الفصل الثاني: في قدر التعريف، وذلك سنة. روي ذلك عن عمر، وعلي، وابن عباس. وبه قال ابن المسيب، والشعبي، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وروي عن عمر، رواية أخرى، أنه يعرفها ثلاثة أشهر. وعنه ثلاثة أعوام؛ لأن أبي بن كعب روى أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمره بتعريف مائة الدينار ثلاثة أعوام وقال أبو أيوب الهاشمي ما دون الخمسين درهما يعرفها ثلاثة أيام إلى سبعة أيام.

وقال الحسن بن صالح: ما دون عشرة دراهم يعرفها ثلاثة أيام. وقال الثوري في الدرهم: يعرفه أربعة أيام. وقال إسحاق: ما دون الدينار يعرفه جمعة أو نحوها. وروى أبو إسحاق الجوزجاني، بإسناده، عن يعلى بن أمية." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٧٤

"- صلى الله عليه وسلم - في العصا والسوط والحبل وأشباهه، يلتقطه الرجل ينتفع به» . والحبل قد يكون قيمته دراهم

وعن ابن ماجه بإسناده، عن سويد بن غفلة، قال: خرجت مع سلمان بن ربيعة، وزيد بن صوحان، حتى إذا كنا بالعذيب، التقطت سوطا، فقالا لي: ألقه. فأبيت، فلما قدمنا المدينة، أتيت أبي بن كعب، فذكرت ذلك له، فقال: أصبت. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح. وللشافعية فيه ثلاثة أوجه كالمذاهب الثلاثة. ولنا على إبطال تحديده بما ذكروه، أن حديث زيد بن خالد عام في كل لقطة، فيجب إبقاؤه على عمومه، إلا ما خرج منه بالدليل، ولم يرد بما ذكروه نص، ولا هو في معنى ما ورد النص به

ولأن التحديد والتقدير لا يعرف بالقياس، وإنما يؤخذ من نص أو إجماع، وليس فيما ذكروه نص ولا إجماع. وأما حديث علي، فهو ضعيف، رواه أبو داود وقال: طرقه كلها مضطربة. ثم هو مخالف لمذهبهم ولسائر المذاهب، فتعين حمله على وجه من الوجوه غير اللقطة، إما لكونه مضطرا إليه أو غير ذلك، وحديث عائشة قضية في عين، لا يدرى كم قدر الخاتم، ثم هو قول صحابي، وكذلك حديث علي، وهم لا يرون ذلك حجة، وسائر الأحاديث ليس فيها تقدير، لكن يباح أخذ ما ذكره النبي - صلى الله عليه وسلم - وخص في أخذه من السوط والعصا والحبل، وما قيمته كقيمة ذلك

وقدره الشيخ أبو الفرج في كتابه بما دون القيراط، ولا يصح تحديده لما ذكرنا.

[فصل أخر تعريف اللقطة عن الحول الأول مع إمكانه]

(٤٥٠١) فصل: إذا أخر التعريف عن الحول الأول، مع إمكانه أثم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر به فيه، والأمر يقتضي الوجوب. وقال في حديث عياض بن حمار: «لا يكتم ولا يغيب» . ولأن ذلك وسيلة إلى أن لا يعرفها صاحبها، فإن الظاهر أنه بعد الحول ييأس منها، ويسلو عنها، ويترك طلبها. ويسقط التعريف بتأخيره عن الحول الأول، في المنصوص عن أحمد؛ لأن حكمة التعريف لا تحصل بعد الحول الأول

وإن تركه في بعض الحول، عرف بقيته. ويتخرج أن لا يسقط التعريف بتأخره؛ لأنه واجب، فلا يسقط بتأخيره عن وقته، كالعبادات وسائر الواجبات. ولأن التعريف في الحول الثاني يحصل به المقصود على نوع من القصور، فيجب الإتيان به؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم»

فعلى هذا إن أخر التعريف بعض الحول، أتى بالتعريف في بقيته، وأتمه من الحول الثاني. وعلى كلا القولين، لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول؛ لأن شرط الملك التعريف في الحول الأول، ولم يوجد. وهل له أن يتصدق بها أو يحبسها عنده أبدا؟ على روايتين. ويحتمل أن يلزمه دفعها إلى الحاكم،." (١)

"ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث زيد بن خالد: «فإن لم تعرف، فاستنفقها» . وفي لفظ: " وإلا فهي كسبيل مالك ". وفي لفظ: " ثم كلها ". وفي لفظ: " فانتفع بها ". وفي لفظ: " فشأنك بها ". وفي حديث أبي بن كعب: " فاستنفقها ". وفي لفظ: " فاستمتع بها ". وهو حديث صحيح. ولأن من ملك بالقرض ملك باللقطة كالفقير، ومن جاز له الالتقاط ملك به بعد التعريف، كالفقير. وحديثهم عن أبي هريرة لم يثبت، ولا نقل في كتاب يوثق به

ودعواهم في حديث عياض أن ما يضاف إلى الله لا يتملكه إلا من يستحق الصدقة. لا برهان لها، ولا دليل عليها، وبطلانها ظاهر؛ فإن الأشياء كلها تضاف إلى الله تعالى خلقا وملكا، قال الله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ [النور: ٣٣] .

[فصل تدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكما]

(٤٥٠٤) فصل: وتدخل اللقطة في ملكه عند تمام التعريف حكما، كالميراث. هذا ظاهر كلام الخرقي؛ لقوله: " وإلا كانت كسائر ماله ". وكذلك قال أحمد في رواية الجماعة: إذا جاء صاحبها، وإلا كانت كسائر ماله. واختار أبو الخطاب أنها لا تدخل في ملكه حتى يختار. واختلف أصحاب الشافعي؛ فمنهم من قال كقولنا، ومنهم من قال: يملكها بالنية

ومنهم من قال: يملكها بقوله: اخترت تملكها. ومنهم من قال: لا يملكها إلا بقوله، والتصرف فيها؛ لأن هذا تملك بعوض؛ فلم يحصل إلا باختيار المتملك، كالشراء. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإذا جاء صاحبها، وإلا فهي كسبيل مالك» . وقوله: " فاستنفقها ". ولو وقف ملكها على تملكها لبينه له، ولم يجوز له التصرف قبله. وفي لفظ: " فهي لك ". وفي لفظ: "كلها ". وهذه الألفاظ كلها تدل على ما قلنا

ولأن الالتقاط والتعريف سبب للتملك، فإذا تم وجب أن يثبت به الملك حكما، كالإحياء والاصطياد. ولأنه سبب يملك به، فلم يقف الملك بعده على قوله، ولا اختياره، كسائر الأسباب؛ وذلك لأن المكلف ليس

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٧٧

إليه إلا مباشرة الأسباب، فإذا أتى بها، ثبت الحكم قهرا وجبرا من الله تعالى، غير موقوف على اختيار المكلف. وأما الاقتراض فهو السبب في نفسه، فلم يثبت الملك بدونه.

[فصل التقطها اثنان فعرفاها حولا]

(٤٥٠٥) فصل: فإن التقطها اثنان، فعرفاها حولا، ملكاها جميعا. وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار، فاختار أحدهما دون الآخر، ملك المختار نصفها دون الآخر. وإن رأياها معا، فبادر أحدهما فأخذها، أو رآها أحدهما، فأعلم بها صاحبه، فأخذها، فهي لآخذها؛ لأن استحقاق اللقطة بالأخذ لا بالرؤية، كالاصطياد. وإن." [١]

"قال أحدهما لصاحبه: هاتها. فأخذها، نظرت في نيته؛ فإن أخذها لنفسه، فهي له دون الآمر، وإن أخذها للآمر، فهي له، كما لو وكله في الاصطياد له.

[فصل تملك اللقطة ملكا مراعى يزول بمجيء صاحبها]

(٤٥٠٦) فصل: وتملك اللقطة ملكا مراعى، يزول بمجيء صاحبها، ويضمن له بدلها إن تعذر ردها. والظاهر أنه يملكها بغير عوض يثبت في ذمته، وإنما يتجدد وجوب العوض بمجيء صاحبها، كما يتجدد زوال الملك عنها بمجيئه، وكما يتجدد وجوب نصف الصداق للزوج، أو بدله إن تعذر ثبوت الملك فيه بالطلاق. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وقال أكثرهم: لا يملكها إلا بعوض يثبت في ذمته لصاحبها وهذا قول القاضي وأصحابه، بدليل أنه يملك المطالبة به، فأشبه القرض. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإن جاء صاحبها، وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء» . فجعلها من المباحات، ولأنه لو مات لم يعزل من تركته بدلها، ولا يستحق أن يأخذ من الزكاة بسبب الغرم، ولا يلزمه أن يوصي به، ولا يمتنع وجوب الزكاة في ماله بسبب الدين، ولا يثبت شيء من أحكام الدين في حقه، وانتفاء أحكامه دليل على انتفائه. وقال القاضي: يمنع ذلك وجوب الزكاة، ولأنه لو ملكها بعوض لم يزل ملكه عنها بمجيء صاحبها ولو وقف ملكه لها على رضاه بالمعاوضة واختياره لأحدهما كالقرض، والأمر بخلاف ذلك، وإنما يستحق صاحبها المطالبة بعد مجيئه، بشرط تلفها، فإنها لو كانت موجودة لأخذها، ولم يستحق لها بدلا. وإن كانت تالفة تجدد له ملك المطالبة ببدلها، كما يتجدد له الملك فيها لو كانت موجودة، وكما يتجدد له

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٧٩

الملك في نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول، وفي بدله إن كان معدوما. وهذا أشبه بمسألتنا، وبه يبطل ما ذكروه. وأما القرض، فإنه لما ثبت بدله في الذمة، لم يعد الملك له في المقرض إلا برضاء المقرض واختياره.

[فصل كل ما جاز التقاطه ملك بالتعريف عند تمامه]

(٧٤٥٠) فصل: وكل ما جاز التقاطه، ملك بالتعريف عند تمامه، أثمانا كانت أو غيرها هذا كلام الخرقي، فإن لفظه عام في كل لفظه. وقد نقل ذلك عن أحمد، فإن محمد بن الحكم، روى عنه في الصياد يقع في شصه الكيس أو النحاس: يعرفه سنة، فإن جاء صاحبه، وإلا فهو كسائر ماله. وهذا نص في النحاس. وقال الشريف بن أبي موسى: هل حكم العروض في التعريف، وجواز التصرف فيها بعد ذلك، حكم الأثمان؟ على روايتين، أظهرهما أنها كالأثمان، ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقا بين الأثمان والعروض." (١)

"في ذلك

وقال أكثر أصحابنا: لا تملك العروض بالتعريف. قال القاضي: نص أحمد على هذا، في رواية الجماعة. واختلفوا فيما يصنع بها، فقال أبو بكر، وابن عقيل: يعرفها أبدا. وقال القاضي: هو بالخيار بين أن يقيم على تعريفها حتى يجيء صاحبها، وبين دفعها إلى الحاكم ليرى رأيه فيها. وهل له بيعها بعد الحول، ويتصدق بها؟ على روايتين، وقال الخلال: كل ما روي عن أحمد، أنه يعرفه سنة، ويتصدق به، والذي نقل أنه يعرف أبدا قول قديم، رجع عنه

واحتجوا بما روي عن ابن عمر، وابن عباس، وابن مسعود، مثل قولهم، ولأنها لقطة لا تملك في الحرم، فلا تملك في غيره كالإبل، ولأن الخبر ورد في الأثمان، وغيرها لا يساويها؛ لعدم الغرض المتعلق بعينها، فمثلها يقوم مقامها من كل وجه، بخلاف غيرها. **ولنا** عموم الأحاديث في اللقطة جميعها «؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – سئل عن اللقطة، فقال: عرفها سنة ثم قال في آخره: فانتفع بها، أو فشأنك بها» وفي حديث عياض بن حمار: " من وجد لقطة "

وهو لفظ عام وروى الجوزجاني، والأثرم في " كتابيهما "، قالا: حدثنا أبو نعيم، ثنا هشام بن سعد، قال حدثني عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: «أتى رجل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: يا رسول الله، كيف ترى في متاع يوجد في الطريق الميتاء، أو في قرية مسكونة؟ فقال: عرفه سنة، فإن جاء

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٨٠

صاحبه، وإلا فشأنك به» . ورويا أن سفيان بن عبد الله، وجد عيبة فأتى بها عمر بن الخطاب فقال: عرفها سنة، فإن عرفت، وإلا فهي لك. زاد الجوزجاني: فلم تعرف، فلقيه بها العام المقبل، فذكرها له، فقال عمر: هي لك، إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمرنا بذلك ورواه النسائي كذلك.

وهذا نص في غير الأثمان. وروى الجوزجاني بإسناده، عن الحر بن الصباح قال: كنت عند ابن عمر بمكة، إذ جاءه رجل. فقال: إني وجدت هذا البرد، وقد نشدته وعرفته فلم يعرفه أحد، وهذا يوم التروية، ويوم يتفرق الناس. فقال: إن شئت قومته قيمة عدل، ولبسته، وكنت له ضامنا، متى جاءك صاحبه دفعت إليه ثمنه، وإن لم يجئ له طالب فهو لك إن شئت

ولأن ما جاز التقاطه ملك بالتعريف، كالأثمان، وما حكوه عن الصحابة إن صح، فقد حكينا عن عمر وابنه خلافه. وقولهم: إنها لقطة لا تملك في الحرم ممنوع، ثم هو منقوض بالأثمان، ولا يصح قياسها على الإبل؛ لأن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء، وتأكل الشجر، حتى يأتيها ربها، ولا يوجد ذلك في غيرها، ولأن الإبل لا يجوز التقاطها، فلا تملك به، وهاهنا يجوز التقاطها، فتملك به، كالأثمان. ثم إذا لم تملك في الحرم، لا تملك في الحل؛ وذلك لأن الحرم ميز بكون لقطته لا يلتقطها إلا منشد، ولهذا لم تملك الأثمان بالتقاطها فيه، فلا يلزم أن لا تملك في موضع لم يوجد المانع فيه." (١)

"قال القاضي: ينبغي أن يعرف جنسها دراهم أو دنانير، ونوعها، وإن كانت ثيابا عرف لفافتها وجنسها، ويعرف قدرها بالكيل، وبالوزن أو بالعدد، أو الذرع، ويعرف العقد عليها، هل هو عقد واحد أو أكثر، أنشوطة أو غيرها، ويعرف صمام القارورة الذي تدخل رأسها، وعفاصها الذي تلبسه.

[فصل يشهد على اللقطة حين يجدها]

(٤٥١١) فصل: ويستحب أن يشهد عليها حين يجدها. قال أحمد، - رحمه الله -: لا أحب أن يمسها حتى يشهد عليها. فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب، وأنه إن لم يشهد عليها لا ضمان عليه. وبهذا قال مالك

والشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا لم يشهد عليها ضمنها؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من وجد لقطة، فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل» . وهذا أمر يقتضي الوجوب، ولأنه إذا لم يشهد كان الظاهر أنه أخذها لنفسه. ولنا خبر زيد بن خالد، وأبي بن كعب، فإنه أمرهما بالتعريف دون الإشهاد، ولا يجوز

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٨١

تأخير البيان عن وقت الحاجة، فلو كان واجبا لبينه النبي – صلى الله عليه وسلم – سيما وقد سئل عن حكم اللقطة فلم يكن ليخل بذكر الواجب فيها، فيتعين حمل الأمر في حديث عياض على الندب والاستحباب ولأنه أخذ أمانة، فلم يفتقر إلى الإشهاد، كالوديعة

والمعنى الذي ذكروه غير صحيح، فإنه إذا حفظها وعرفها فلم يأخذها لنفسه، وفائدة الإشهاد صيانة نفسه عن الطمع فيها، وكتمها وحفظها من ورثته إن مات، ومن غرمائه إن أفلس. وإذا أشهد عليها، لم يذكر للشهود صفاتها، لئلا ينتشر ذلك فيدعيها من لا يستحقها، ويذكر صفاتها، كما قلنا في التعريف، ولكن يذكر للشهود ما يذكره في التعريف من الجنس والنوع. قال أحمد، في رواية صالح، وقد سأله: إذا أشهد عليها هل يبين كم هي؟ قال: لا، ولكن يقول: قد أصبت لقطة. ويستحب أن يكتب صفاتها؛ ليكون أثبت لها مخافة أن ينساها إن اقتصر على حفظها بقلبه، فإن الإنسان عرضة النسيان.

[مسألة جاء رب اللقطة فوصفها له]

(٤٥١٢) مسألة قال: (فإن جاء ربها فوصفها له، دفعت إليه بلا بينة) يعني إذا وصفها بصفاتها المذكورة، دفعها إليه، سواء غلب على ظنه صدقه أو لم يغلب. وبهذا قال مالك، وأبو عبيد، وداود، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يجبر على ذلك إلا ببينة، ويجوز له دفعها إليه إذا غلب على ظنه صدقه. قال أصحاب الرأي: إن شاء دفعها إليه وأخذ كفيلا." (١)

"بذلك؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «البينة على المدعي»

ولأن صفة المدعي لا يستحق بها كالمغصوب. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها، فادفعها إليه» . قال ابن المنذر: هذا الثابت عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وبه أقول. ورواه ابن القصار: " فإن جاء باغيها، ووصف عفاصها وعددها، فادفعها إليه ". وفي حديث زيد الذي ذكرناه «اعرف وكاءها وعفاصها، ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف، فاستنفقها، وإن جاء طالبها يوما من الدهر، فأدها إليه» . يعني إذا ذكر صفاتها؛ لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث، ولم يذكر البينة في شيء من الحديث، ولو كانت شرطا للدفع، لم يجز الإخلال به، ولا أمر بالدفع بدونه، ولأن إقامة البينة على اللقطة تتعذر؛ لأنها إنما سقطت حال الغفلة والسهو، فتوقيف دفعها منع لوصولها إلى صاحبها أبدا، وهذا يفوت مقصود الالتقاط، ويفضي إلى تضييع أموال الناس، وما هذا سبيله يسقط

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٨٤

اعتبار البينة فيه، كالإنفاق على اليتيم. والجمع بين هذا القول وبين تفضيل الالتقاط على تركه متناقض جدا؛ لأن الالتقاط حينئذ يكون تضييعا لمال المسلم يقينا، وإتعابا لنفسه بالتعريف الذي لا يفيد، والمخاطرة بدينه بتركه الواجب من تعريفها، وما هذا سبيله يجب أن يكون حراما، فكيف يكون فاضلا. وعلى هذا نقول: لو لم يجب دفعها بالصفة، لم يجز التقاطها؛ لما ذكرناه، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «البينة على المدعي» . يعني إذا كان ثم منكر؛ لقوله في سياقه: «واليمين على من أنكر» . ولا منكر هاهنا، على أن البينة تختلف، وقد جعل النبي - صلى الله عليه وسلم - بينة مدعي اللقطة وصفها، فإذا وصفها فقد أقام بينته. وقياس اللقطة على المغصوب غير صحيح؛ فإن النزاع ثم في كونه مغصوبا، والأصل عدمه، وقول المنكر يعارض دعواه، فاحتيج إلى البينة، وها هنا قد ثبت كون هذا المال لقطة، وأن له صاحبا غير من هو في يده، ولا مدعي له إلا الواصف، وقد ترجح صدقه، فينبغي أن يدفع إليه.

(٤٥١٣) فصل: فإن وصفها اثنان، أقرع بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف أنها له، وسلمت إليه. وهكذا إن أقاما بينتين، أقرع بينهما، فمن وقعت له القرعة حلف، ودفعت إليه. ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: تقسم بينهما؛ لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع، فتساويا فيها، كما لو كانت في أيديهما. والذي قلناه أصح وأشبه بأصولنا، فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما، ولأنهما تداعيا عينا في يد غيرهما، وتساويا في البينة، أو في عدمها، فتكون لمن وقعت له القرعة، كما لو ادعيا وديعة في يد إنسان، فقال: هي لأحدكما، لا أعرفه عينا. وفارق ما إذا كانت في أيديهما؛ لأن يد كل واحد منهما على نصفه فرجح قوله فيه. وإن." (١)

"أتلفها الملتقط، أو تلفت بتفريطه، ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال، وبقيمتها إن لم يكن لها مثل. لا أعلم في هذا خلافا

وإن تلفت بعد الحول، ثبت في ذمته مثلها أو قيمتها بكل حال؛ لأنها دخلت في ملكه، وتلفت من ماله، وسواء فرط في حفظها أو لم يفرط. وإن وجد العين ناقصة، وكان نقصها بعد الحول، أخذ العين وأرش نقصها؛ لأن جميعها مضمون إذا تلفت، فكذلك إذا نقصت. وهذا قول أكثر الفقهاء الذين حكموا بملكه لها بمضي حول التعريف، وأما من قال: لا يملكها حتى يتملكها. لم يضمنه إياها حتى يتملكها، وحكمها قبل تملكه إياها حكمها قبل مضي حول التعريف. ومن قال: لا تملك اللقطة بحال

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٥/٦

لم يضمنه إياها. وبهذا قال الحسن، والنخعي، وأبو مجلز والحارث العكلي، ومالك، وأبو يوسف، قالوا: لا يضمن، وإن ضاعت بعد الحول. وقد ذكرنا فيما تقدم دليل دخولها في ملكه. وقال داود: إذا تملك العين وأتلفها، لم يضمنها.

وحكى ابن أبي موسى، عن أحمد، أنه لوح إلى مثل هذا القول؛ لحديث عياض بن حمار، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «فإن جاء ربها، وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء»

فجعله مباحا. وقوله في حديث أبي بن كعب: «فإن جاء من يعرفها، وإلا فهي كسبيل مالك» . وفي حديث زيد: «فإن جاء صاحبها، وإلا فشأنك بها» . وروي: " فهي لك ". ولم يأمره برد بدلها. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فإن لم تعرف فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها يوما من الدهر، فادفعها إليه» . وقال الأثرم: قال أحمد: أذهب إلى حديث الضحاك بن عثمان. جوده، ولم يروه أحد مثل ما رواه: «إن جاء صاحبها بعد سنة، وقد أنفقها، ردها إليه»

لأنها عين يلزم ردها لو كانت باقية، فيلزمه ضمانها إذا أتلفها، كما قبل الحول، ولأنه مال معصوم، فلم يجز إسقاط حقه منه مطلقا، كما لو اضطر إلى مال غيره، وإن وجد العين زائدة بعد الحول زيادة متصلة، أخذها بزيادتها؛ لأنها تتبع في الرد بالعيب والإقالة، فتبعت هاهنا. وإن حدث بعد الحول لها نماء منفصل، فهو للملتقط؛ لأنه نماء ملكه متميز لا يتبع في الفسوخ، فكان له، كنماء المبيع إذا رد بعيب. وذكر أبو الخطاب فيه وجها آخر، بناء على المفلس إذا استرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة، والولد إذا استرجع أبوه ما وهبه له بعد زيادته.

والصحيح أن الزيادة للملتقط؛ لما ذكرناه. وكذلك الصحيح في الموضعين اللذين ذكرهما أن الزيادة لمن حدثت في ملكه. ثم الفرق بينهما أنه في مسألتنا يضمن النقص، فتكون له الزيادة، ليكون الخراج بالضمان، وثم لا ضمان عليه، فأمكن أن لا يكون الخراج له، والله أعلم. ومتى اختلفا في القيمة أو المثل، فالقول قول الملتقط مع يمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته مما حلف عليه.." (١)

"إحداهما يلزمه دينار، أو اثنا عشر درهما، للخبر المروي فيه، ولأن ذلك يروى عن عمر وعلي – رضي الله عنهما –. والثانية، له أربعون درهما إن رده من خارج المصر اختارها الخلال، وهو قول ابن مسعود، وشريح. فروى أبو عمرو الشيباني قال: قلت لعبد الله بن مسعود: إني أصبت عبيدا إباقا. فقال: لك أجر وغنيمة. فقلت: هذا الأجر، فما الغنيمة؟ قال: من كل رأس أربعين درهما. وقال أبو إسحاق:

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٨٧

أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما. وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الأول. قال الخلال: حديث ابن مسعود أصح إسنادا.

وروي عن عمر بن عبد العزيز، أنه قال: إذا وجده على مسيرة ثلاث، فله ثلاثة دنانير. وقال أبو حنيفة: إن رده من مسيرة ثلاثة أيام، فله أربعون درهما، وإن كان من دون ذلك، يرضخ له على قدر المكان الذي تعني إليه

ولا فرق عند إمامنا بين أن يزيد الجعل على قيمة العبد أو لا يزيد. وبهذا قال أبو يوسف ومحمد. وقال أبو حنيفة: إن كان قليل القيمة نقص الجعل من قيمته درهما، لئلا يفوت عليه العبد جميعه. **ولنا** عموم الدليل، ولأنه جعل يستحق في رد الآبق، فاستحقه وإن زاد على قيمته، كما لو جعله له صاحبه، ويستحقه إن مات سيده في تركته. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال أبو يوسف: إن كان الذي رده من ورثة المولى، سقط الجعل **ولنا** أن هذا عوض عن عمله، فلا يسقط بالموت، كالأجر في الإجارة، وكما لو كان من غير ورثة المولى. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين كون من رده معروفا برد الإباق أو لم يكن. وبهذا قال أصحاب الرأي. وقال مالك: إن كان معروفا بذلك، استحق الجعل، وإلا فلا. **ولنا** الخبر، والأثر المذكور من غير تفريق، ولأنه رد آبقا، فاستحق الجعل، كالمعروف بردهم.

[فصل أخذ الآبق لمن وجده]

(٤٥٣٣) فصل: ويجوز أخذ الآبق لمن وجده. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه خلافا؛ وذلك لأن العبد لا يؤمن لحاقه بدار الحرب، وارتداده، واشتغاله بالفساد في سائر البلاد، بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها. فإذا أخذه فهو أمانة في يده، إن تلف بغير تفريطه، فلا ضمان عليه، وإن وجد صاحبه، دفعه إليه إذا أقام به البينة، أو اعترف العبد أنه سيده. وإن لم يجد سيده، دفعه إلى الإمام أو نائبه،." (١)

"فيحفظه لصاحبه، أو يبيعه إن رأى المصلحة في بيعه، ونحو ذلك قال مالك، وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه مخالفا

وليس لملتقطه بيعه ولا تملكه بعد تعريفه؛ لأن العبد ينحفظ بنفسه، فهو كضوال الإبل. فإن باعه، فالبيع فاسد، في قول عامة أهل العلم، منهم؛ أبو حنيفة والشافعي. وإن باعه الإمام لمصلحة رآها في بيعه، فجاء

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٩٨

سيده فاعترف أنه كان أعتقه، قبل منه؛ لأنه لا يجر إلى نفسه بهذا نفعا، ولا يدفع عنها ضررا. ويحتمل أن لا يقبل؛ لأنه ملك لغيره، فلا يقبل إقراره في ملك غيره، كما لو باعه السيد ثم أقر بعتقه. فعلى هذا ليس لسيده أخذ ثمنه؛ لأنه يقر أنه حر

ولا يستحق ثمنه، ولكن يؤخذ إلى بيت المال؛ لأنه لا مستحق له، فهو كتركة من مات ولا وارث له. فإن عاد السيد فأنكر العتق، وطلب المال، دفع إليه؛ لأنه مال لا منازع له فيه.

[فصل أبق العبد فحصل في يد حاكم فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخر]

(٤٥٣٤) فصل: وإذا أبق العبد، فحصل في يد حاكم، فأقام سيده بينة عند حاكم بلد آخر أن فلانا الذي صفته كذا وكذا، واستقصى صفاته، عبد فلان بن فلان أبق منه، فقبل الحاكم بينته، وكتب الحاكم إلى الحاكم الذي عنده العبد: ثبت عندي إباق فلان الذي صفته كذا وكذا. قبل كتابه، وسلم إليه العبد. وهذا قول أبي يوسف، وأحد قولي الشافعي، إلا أن أبا يوسف قال: يأخذ به كفيلا؛ لأن البينة أثبتته بصفاته، كما ثبت في الذمة بوصفه في السلم

وقال أبو حنيفة، ومحمد: لا يجب تسليمه؛ لأنهم لا يشهدون على عينه، وإنما يشهدون بالصفات، وقد تتفق الصفات مع اختلاف الأعيان، ويفارق المسلم فيه، فإن الواجب أقل ما يوجد منه الصفة، وهو غير معين. **ولنا** أنه يقبل كتاب الحاكم إلى الحاكم على شخص غائب، ويؤخذ المحكوم عليه بالحق، وليس ثم شهادة على عين، وإنما يؤخذ المحكوم عليه باسمه ونسبه وصفته، فكذا هاهنا، إذا ثبت وجوب تسليمه، فإن الحاكم الذي يسلمه يختم في عنقه خيطا ضيقا لا يخرج من رأسه، ويدفعه إلى المدعي أو وكيله، ليحمله إلى الحاكم الكاتب، ليشهد الشهود على عينه، فإن شهدوا بعينه، سلم إلى مدعيه، وإن لم يشهدوا وجب رده إلى الحاكم الأول، ويكون في ضمان الذي أخذه؛ لأنه أخذه بغير استحقاق.

[مسألة كان التقطها قبل ذلك فردها لعلة الجعل]

مسألة قال: (وإن كان التقطها قبل ذلك، فردها لعلة الجعل، لم يجز له أخذه) . إنما كان كذلك؛ لأنه إذا التقطها قبل أن يبلغه الجعل، فقد التقطها بغير عوض، وعمل في مال غيره بغير جعل، فلا يستحق شيئا،

كما لو التقطها ولم يجعل ربها فيها شيئا. وفارق الملتقط بعد بلوغه الجعل؛ فإنه إنما بذل منافعه بعوض جعل له، فاستحقه، كالأجير إذا عمل بعد العقد. وسواء كان التقاطه." (١)

"أيتصدق بمال الغير؟

، وهذه المسألة قد مضى نحوها فيما إذا لم يعرف الملتقط اللقطة في حولها، فإنه لا يملكها وإن عرفها فيما بعد ذلك؛ لأن التعريف بعده لا يفيد ظاهرا، لكون صاحبها يئس منها، وترك طلبها. وهذه المسألة تدل على أنه إذا ترك التعريف لعذر، كان كتركه لغير عذر؛ لكون الصبي من أهل العذر، وقد ذكرنا في هذا وجهين فيما تقدم. وقال أحمد، في غلام لم يبلغ، أصاب عشرة دنانير، فذهب بها إلى منزله، فضاعت، فلما بلغ أراد ردها، فلم يعرف صاحبها: تصدق بها، وإن لم يجد عشرة، وكان يجحف به، تصدق قليلا قليلا

قال القاضي: معنى هذا أنها تلفت بتفريط الصبي، وهو أنه لم يعلم وليه حتى يقوم بتعريفها.

[فصل وجد العبد لقطة]

(٤٥٣٨) فصل: وإذا وجد العبد لقطة، فله أخذها بغير إذن سيده، ويصح التقاطه. وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: لا يصح التقاطه؛ لأن اللقطة في الحول الأول أمانة ولاية، في الثاني تملك، والعبد ليس من أهل الولايات ولا الملك. **ولنا** عموم الخبر، ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي ويصح منه، فصح من العبد، كالاحتطاب والاصطياد، ولأن من جاز له قبول الوديعة، صح منه الالتقاط، كالحر

وقولهم: إن العبد ليس من أهل الولايات والأمانات. يبطل بالصبي والمجنون، فإنهما أدنى حالا منه في هذا. وقولهم: إن العبد لا يملك ممنوع، وإن سلمنا، فإنه يتملك لسيده، كما يحصل بسائر الاكتساب، ولأن الالتقاط تخليص مال من الهلاك، فجاز من العبد بغير إذن سيده، كإنقاذ المال الغريق والمغصوب. إذا ثبت هذا، فإن التقط العبد لقطة كانت أمانة في يده، إن تلفت بغير تفريط في حول التعريف، لم يضمن، وإن تلفت بتفريط أو إتلاف، وجب ضمانها في رقبته، كسائر جناياته، وإن عرفها، صح تعريفه؛ لأن له قولا صحيحا، فصح تعريفه، كالحر، فإذا تم حول التعريف، ملكها سيده؛ لأن الالتقاط كسب العبد، وكسبه لسيده

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٩٩

وإن علم السيد بلقطة عبده، كان له انتزاعها منه؛ لأنها من كسب العبد، وللسيد انتزاع كسبه من يده، فإذا انتزعها بعد أن عرفها العبد ملكها، وإن كان لم يعرفها، عرفها سيده حولا كاملا، وإن كان العبد قد عرفها بعض الحول، عرفها السيد تمامه. فإن اختار السيد إقرارها في يد عبده، نظرت؛ فإن كان العبد أمينا جاز، وكان السيد مستعينا بعبده في حفظها، كما يستعين به في حفظ ماله، وإن كان العبد غير أمين، كان السيد مفرطا بإقرارها في يده، ولزمه ضمانها، كما لو أخذها من يده ثم ردها إليه؛ لأن يد العبد كيده، وما يستحق بها فهو لسيده

وإن أعتق السيد عبده بعد الالتقاط، فله انتزاع اللقطة من يده؛ لأنها من كسبه، وأكسابه لسيده. ومتى علم العبد أن سيده غير مأمون عليها، لزمه سترها عنه، وتسليمها." (١)

"إلى الحاكم، ليعرفها، ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان. فإن أعلم سيده بها، فلم يأخذها منه، أو أخذها فعرفها وأدى الأمانة فيها فتلفت في الحول الأول بغير تفريطه، فلا ضمان فيها؛ لأنها لم تتلف بتفريط من أحدهما، وإن لم يؤد الأمانة فيها، وجب ضمانها، ويتعلق الضمان برقبة العبد وذمة السيد جميعا؛ لأن التفريط حصل منهما جميعا.

[فصل المكاتب كالحر في اللقطة]

(٤٥٣٩) فصل: والمكاتب كالحر في اللقطة؛ لأن المال له في الحال، وأكسابه له دون سيده، واللقطة من أكسابه، فإن عجز عاد عبدا، وصار حكمه في اللقطة حكم العبد، على ما مر بيانه. وأم الولد، والمعلق عتقه بصفة، والمدبر كالقن. ومن نصفه حر إذا التقط شيئا، ولم يكن بينه وبين سيده مهايأة، فهو بينهما بعد التعريف نصفين، كسائر أكسابه، وهي بينهما في حول التعريف كالحرين إذا التقطا لقطة، وإن كان بينهما مهايأة، ففيها وجهان أحدهما لا تدخل في المه ايأة؛ لأنها كسب نادر، لا يعلم وجوده ولا يظن، فلم تدخل في المهايأة، وتكون بينهما

والثاني: تدخل في المهايأة؛ لأنها من كسبه، فأشبهت سائر أكسابه، فإن وجدها في يومه فهي له، وإن وجدها في يوم سيده فهي له، وإن كان العبد مشتركا بين اثنين، فلقطته بينهما، على ما ذكرنا في من بعضه حر وبعضه رقيق.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠١/٦

[فصل الذمي في الالتقاط كالمسلم]

(٤٥٤٠) فصل: والذمي في الالتقاط كالمسلم. ومن أصحاب الشافعي من قال: ليس له الالتقاط في دار الإسلام؛ لأنه ليس من أهل الأمانة. **ولنا** أنها نوع اكتساب، فكان من أهلها، كالحش والاحتطاب. وما ذكروه يبطل بالصبي والمجنون، فإنه يصح التقاطهما، مع عدم الأمانة. إذا ثبت هذا، فإنه إن عرف اللقطة حولا كاملا، ملكها كالمسلم، وإن علم بها الحاكم أو السلطان، أقرها في يده.

وضم إليه مشرفا عدلا يشرف عليه، ويعرفها؛ لأننا لا نأمن الكافر على تعريفها، ولا نأمنه أن يخل في التعريف بشيء من الواجب عليه فيه، وأجر المشرف عليه، فإذا تم حول التعريف ملكها الملتقط. ويحتمل أن تنزع من يد الذمي، وتوضع على يد عدل؛ لأنه غير مأمون عليها.." (١)

"[فصل غير الأمين لا يأخذ اللقطة]

(٤٥٤١) فصل: ويستحب لمن ليس بأمين أن لا يأخذ اللقطة؛ لأنه يعرض نفسه للأمانة، وليس هو من أهلها، فإن التقط صح التقاطه؛ لأنها جهة من جهات الكسب، وهو من أهل الكسب، ولأنه إذا صح التقاط الكافر، فالمسلم أولى، فإذا التقطها فعرفها حولا، ملكها كالعدل. وإن علم الحاكم أو السلطان بها، أقرها في يده، وضم إليه مشرفا يشرف عليه، ويتولى تعريفها كما قلنا في الذمي؛ لأنه لا نأمنه عليها. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي في أحد قوليه، وقال في الآخر: ينزعها من يده، ويضعها في يد عدل

ولنا أن من خلى بينه وبين الوديعة، لم تزل يده عن اللقطة، كالعدل، والحفظ يحصل بضم المشرف إليه، وإن لم يمكن المشرف حفظها منه، انتزعت من يده، وتركت في يد عدل، فإذا عرفها وتمت السنة، ملكها ملتقطها؛ لأن سبب الملك وجد منه.

[مسألة وجد الشاة بمصر أو بمهلكة]

مسألة قال: (وإذا وجد الشاة بمصر، أو بمهلكة، فهي لقطة) يعني أنه يباح أخذها والتقاطها، وحكمها إذا أخذها حكم الذهب والفضة، في التعريف والملك بعده. هذا الصحيح من مذهب أحمد، وقول أكثر أهل العلم. قال ابن عبد البر: أجمعوا على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف عليها له أكلها، وكذلك الحكم في كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع، وهي الثعلب، وابن آوى، والذئب، وولد الأسد ونحوها فما لا يمتنع منها، كفصلان الإبل، وعجول البقر، وأفلاء الخيل، والدجاج، والإوز ونحوها، يجوز التقاطه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٠٢

ويروى عن أحمد رواية أخرى، ليس لغير الإمام التقاطها. وقال الليث بن سعد: لا أحب أن يقربها، إلا أن يحوزها لصاحبها؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم -: «لا يؤوي الضالة إلا ضال» . ولأنه حيوان أشبه الإبل. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «لما سئل عن الشاة: خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» . متفق عليه

ولأنه يخشى عليه التلف والضياع، فأشبه لقطة غير الحيوان، وحديثنا أخص من حديثهم، فنخصه به، والقياس على الإبل لا يصح؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – علل منع التقاطها بأن معها حذاءها وسقاءها، وهذا معدوم في الغنم، ثم قد فرق النبي – صلى الله عليه وسلم – بينهما في خبر واحد، فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما، ولا قياس ما أمر بالتقاطه على ما منع ذلك فيه. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن يجدها بمصر أو بمهلكة. وقال مالك، وأبو عبيد، وابن المنذر،." (١)

"في الشاة توجد في الصحراء: اذبحها، وكلها. وفي المصر: ضمها حتى يجدها صاحبها؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» . والذئب لا يكون في المصر

ولنا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: " خذها ". ولم يفرق، ولم يستفصل، ولو افترق الحال لسأل واستفصل، ولأنها لقطة، فاستوى فيها المصر والصحراء، كسائر اللقطات. وقولهم: إن الذئب لا يكون إلا في الصحراء. قلنا: كونها للذئب في الصحراء لا يمنع كونها لغيره في المصر. إذا ثبت هذا، فإنه متى عرفها حولا كاملا، ملكها. وذكر القاضي، وأبو الخطاب، عن أحمد، رواية أخرى، أنه لا يملكها. ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم -: «هي لك أو لأخيك» ، فأضافها إليه فاللام التمليك، ولأنها يباح التقاطها، فملكت بالتعريف، كالأثمان، ولأن ذلك إجماع، حكاه ابن عبد البر.

[فصل يتخير ملتقط ضارة الغنم بين ثلاثة أشياء]

(٤٥٤٣) فصل: ويتخير ملتقطها بين ثلاثة أشياء؛ أكلها في الحال. وبهذا قال مالك، وأبو حنيفة، والشافعي، وغيرهم. قال ابن عبد البر: أجمعوا على أن ضالة الغنم، في الموضع المخوف عليها، له أكلها. والأصل في ذلك قول النبي – صلى الله عليه وسلم -: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» . فجعلها له في الحال، وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يستأني بأكلها، ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الإنفاق

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٠٣

عليها، وحراسة لماليتها على صاحبها إذا جاء.

فإنه يأخذ قيمتها بكمالها من غير نقص، وفي إبقائها تضييع للمال بالإنفاق عليها، والغرامة في علفها، فكان أكلها أولى. ومتى أراد أكلها حفظ صفتها، فمتى جاء صاحبها غرمها له، في قول عامة أهل العلم، إلا مالكا، فإنه قال: كلها، ولا غرم عليك لصاحبها ولا تعريف؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " هي لك ". ولم يوجب فيها تعريفا ولا غرما، وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يعرف ولا يغرم. قال ابن عبد البر: لم يوافق مالكا أحد من العلماء على قوله. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث عبد الله بن عمرو: «رد على أخيك ضالته»

دليل على أن الشاة على ملك صاحبها، ولأنها لقطة لها قيمة، وتتبعها النفس، فتجب غرامتها لصاحبها إذا جاء كغيرها، ولأنها ملك لصاحبها، فلم يجز تملكها عليه بغير عوض من غير رضاه، كما لو كانت بين البنيان، ولأنها عين يجب ردها مع بقائها، فوجب غرمها إذا أتلفها، كلقطة الذهب. وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: " هي لك ". لا يمنع وجوب غرامتها، فإنه قد أذن في لقطة الذهب والورق بعد تعريفها، في أكلها وإنفاقها، وقال: " هي كسائر مالك ". ثم أجمعنا على وجوب غرامتها، كذلك الشاة، ولا فرق في إباحة أكلها بين وجدانها." (١)

"في الصحراء أو في المصر

وقال مالك، وأبو عبيد، وأصحاب الشافعي، وابن المنذر: ليس له أكلها في المصر؛ لأنه يمكن بيعها، بخلاف الصحراء. **ولنا** أن ما جاز أكله في الصحراء، أبيح في المصر، كسائر المأكولات، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " هي لك ". ولم يفرق، ولأن أكلها معلل بما ذكرنا من الاستغناء عن الإنفاق عليها، وهذا في المصر أشد منه في الصحراء.

الثاني، أن يمسكها على صاحبها، وينفق عليها من ماله، ولا يتملكها. وإن أحب أن ينفق عليها محتسبا بالنفقة على مالكها، وأشهد على ذلك، فهل له أن يرجع بالنفقة؟ على روايتين إحداهما يرجع به

نص عليه، في رواية المروذي، في طيرة أفرخت عند قوم، فقضى أن الفراخ لصاحب الطيرة، ويرجع بالعلف إذا لم يكن متطوعا. وقضى عمر بن عبد العزيز في من وجد ضالة، فأنفق عليها، وجاء ربها، بأنه يغرم له ما أنفق؛ وذلك لأنه أنفق على اللقطة لحفظها، فكان من مال صاحبها، كمؤنة الرطب والعنب. والرواية الثانية، لا يرجع بشيء. وهو قول الشعبي، والشافعي. ولم يعجب الشعبي قضاء عمر بن عبد العزيز؛ لأنه أنفق على

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٠٤

مال غيره بغير إذنه، فلم يرجع.

كما لو بني داره، ويفارق العنب والرطب، فإنه ربما كان تجفيفه والإنفاق عليه في ذلك أحظ لصاحبه؛ لأن النفقة لا تتكرر، والحيوان يتكرر الإنفاق عليه، فربما استغرق قيمته، فكان بيعه أو أكله أحظ، فلذلك لم يحتسب المنفق عليها بما أنفق. الثالث أن يبيعها ويحفظ ثمنها لصاحبها، وله أن يتولى ذلك بنفسه. وقال بعض أصحاب الشافعي: يبيعها بإذن الإمام.

ولنا أنه إذا جاز له أكلها بغير إذن، فبيعها أولى. ولم يذكر أصحابنا لها تعريفا في هذه المواضع

وهذا قول مالك؛ لحديث زيد بن خالد؛ فإنه - صلى الله عليه وسلم - قال: «خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» . ولم يأمر بتعريفها، كما أمر في لقطة الذهب والورق. **ولنا** أنها لقطة لها خطر، فوجب تعريفها، كالمطعوم الكثير، وإنما ترك ذكر تعريفها لأنه ذكرها بعد بيانه التعريف فيما سواها، فاستغني بذلك عن ذكره فيها، ولا يلزم من جواز التصرف فيها في الحول سقوط التعريف، كالمطعوم.

(٤٥٤٤) فصل: إذا أكلها ثبتت قيمتها في ذمته، ولا يلزمه عزلها؛ لعدم الفائدة في ذلك، فإنها لا تنتقل من الذمة إلى المال المعزول. ولو عزل شيئا ثم أفلس، كان صاحب اللقط أسوة الغرماء، ولم يختص بالمال المعزول.." (١)

"وإن باعها، وحفظ ثمنها، وجاء صاحبها، أخذه، ولم يشاركه فيه أحد من الغرماء؛ لأنه عين ماله، لا شيء للمفلس فيه.

[فصل التقاط ما لا يبقى عاما]

(٤٥٤٥) فصل: وإذا التقط ما لا يبقى عاما، فذلك نوعان؛ أحدهما ما لا يبقى بعلاج ولا غيره، كالطبيخ، والبطيخ، والفاكهة التي لا تجفف، والخضراوات. فهو مخير بين أكله، وبيعه وحفظ ثمنه، ولا يجوز إبقاؤه؛ لأنه يتلف. فإن تركه حتى تلف، فهو من ضمانه؛ لأنه فرط في حفظه، فلزمه ضمانه، كالوديعة. فإن أكله ثبتت القيمة في ذمته، على ما ذكرناه في لقطة الغنم. وإن باعه وحفظ ثمنه، جاز

وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وله أن يتولى بيعه بنفسه. وعن أحمد، أن له بيع اليسير، وإن كان كثيرا دفعه إلى السلطان. وقال أصحاب الشافعي: ليس له بيعه إلا بإذن الحاكم، فإن عجز عنه، جاز البيع بنفسه؛ لأنه حال ضرورة، فأما مع القدرة على استئذانه، فلا يجوز من غير إذنه؛ لأنه مال معصوم، لا ولاية عليه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٠٥

فلم يجز لغير الحاكم بيعه، كغير اللقطة. **ولنا** أنه مال أبيح للملتقط أكله، فأبيح له بيعه، كماله، ولأنه مال أبيح له بيعه عند العجز عن الحاكم، فجاز عند القدرة عليه، كماله

إذا ثبت هذا، فإنه متى أراد أكله أو بيعه، حفظ صفاته، ثم عرفه عاما، فإذا جاء صاحبه، فإن كان قد باعه وحفظ ثمنه، دفعه إليه، وإن كان قد أكله أو أكل ثمنه، غرمه له بقيمته يوم أكله. وإن تلف الثمن بغير تفريط قبل تملكه، أو نقص أو تلفت العين، أو نقصت من غير تفريطه، فلا ضمان على الملتقط. وإن تلفت أو نقصت أو نقص الثمن لتفريطه، فعلى الملتقط ضمانه، وكذلك إن تلف الثمن بعد تملكه، أو نقص، ضمنه.

النوع الثاني ما يمكن إبقاؤه بالعلاج، كالعنب والرطب، فينظر ما فيه الحظ لصاحبه.

فإن كان في التجفيف جففه، ولم يكن له إلا ذلك؛ لأنه مال غيره، فلزمه ما فيه الحظ لصاحبه، كولي اليتيم، وإن احتاج في التجفيف إلى غرامة. باع بعضه في ذلك. وإن كان الحظ في بيعه، باعه، وحفظ ثمنه، كالطعام والرطب، فإن تعذر بيعه، ولم يمكن تجفيفه، تعين أكله، كالبطيخ. وإن كان أكله أنفع لصاحبه. فله أكله أيضا؛ لأن الحظ فيه. ويقتضي قول أصحابنا: إن العروض لا تملك بالتعريف

أن هذا كله لا يجوز له أكله، لكن يخير بين الصدقة به وبين بيعه. وقد قال أحمد في من يجد في منزله طعاما لا يعرفه: يعرفه ما لم يخش فساده، فإن خشي فساده، تصدق به، فإن جاء صاحبه غرمه. وكذلك قال مالك. وأصحاب الرأي، في لقطة ما لا يبقى سنة: يتصدق به. وقال الثوري: يبيعه، ويتصدق بثمنه.." (١)

"وثني حربي، فهو حاصل في يد المسلمين بغير عهدة ولا عقد، فيكون لواجده، ويصير مسلما بإسلام سابيه، أو يكون ابن ذميين، أو أحدهما ذمي، فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب، أو يكون ابن مسلم أو ابن مسلمين، فيكون مسلما. قال أحمد، في أمة نصرانية، ولدت من فجور: ولدها مسلم؛ لأن أبويه يهودانه وينصرانه، وهذا ليس معه إلا أمه

وإذا لم يكن لهذا الولد حال يحتمل أن يقر فيها على دين لا يقر أهله عليه، فكيف يرد إلى دار الحرب.

[فصل جناية اللقيط]

(٤٥٥٩) فصل: إذا جنى اللقيط جناية تحملها العاقلة، فالعقل على بيت المال؛ لأن ميراثه له، ونفقته عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٦/٦

وإن جنى جناية لا تحملها العاقلة، فحكمه فيها غير حكم اللقيط؛ إن كانت توجب القصاص وهو بالغ عاقل، اقتص منه، وإن كانت موجبة للمال وله مال، استوفي منه، وإلا كان في ذمته حتى يوسر. وإن جني عليه في النفس جناية توجب الدية، فهي لبيت المال؛ لأنه وارثه

وإن كان عمدا محضا، فالإمام مخير بين استيفاء القصاص إن رآه أحظ للملاقيط، والعفو على مال. وبهذا قال الشافعي، وابن المنذر، وأبو حنيفة، إلا أنه يخيره بين القصاص والمصالحة؛ وذلك لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فالسلطان ولي من لا ولي له» . وإن جني عليه فيما دون النفس جناية توجب الأرش قبل بلوغه، فلوليه أخذ الأرش. وإن كانت عمدا موجبة للقصاص، وللقيط مال يكفيه، وقف الأمر على بلوغه ليقتص أو يعفو، سواء كان عاقلا أو معتوها

وإن لم يكن له مال، وكان عاقلا، انتظر بلوغه أيضا، وإن كان معتوها فللولي العفو على مال يأخذه له؛ لأن المعتوه ليس له حال معلومة منتظرة، فإن ذلك قد يدوم به، والعاقل له حال منتظرة، فافترقا. وفي الحال التي ينتظر بلوغه، فإن الجاني يحبس حتى يبلغ اللقيط، فيستوفي لنفسه. وهذا مذهب الشافعي، وقد روي عن أحمد رواية أخرى، أن للإمام استيفاء القصاص له. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنه أحد نوعي القصاص فكان للإمام استيفاؤه عن اللقيط، كالقصاص في النفس. **ولنا** أنه قصاص لم يتحتم استيفاؤه، فوقف على قوله، كما لو كان بالغا غائبا، وفارق القصاص في النفس، فإن القصاص ليس هو له، إنما هو لوارثه، والإمام المتولي له.

[فصل قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا]

(٤٥٦٠) فصل: وإن قذف اللقيط بعد بلوغه محصنا، حد ثمانين؛ لأنه حر. وإن قذفه قاذف، وهو محصن، فعليه الحد؛ لأنه محكوم بحريته. فإن ادعى القاذف أنه عبد، فصدقه اللقيط، سقط الحد؛ لإقرار المستحق بسقوط الحد، ويجب التعزير؛ لقذفه من ليس بمحصن. وإن كذبه اللقيط، وقال: إني حر فالقول قوله؛ لأنه محكوم بحريته، فقوله موافق للظاهر، ولذلك أوجبنا عليه حد الحر إذا كان قاذفا، وأوجبنا له القصاص، وإن." (١)

"عليهم

فلم يجعل له الإنفاق عليهم من غير إذن الحاكم. فقال بعض أصحابنا: هذا مثله. والصحيح أن هذا مخالف

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١١٤

له من وجهين؛ أحدهما، أن الملتقط له ولاية على اللقيط، وعلى ماله؛ فإن له ولاية أخذه وحفظه. والثاني، أنه ينفق على اللقيط من ماله، وهذا بخلافه، ولأن الإنفاق على الصبي من مال أبيه مشروط بكون الصبي محتاجا إلى ذلك، لعدم ماله، وعدم نفقة تركها أبوه برسمه، وذلك لا يقبل فيه قول المودع، فاحتيج إلى إثبات ذلك عند الحاكم.

ولا كذلك في مسألتنا، فلا يلزم من وجوب استئذان الحاكم ثم وجوبه في اللقيط. ومتى لم يجد حاكما، فله الإنفاق بكل حال؛ لأنه حال ضرورة. وقال الشافعي: ليس له أن ينفق بغير إذن الحاكم في موضع يجد حاكما، وإن أنفق ضمن، بمنزلة ما لو كان لأبي الصغير ودائع عند إنسان، فأنفق عليه منه؛ وذلك لأنه لا ولاية له على ماله، وإنما له حق الحضانة. وإن لم يجد حاكما، ففي جواز الإنفاق وجهان؛ **ولنا** ما ذكرناه ابتداء، ولا نسلم أنه لا ولاية له على مال.

فإنا قد بينا أن له أخذه وحفظه، وهو أولى الناس به، وذكرنا الفرق بين اللقيط وبين ما قاسوا عليه. فإذا ثبت هذا، فالمستحب أن يستأذن الحاكم في موضع يجد حاكما؛ لأنه أبعد من التهمة، وأقطع للظنة، وفيه خروج به من الخلاف، وحفظ لماله من أن يرجع عليه بما أنفق. فإذا ثبت هذا، فينبغي أن ينفق عليه بالمعروف كما ذكرنا في ولي اليتيم، فإذا بلغ اللقيط، واختلفا في قدر ما أنفق، وفي التفريط في الإنفاق، فالقول قول المنفق؛ لأنه أمين، فكان القول قوله في ذلك، كولي اليتيم.

[مسألة ولاء اللقيط]

(٤٥٦٣) مسألة قال: (وولاؤه لسائر المسلمين) يعني ميراثه لهم، فإن اللقيط حر الأصل، ولا ولاء عليه، وإنما يرثه المسلمون؛ لأنهم خولوا كل مال لا مالك له، ولأنهم يرثون مال من لا وارث له غير اللقيط، فكذلك اللقيط. وقول الخرقي: " وولاؤه لسائر المسلمين ". تجوز في اللفظ، لاشتراك سائر المسلمين ومن له الولاء في أخذ الميراث، وحيازته كله عند عدم الوارث. هذا هو الظاهر.

وهو قول مالك، والشافعي، وأكثر أهل العلم. وقال شريح، وإسحاق: عليه الولاء لملتقطه؛ لما روى واثلة بن الأسقع، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «المرأة تحوز ثلاثة مواريث؛ عتيقها، ولقيطها، وولدها الذي لاعنت عليه» . أخرجه أبو داود، والترمذي. وقال: حديث حسن، وقال عمر لأبي جميلة في لقطته: هو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١١٧

"الالتقاط منتف في حقه بغير شك، والأمر مشكوك فيه، فيكون الحظ للطفل في تسليمه إليه أتم. ويحتمل أن يتساويا؛ لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع، فلا يؤثر الترجيح.

[فصل رأيا اللقيط جميعا فسبق أحدهما فأخذه أو وضع يده عليه]

(٤٥٧٠) فصل: وإن رأياه جميعا، فسبق أحدهما فأخذه، أو وضع يده عليه، فهو أحق به؛ لقوله - عليه السلام -: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو أحق به» . وإن رآه أحدهما قبل صاحبه، فسبق إلى أخذه الآخر، فالسابق إلى أخذه أحق؛ لأن الالتقاط هو الأخذ لا الرؤية. ولو قال أحدهما لصاحبه: ناولنيه. فأخذه الآخر، نظرنا إلى نيته، فإن نوى أخذه لنفسه فهو أحق، كما لو لم يأمره الآخر بمناولته إياه، وإن نوى مناولته فهو للآمر؛ لأنه فعل ذلك بنية النيابة عنه، فأشبه ما لو توكل له في تحصيل مباح.

[فصل اختلفا فقال كل واحد منهما أنا التقطته]

(٤٥٧١) فصل: فإن اختلفا، فقال كل واحد منهما: أنا التقطته. ولا بينة لأحدهما، وكان في يد أحدهما، فالقول قوله مع يمينه أنه التقطه. ذكر ذلك أبو الخطاب. وهذا قول الشافعي. وقال القاضي: قياس المذهب أنه لا يحلف، كما في الطلاق والنكاح. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم؛ ولكن اليمين على المدعى عليه» . رواه مسلم. فإن كان في أيديهما أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه، حلف وسلم إليه. وعلى قول القاضي: لا تشرع اليمين ها هنا، ويسلم إليه بمجرد وقوع القرعة له. وإن لم يكن في يد واحد منهما، فقال القاضي، وأبو الخطاب: يسلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما؛ لأنه حق لهما. والأولى أن يقرع بينهما، كما لو كان في أيديهما؛ لأنهما تنازعا حقا في يد غيرهما، فأشبه ما لو تنازعا وديعة عند غيرهما. فإن وصفه أحدهما، مثل أن يقول: في ظهره شامة، أو بجسده علامة. وذكر شيئا في جسده مستورا، فقال أبو الخطاب: يقدم بالصفة. وهو قول أبي حنيفة. وقال الشافعي: لا يقدم بالصفة، كما لو وصف المدعي، فإنه لا تقدم به دعواه. **ولنا** أن هذا نوع من اللقطة، فقدم بوصفها، كلقطة المال، ولأن ذلك يدل على قوة يده، فكان مقدما بها. وقياس اللقيط على اللقطة أولى من قياسه على غيرها؛ لأن اللقيط لقطة أيضا. وإن كان لأحدهما بينة، قدم بها. وإن كان لكل واحد منهما بينة، قدم أسبقهما تاريخا؛ لأن الثاني إنما أخذ ممن قد." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٢/٦

"ثبت الحق فيه لغيره. وإن استوى تاريخهما، أو أطلقتا معا، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى، فقد تعارضتا. وهل يسقطان أو يستعملان؟ فيه وجهان؛ أحدهما، يسقطان، فيصيران كمن لا بينة لهما. والثاني، يستعملان، ويقرع بينهما، فمن قرع صاحبه كان أولى. وسنذكر ذلك في بابه، إن شاء الله تعالى. وإن كان اللقيط في يد أحدهما، فهل تقدم بينته على بينة الآخر، أو تقدم بينة الخارج؟ فيه وجهان، مبنيان على الروايتين في دعوى المال. وإن كان أحد المتداعيين ممن لا تقر يده على اللقيط، أقر في يد الآخر، ولم يلتفت إلى دعوى من لا يقر في يده بحال.

[مسألة ادعى نسب اللقيط مسلم وكافر]

(٤٥٧٢) مسألة قال: (وإذا ادعاه مسلم وكافر، أري القافة، فبأيهما ألحقوه لحق) يعني إذا ادعي نسبه، فلا تخلو دعوى نسب اللقيط من قسمين أحدهما أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه، فينظر؛ فإن كان المدعي رجلا مسلما حرا، لحق نسبه به، بغير خلاف بين أهل العلم، إذا أمكن أن يكون منه؛ لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه، ولا مضرة على غيره فيه، فقبل، كما لو أقر له بمال. ثم إن كان المقر به ملتقطه، أقر في يده. وإن كان غيره، فله أن ينتزعه من الملتقط؛ لأنه قد ثبت أنه أبوه، فيكون أحق بولده، كما لو قامت به بينة. وإن كان المدعي له عبدا، لحق به أيضا؛ لأن لمائه حرمة، فلحق به نسبه كالحر. وهذا قول الشافعي وغيره، غير أنه لا تثبت له حضانة؛ لأنه مشغول بخدمة سيده، ولا تجب عليه نفقته؛ لأنه لا مال له، ولا على سيده؛ لأن الطفل محكوم بحريته، فتكون نفقته في بيت المال. وإن كان المدعي ذميا، لحق به؛ لأنه أقوى من العبد في ثبوت الفراش، فإنه يثبت له بالنكاح والوطء في الملك. وقال أبو ثور: لا يلحق به؛ لأنه محكوم بإسلامه. **ولنا** أنه أقر بنسب مجهول النسب، يمكن أن يكون منه، وليس في إقراره إضرار بغيره، فيثبت إقراره، كالمسلم. إذا ثبت هذا، فإنه يلحق به من النسب لا في الدين، ولا حق له في حضانته. وقال الشافعي، في أحد قوليه: يتبعه في دينه؛ لأن كل ما لحقه في نسبه يلحق به في دينه، كالبينة، إلا أنه يحال بينه وبينه، **ولنا** أن هذا حكم بإسلامه، فلا يقبل قول الذمي في كفره، كما لو كان معروف النسب؛ ولأنها دعوى تخالف الظاهر، فلم تقبل بمجردها، كدعوى رقه، ولأنه لو تبعه في دينه لم يقبل إقراره بنسبه؛." [١]

"على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة؛ لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة، فلا يقبل قولها بمجرده، كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها. **ولنا** أنها أحد الوالدين، فأشبهت الأب، وإمكان البينة لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٢٣

يمنع قبول القول، كالرجل، فإنه تمكنه البينة أن هذا ولد على فراشه. وإن كان المدعي أمة، فهي كالحرة، إلا أننا إذا قبلنا دعواها في نسبه، لم نقبل قولها في رقه؛ لأننا لا نقبل الدعوى فيما يضره، كما لم نقبل الدعوى في كفره إذا ادعى نسبه كافر.

(٤٥٧٣) القسم الثاني، أن يدعي نسبه اثنان فصاعدا، والكلام في ذلك في فصول: أحدها أنه إذا ادعاه مسلم وكافر، أو حر وعبد، فهما سواء. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: المسلم أولى من الذمي، والحر أولى من العبد؛ لأن على اللقيط ضررا في إلحاقه بالعبد والذمي، فكان إلحاقه بالحر المسلم أولى، كما لو تنازعوا في الحضانة. **ولنا** أن كل واحد منهم إذا انفرد صحت دعواه، فإذا تنازعوا، تساووا في الدعوى، كالأحرار المسلمين. وما ذكروه من الضرر لا يتحقق، فإننا لا نحكم برقه ولا كفره. ولا يشبه النسب الحضانة، بدليل أننا نقدم في الحضانة الموسر والحضري، ولا نقدمهما في دعوى النسب. قال ابن المنذر إذا كان عبد، امرأته أمة، في أيديهما صبي، فادعى رجل من العرب امرأته عربية أنه ابنه من امرأته، فأقام العبد بينة بدعواه أنه ابنه، فهو ابنه في قول أبي ثور وغيره. وقال أصحاب الرأي: يقضى به للعربي، للعتق الذي يدخل فيه، وكذلك لو كان المدعي من الموالي عبدهم. وقولهم هذا غير صحيح؛ لأن العرب وغيرهم في أحكام الله ولحوق النسب بهم سواء.

[فصل ادعى نسب اللقيط اثنان وكان لأحدهما به بينة]

(٤٥٧٤) الفصل الثاني: أنه إذا ادعاه اثنان، فكان لأحدهما به بينة، فهو ابنه. وإن أقاما بينتين، تعارضتا، وسقطتا، ولا يمكن استعمالهما ها هنا؛ لأن استعمالهما في المال إما بقسمته بين المتداعيين، ولا سبيل إليه ها هنا، وإما بالإقراع بينهما، والقرعة لا يثبت بها النسب. فإن قيل: فإن ثبوته ها هنا يكون بالبينة لا بالقرعة، وإنما القرعة مرجحة. قلنا: فيلزم أنه إذا اشترك رجلان في وطء امرأة، فأتت بولد، يقرع بينهما، ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة.

[فصل إذا لم تكن بنسب اللقيط بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا]

(٤٥٧٥) الفصل الثالث: أنه إذا لم تكن به بينة، أو تعارضت به بينتان، وسقطتا، فإنا نريه القافة معهما، أو مع عصبتهما عند فقدهما، فنلحقه بمن ألحقته به منهما. هذا قول أنس، وعطاء، ويزيد بن عبد الملك،

والأوزاعي، والليث، والشافعي، وأبي ثور. وقال أصحاب الرأي: لا حكم للقافة، ويلحق بالمدعيين جميعا؛." (١)

"لأن الحكم بالقافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين، فإن الشبه يوجد بين الأجانب، وينتفي بين الأقارب، ولهذا روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أن رجلا أتاه، فقال: يا رسول الله، إن امرأتي ولدت غلاما أسود، فقال: هل لك من إبل؟ قال: نعم. قال: فما ألوانها؟ . قال: حمر. قال: فهل فيها من أورق؟ قال: نعم. قال: أنى أتاها ذلك؟ قال: لعل عرقا نزع. قال: وهذا لعل عرقا نزع» . متفق عليه. قالوا: ولو كان الشبه كافيا لاكتفي به في ولد الملاعنة، وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ وأنكره الباقون. **ولنا** ما روي عن عائشة، - رضي الله عنها - «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - دخل عليها يوما مسرورا، تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم تري أن مجززا المدلجي نظر آنفا إلى زيد وأسامة، وقد غطيا رءوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض؟» . متفق عليه. فلولا جواز الاعتماد على القافة لما سر به النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا اعتمد عليه. ولأن عمر - رضي الله عنه - قضى به بحضرة الصحابة، فلم ينكره منكر، فكان إجماعا، ويدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في ولد الملاعنة: «انظروها، فإن جاءت به حمش الساقين كأنه وحرة فلا أراه إلا قد كذب عليها، وإن جاءت به أكحل، جعدا، جماليا، سابغ الأليتين، خدلج الساقين، فهو للذي رميت به. فأتت به على النعت المكروه، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» . فقد حكم به النبي - صلى الله عليه وسلم - للذي أشبهه منهما. وقوله: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن» . يدل على أنه لم يمنعه من العمل بالشبه إلا الأيمان، فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه. وكذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في ابن أمة زمعة، حين رأى به شبها بينا بعتبة بن أبي وقاص: «احتجبي منه يا سودة» . فعمل بالشبه في حجب سودة عنه. فإن قيل: فالحديثان حجة عليكم، إذ لم يحكم النبي - صلى الله عليه وسلم - بالشبه فيهما، بل ألحق الولد بزمعة، «وقال لعبد بن زمعة: هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش، وللعاهر الحجر» . ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في إقامة الحد عليها، لشبهه بالمقذوف. قلنا: إنما لم يعمل به في ابن أمة زمعة؛ لأن الفراش أقوى، وترك العمل بالبينة لمعارضة ما هو أقوى منها، لا يوجب الإعراض عنها إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٥/٦

خلت عن المعارض. وكذلك ترك إقامة الحد عليها من أجل أيمانها، بدليل قوله: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن.»." [(١)]

"ولو ادعى نسب اللقيط إنسان، فألحق نسبه به، لانفراده بالدعوى، ثم جاء آخر فادعاه، لم يزل نسبه عن الأول؛ لأنه حكم له به، فلا يزول بمجرد الدعوى. فإن ألحقته به القافة، لحق به، وانقطع عن الأول؛ لأنها بينة في إلحاق النسب، ويزول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى، كالشهادة.

[فصل ادعى نسب اللقيط اثنان فألحقته القافة بهما]

(٤٥٧٨) فصل: وإذا ادعاه اثنان، فألحقته القافة بهما، لحق بهما، وكان ابنهما، يرثهما ميراث ابن، ويرثانه جميعا ميراث أب واحد. وهذا يروى عن عمر، وعلي - رضي الله عنهما -. وهو قول أبي ثور. وقال أصحاب الرأي: يلحق بهما بمجرد الدعوى. وقال الشافعي: لا يلحق بأكثر من والد، فإذا ألحقته بهما سقط قولهما، ولم يحكم لهما. واحتج برواية عن عمر - رضي الله عنه - أن القافة قالت: قد اشتركا فيه. فقال عمر: وال أيهما شئت. ولأنه لا يتصور كونه من رجلين، فإذا ألحقته القافة بهما، تبين كذبهما، فسقط قولهما، كما لو ألحقته بأمين، ولأن المدعيين لو اتفقا على ذلك، لم يثبت، ولو ادعاه كل واحد منهما، وأقام بينة، سقطتا، ولو جاز أن يلحق بهما، لثبت باتفاقهما، وألحق بهما عند تعارض بينتهما. **ولنا** ما روى سعيد، في " سننه ": ثنا سفيان، عن يحيى عن سعيد، عن سليمان بن يسار، عن عمر، في امرأة وطئها رجلان في طهر، فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعا. فجعله بينهما. وبإسناده عن الشعبي قال: وعلي يقول: هو ابنهما، وهما أبواه، يرثهما ويرثانه. ورواه الزبير بن بكار، بإسناده عن عمر. وقال الإمام أحمد حديث قتادة عن سعيد عن عمر، جعله بينهما، وقابوس عن أبيه عن علي، جعله بينهما. وروى الأثرم، بإسناده عن سعيد بن المسيب، في رجلين اشتركا في طهر امرأة، فحملت فولدت غلاما يشبههما، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - فدعا القافة فنظروه، فقالوا: نراه يشبههما. فألحقه بهما، وجعله يرثهما ويرثانه. قال سعيد: عصبته الباقي منهما. وما ذكروه عن عمر لا نعلم صحته، وإن صح فيحتمل أنه ترك قول القافة لأمر آخر، إما لعدم ثقتهما، وإما لأنه ظهر له من قولهما واختلافهما ما يوجب تركه، فلا ينحصر المانع من قبول قولهما في أنهما اشتركا فيه. قال أحمد: إذا ألحقته القافة بهما، ورثهما وورثاه، فإن مات أحدهما، فهو للباقي منهما، ونسبه من الأول قائم، لا يزيله شيء. ومعنى قوله: "

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٢٦

هو للباقي منهما ". والله أعلم، أنه يرثه ميراث أب كامل، كما أن الجدة إذا انفردت أخذت ما يأخذه الجدات، والزوجة تأخذ وحدها ما يأخذه جميع الزوجات.

[فصل ادعى نسب اللقيط أكثر من اثنين فألحقته بهم القافة]

(٤٥٧٩) فصل: وإن ادعاه أكثر من اثنين، فألحقته بهم القافة، فنص أحمد، في رواية مهنا، أنه يلحق بثلاثة. ومقتضى هذا أنه يلحق بمن ألحقته القافة وإن كثروا. وقال أبو عبد الله بن حامد: لا يلحق بأكثر من اثنين.." (١)

"وهو قول أبي يوسف؛ لأنا صرنا إلى ذلك للأثر، فيقتصر عليه. وقال القاضي: لا يلحق بأكثر من ثلاثة، وهو قول محمد بن الحسن. وروي ذلك عن أبي يوسف أيضا. **ولنا** أن المعنى الذي لأجله لحق باثنين، موجود فيما زاد عليه، فيقاس عليه، وإذا جاز أن يلحق من اثنين، جاز أن يلحق من أكثر من ذلك. وقولهم: إن إلحاقه بالاثنين على خلاف الأصل ممنوع، وإن سلمناه، لكنه ثبت لمعنى موجود في غيره، فيجب تعدية الحكم به، كما أن إباحة أكل الميتة عند المخمصة أبيح على خلاف الأصل، لا يمنع من أن يقاس على ذلك مال غيره، والصيد الحرمي، وغيرهما من المحرمات، لوجود المعنى، وهو إبقاء النفس، وتخليصها من الهلاك. وأما قول من قال: إنه يجوز إلحاقه بثلاثة، ولا يزاد على ذلك، فتحكم، فإنه لم يقتصر على المنصوص عليه، ولا عدى الحكم إلى كل ما وجد فيه المعنى، ولا نعلم في الثلاثة معنى خاصا يقتضي إلحاق النسب بهم، فلم يجز الاقتصار عليه بالتحكم.

[فصل لم توجد قافة أو أشكل الأمر عليها أو وجد من لا يوثق بقوله في نسب اللقيط]

(٤٥٨٠) فصل: وإذا لم توجد قافة، أو أشكل الأمر عليها، أو تعارضت أقوالها، أو وجد من لا يوثق بقوله، لم يرجح أحدهما بذكر علامة في جسده؛ لأن ذلك لا يرجح به في سائر الدعاوى، سوى الالتقاط في المال واللقيط، ويضيع نسبه. هذا قول أبي بكر. وقد أومأ أحمد، - رحمه الله -، في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد، إلى أن الابن يخير أيهما أحب. وهو قول أبي عبد الله بن حامد، قال: يترك حتى يبلغ، فينتسب إلى من أحب منهما. وهو قول الشافعي الجديد، وقال في القديم: حتى يميز؛ لقول عمر: وال أيهما شئت. ولأن الإنسان يميل بطبعه إلى قريبه دون غيره، ولأنه مجهول نسبه، أقر به من هو من أهل

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/٦

الإقرار، وصدقه المقر له، فيثبت نسبه، كما لو انفرد. وقال أصحاب الرأي: يلحق بالمدعيين بمجرد الدعوى؛ لأن كل واحد منهما لو انفرد سمعت دعواه، فإذا اجتمعا، وأمكن العمل بهما، وجب، كما لو أقر له بمال. **ولنا** أن دعواهما تعارضتا، ولا حجة لواحد منهما، فلم تثبت، كما لو ادعيا رقه. وقولهم: يميل بطبعه إلى قرابته. قلنا: إنما يميل إلى قرابته بعد معرفته بأنها قرابته، فالمعرفة بذلك سبب الميل، ولا سبب قبله، ولو ثبت أنه يميل إلى قرابته، لكنه قد يميل إلى من أحسن إليه، فإن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها، وبغض من أساء إليها، وقد يميل إليه لإساءة الآخر إليه، وقد يميل إلى أحسنهما خلقا أو أعظمهما قدرا أو جاها أو مالا، فلا يبقى للميل أثر في الدلالة على النسب. وقولهم: إنه صدق المقر بنسبه. قلنا: لا يحل له تصديقه، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – لعن من ادعى إلى غير أبيه، أو تولى غير مواليه. وهذا لا يعلم أنه أبوه، فلا يأمن أن يكون ملعونا بتصديقه، ويفارق ما إذا انفرد، فإن المنفرد يثبت النسب." (١)

"بقوله من غير تصديق. وأما قول عمر: وال من شئت. فلم يثبت، ولو ثبت لم يكن فيه حجة؛ فإنه إنما أمره بالمولاة، لا بالانتساب. وعلى قول من جعل له الانتساب إلى أحدهما، لو انتسب إلى أحدهما، ثم عاد وانتسب إلى الآخر، ونفى نسبه من الأول، أو لم ينتسب إلى واحد، لم يقبل منه؛ لأنه قد ثبت نسبه، فلا يقبل رجوعه عنه، كما لو ادعى منفرد نسبه ثم أنكره، ويفارق الصبي الذي يخير بين أبويه، فيختار أحدهما، ثم يرد الآخر، إذا اختاره، فإنه لا حكم لقول الصبي، وإنما تبع اختياره وشهوته، فأشبه ما لو اشتهى طعاما في يوم، ثم اشتهى غيره في يوم آخر. وإن قامت للآخر بنسبه بينة، عمل بها، وبطل انتسابه؛ لأنها تبطل قول القافة، الذي هو مقدم على الانتساب، فلأن تبطل الانتساب أولى. وإن وجدت قافة بعد انتسابه، فألحقته بغير من انتسب إليه، بطل انتسابه أيضا؛ لأنه أقوى، فبطل به الانتساب كالبينة مع قول القافة.

[فصل ادعت امرأتان نسب ولد لقيطا]

(٤٥٨١) فصل: وإن ادعت امرأتان نسب ولد، فذلك مبني على قبول دعواهما، فإن كانتا ممن لا تقبل دعواهما، لم تسمع دعواهما. وإن كانت إحداهما ممن تسمع دعواها دون الأخرى، فهو ابنها، كالمنفردة به. وإن كانتا جميعا ممن تسمع دعوتهما، فهما في إثباته بالبينة أو كونه يرى القافة مع عدمها كالرجلين. قال أحمد، في رواية بكر بن محمد، في يهودية ومسلمة ولدتا، فادعت اليهودية ولد المسلمة، فتوقف،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٣٠

فقيل: يرى القافة؟ فقال: ما أحسنه. ولأن الشبه يوجد بينها وبين ابنها، كوجوده بين الرجل وابنه، بل أكثر، لاختصاصها بحمله وتغذيته، والكافرة والمسلمة، والحرة والأمة، في الدعوى واحدة، كما قلنا في الرجل. وهذا قول أصحاب الشافعي، على الوجه الذي يقولون فيه بقبول دعواها. وإن ألحقته القافة بأمين، لم يلحق بهما، وبطل قول القافة؛ لأننا نعلم خطأه يقينا. وقال أصحاب الرأي: يلحق بهما بمجرد الدعوى؛ لأن الأم أحد الأبوين، فجاز أن يلحق باثنين، كالآباء. **ولنا** أن كونه منهما محال يقينا. فلم يجز الحكم به، كما لو كان أكبر منهما أو مثلهما، وفارق الرجلين، فإن كونه منهما ممكن، فإنه يجوز اجتماع النطفتين لرجلين في رحم امرأة، فيمكن أن يخلق منهما ولد، كما يخلق من نطفة الرجل والمرأة؛ ولذلك قال القائف لعمر: قد اشتركا فيه. ولا يلزم من إلحاقه بمن يتصور كونه منه، إلحاقه بمن يستحيل كونه منه، كما لم يلزم من إلحاقه بمن يولد مثله لمثله إلحاقه بأصغر منه.

[فصل ادعى نسب اللقيط رجل وامرأة]

فصل: فإن ادعى نسبه رجل وامرأة، فلا تنافي بينهما؛ لأنه يمكن أن يكون منهما بنكاح كان بينهما." [(١)]

"فلم يصح، كما لو أقر قبل ذلك بالحرية، ولأنه محكوم بحريته، فلم يقبل إقراره بالرق، كما ذكرنا، ولأن الطفل المنبوذ لا يعلم رق نفسه، ولا حريتها، ولم يتجدد له حال يعرف به رق نفسه؛ لأنه في تلك الحال ممن لا يعقل، ولم يتجدد له رق بعد التقاطه، فكان إقراره باطلا. وهذا قول القاسم، وابن المنذر. وللشافعي وجهان كما ذكرنا. فإن قلنا: يقبل إقراره. صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله. وبهذا قال أبو حنيفة، والمزني، وهو أحد قولي الشافعي؛ لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه، فوجب أن يثبت ما عليه دون ما له، كما لو قال: لفلان علي ألف درهم، ولي عنده رهن. ويحتمل أن يقبل إقراره في الجميع. وهو القول الثاني للشافعي؛ لأنه ثبت ما عليه، فيثبت ما له، كالبينة، ولأن هذه الأحكام تبع للرق، فإذا ثبت الأصل بقوله، ثبت التبع، كما لو شهدت امرأة بالولادة، تثبت ويثبت النسب تبعا لها. وأما إن أقر بالرق ابتداء لرجل، فصدقه، فهو كما لو أقر به جوابا. وإن كذبه؛ بطل إقراره. ثم إن أقر به بعد ذلك لرجل آخر، جاز. وقال بعض أصحابنا: يتوجه أن لا يسمع إقراره الثاني؛ لأن إقراره الأول تضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى هذا المقر، فإذا بطل إقراره برد المقر له، بقي الاعتراف بنفي مالك له غيره، فلم يقبل إقراره بما نفاه، كما لو أقر بالحرية ثم أقر بعد ذلك بالرق. **ولنا** أنه إقرار لم يقبله المقر له، فلم يمنع إقراره ثانيا، كما

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٣١

لو أقر له بثوب ثم أقر به لآخر بعد رد الأول. وفارق الإقرار بالحرية، فإن إقراره بها لم يبطل ولم يرد.

[فصل إقرار اللقيط بالرق بعد نكاحه]

(٤٥٨٨) فصل: إذا قبلنا إقراره بالرق بعد نكاحه، لم يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى، فإن كان ذكرا، فإن كان قبل الدخول، فسد نكاحه في حقه؛ لأنه مقر أنه عبد تزوج بغير إذن سيده، ولها عليه نصف المهر؛ لأنه حق عليه، فلم يسقط بقوله، وإن كان بعد الدخول، فسد نكاحه أيضا، ولها عليه المهر جميعه، لما ذكرنا؛ لأن الزوج يملك الطلاق. فإذا أقر بما يوجب الفرقة، لزمته، وولده حر تابع لأمه. وإن كان متزوجا بأمة، فولده لسيدها، ويتعلق المهر برقبته؛ لأن ذلك من جناياته، ويفديه سيده أو يسلمه. وإن كان في يده كسب، استوفى المهر منه؛ لأنه لم يثبت إقراره به لسيده بالنسبة إلى امرأته، فلا ينقطع حقها منه بإقراره. وإن قلنا: يقبل قوله في جميع الأحكام، فالنكاح فاسد؛ لكونه تزوج بغير إذن سيده، ويفرق بينهما، ولا مهر لها عليه إن لم تكن مدخولا بها، وإن كان دخل بها، فلها عليه المهر المسمى جميعه، في إحدى الروايتين، والأخرى خمساه. وإن كان اللقيط أنثى، فالنكاح صحيح في حقه. وإن كان قبل الدخول، فلا مهر لها؛ لإقرارها بفساد نكاحها، وأنها أمة تزوجت بغير إذن سيدها، والنكاح." (١)

"عن مسروق، وطاوس، وإياس، وقتادة، وابن جرير. واحتجوا بالآية، وخبر ابن عمر، وقالوا: نسخت الوصية للوالدين والأقربين الوارثين، وبقيت فيمن لا يرث من الأقربين. **ولنا**، أن أكثر أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم ينقل عنهم وصية، ولم ينقل لذلك نكير، ولو كانت واجبة لم يخلوا بذلك، ولنقل عنهم نقلا ظاهرا، ولأنها عطية لا تجب في الحياة، فلا تجب بعد الموت كعطية الأجانب. فأما الآية، فقال ابن عباس: نسخها قوله سبحانه ﴿للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون﴾ [النساء: ٧] (٤) وقال ابن عمر: نسختها آية الميراث. وبه قال عكرمة، ومجاهد، ومالك، والشافعي. وذهبت طائفة ممن يرى نسخ القرآن بالسنة، إلى أنها نسخت بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث» . وحديث ابن عمر محمول على من عليه واجب، أو عنده وديعة.

[فصل الوصية بجزء من المال لمن ترك خيرا]

(٤٥٩٢) فصل: وتستحب الوصية بجزء من المال لمن ترك خيرا؛ لأن الله تعالى قال ﴿كتب عليكم إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٤/٦

حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية﴾ [البقرة: ١٨٠] . فنسخ الوجوب، وبقي الاستحباب في حق من لا يرث وقد روى ابن عمر، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «يا ابن آدم، جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك، لأطهرك وأزكيك» . وعن أبي هريرة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم» . رواهما ابن ماجه. وقال الشعبي: من أوصى بوصية، فلم يجر، ولم يحف، كان له من الأجر مثل ما لو أعطاها وهو صحيح. وأما الفقير الذي له ورثة محتاجون، فلا يستحب له أن يوصي؛ لأن الله قال في الوصية ﴿إن ترك خيرا﴾ [البقرة: ١٨٠] «. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لسعد: إنك أن تدع ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» . وقال: «ابدأ بنفسك، ثم بمن تعول« . وقال علي - رضي الله عنه - لرجل أراد أن يوصي: إنك لن تدع طائلا، إنما تركت شيئا يسيرا، فدعه لورثتك. وعنه: أربعمائة دينار ليس فيها فضل عن الورثة. وروي عن عائشة - رضي الله عنها - أن رجلا قال لها: لي ثلاثة آلاف درهم، وأربعة أولاد، أفأوصي؟ فقالت: اجعل الثلاثة للأربعة. وعن ابن عباس قال: من ترك سبعمائة درهم ليس عليه وصية. وقال عروة: دخل علي على صديق له يعوده، فقال الرجل: إني أريد أن أوصي. فقال له علي: إن الله تعالى يقول ﴿إن ترك خيرا﴾ [البقرة: ١٨٠] ، وإنك إنما تدع شيئا يسيرا، فدعه لورثتك. واختلف أهل العلم في القدر الذي لا تستحب لمالكه، فروي عن أحمد: إذا ترك دون الألف لا تستحب الوصية. وعن علي، أربعمائة دينار. وقال ابن عباس: إذا ترك الميت سبعمائة درهم، فلا يوصي. وقال: من." (١)

"ترك ستين دينارا، ما ترك خيرا. وقال طاوس: الخير ثمانون دينارا. وقال النخعي: ألف وخمسمائة. وقال أبو حنيفة: القليل أن يصيب أقل الورثة سهما خمسون درهما. والذي يقوى عندي، أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة، فلا تستحب الوصية؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - علل المنع من الوصية بقوله: «أن تترك ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة» . ولأن إعطاء القريب المحتاج خير من إعطاء الأجنبي، فمتى لم يبلغ الميراث غناهم، كان تركه لهم كعطيتهم إياه، فيكون ذلك أفضل من الوصية به لغيرهم، فعند هذا يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم، وغناهم وحاجتهم، فلا يتقيد بقدر من المال. والله أعلم. وقد قال الشعبي: ما من مال أعظم أجرا، من مال يتركه الرجل لولده، يغنيهم به عن الناس.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٨/٦

[فصل الوصية بالثلث]

(٤٥٩٣) فصل: والأولى أن لا يستوعب الثلث بالوصية وإن كان غنيا؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «والثلث كثير» . قال ابن عباس: «لو أن الناس غضوا من الثلث، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: الثلث كثير» . متفق عليه. وقال القاضي، وأبو الخطاب: إن كان غنيا استحب الوصية بالثلث. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لسعد: «والثلث كثير» . مع إخباره إياه بكثرة ماله، وقلة عياله، فإنه قال في الحديث: " إن لي مالا كثيرا، ولا يرثني إلا ابنتي ". وروى سعيد ثنا خالد بن عبد الله، ثنا عطاء بن السائب، عن أبي عبد الرحمن السلمي، عن سعد بن مالك، قال: «مرضت مرضا، فعادني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال لي: أوصيت؟ . فقلت: نعم. أوصيت بمالي كله للفقراء وفي سبيل الله. فقال لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أوص بالعشر. فقلت: يا رسول الله، إن مالي كثير. وورثتي أغنياء. فلم يزل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يناقصني وأناقصه، حتى قال: أوص بالثلث، والثلث كثير» . وقال أبو عبد الرحمن: لم يكن أحد منا يبلغ في وصيته الثلث حتى ينقص منه شيئا؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الثلث، والثلث كثير» . إذا ثبت هذا، فالأفضل للغني الوصية بالخمس. ونحو هذا يروى عن أبي بكر الصديق، وعلي بن أبي طالب - رضي الله عنهما -. وهو ظاهر قول السلف، وعلماء أهل البصرة. ويروى عن عمر - رضي الله عنه - أنه جاءه شيخ، فقال: يا أمير المؤمنين، أنا شيخ كبير، ومالي كثير، ويرثني أعراب موالي كلالة، منزوح نسبهم، أفأوصي بمالي كله؟ قال: لا. قال: فلم يزل يحط حتى بلغ العشر. وقال إسحاق: السنة الربع، إلا أن يكون رجلا يعرف في ماله حرمة شبهات أو غيرها، فله استيعاب الثلث.." (١)

"**ولنا**، أن أبا بكر الصديق - رضي الله عنه - أوصى بالخمس. وقال: رضيت بما رضي الله به لنفسه. يعني قوله تعالى ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] ، وروي أن أبا بكر وعليا - رضي الله عنهما -، أوصيا بالخمس. وعن علي - رضي الله عنه - أنه قال: لأن أوصي بالخمس، أحب إلي من الربع. وعن إبراهيم، قال: كانوا يقولون: صاحب الربع أفضل من صاحب الثلث، وصاحب الخمس أفضل من صاحب الربع. وعن الشعبي قال: كان الخمس أحب إليهم من الثلث، فهو منتهى الجامح. وعن العلاء بن زياد قال: أوصى أبي أن أسأل العلماء، أي الوصية أعدل؟ فما تتابعوا عليه فهو وصيته، فتتابعوا على الخمس.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٣٩

[فصل الوصية للوالدين والأقربين]

(٤٥٩٤) فصل: والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون، إذا كانوا فقراء، في قول عامة أهل العلم. قال ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء علمت في ذلك، إذا كانوا ذوي حاجة، وذلك رأن الله تعالى كتب الوصية للوالدين والأقربين، فخرج منه الوارثون بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا وصية لوارث» . وبقي سائر الأقارب على الوصية لهم. وأقل ذلك الاستحباب، وقد قال الله تعالى ﴿وآت ذا القربى حقه﴾ [الإسراء: ٢٦] . وقال تعالى ﴿وآتى المال على حبه ذوي القربى﴾ [البقرة: ١٧٧] فبدأ بهم ولأن الصدقة عليهم في الحياة أفضل، فكذلك بعد الموت. فإن أوصى لغيرهم وتركهم، صحت وصيته، في قول أكثر أهل العلم، منهم؛ سالم، وسليمان بن يسار، وعطاء، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وحكي عن طاوس، والضحاك، وعبد الملك بن يعلى، أنهم قالوا: ينزع عنهم، ويرد إلى قرابته. وعن سعيد بن المسيب، والحسن، وجابر بن زيد: للذي أوصى له ثلث الثلث، والباقي يرد إلى قرابة الموصي؛ لأنه لو أوصى بماله كله لجاز منه الثلث، والباقي رد على الورثة، وأقاربه الذين لا يرثونه في استحقاق الوصية كالورثة في استحقاق المال كله. **ولنا**، ما روى عمران بن حصين «، أن رجلا أعتق في مرضه ستة أعبد، لم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك النبي - صلى الله عليه وسلم - فدعاهم، فجزأهم ثلاثة أجزاء، ثم أقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة. فأجاز» العتق في ثلثه لغير قرابته، ولأنها عطية، فجازت لغير قرابته، كالعطية في الحياة.." (١)

"وقال أبو يوسف: هو وصية للوارث؛ لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفى ديونه منها. **ولنا**، أنه وصى لأجنبي، فصح، كما لو وصى لمن عادته الإحسان إلى وارثه. وإن وصى لولد وارثه، صح، فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث، لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى. قال طاوس، في قوله عز وجل ﴿فمن خاف من موص جنفا أو إثما﴾ [البقرة: ١٨٢] قال: أن يوصي لولد ابنته، وهو يريد ابنته. رواه سعيد. قال ابن عباس: الجنف في الوصية والإضرار فيها من الكبائر.

[فصل وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه]

فصل (٤٥٩٧) : وإن وصى لكل وارث بمعين من ماله بقدر نصيبه، كرجل خلف ابنا وبنتا، وعبدا قيمته

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٤٠

مائة، وجارية قيمتها خمسون، فوصى لابنه بعبده، ولابنته بأمته، احتمل أن تصح الوصية؛ لأن حق الوارث في القدر لا في العين، بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبيا بجميع ماله، صح إذا كان ذلك بثمن المثل، وإن تضمن فوات عين المال. واحتمل أن تقف على الإجازة؛ لأن في الأعيان غرضا صحيحا، وكما لا يجوز إبطال حق الوارث في قدر حقه، لا يجوز من عينه.

[فصل ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض]

(٤٥٩٨) فصل: وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض، عتق وورث. وبهذا قال مالك، وبعض أصحاب الشافعي. وحكاه الخبري مذهبا للشافعي. ولا خلاف بين هؤلاء في أنه إذا ملكه بالميراث، أنه يعتق ويرث. وقال أبو حنيفة: إن حمله الثلث، عتق وورث، وإلا سعى فيما بقي عليه، ولم يرث. ولم يفرق بين أن يملكه بعوض أو غيره. وقال أبو يوسف، ومحمد: يحتسب ميراثهم من قيمتهم، فإن فضل شيء أخذه، وإن فضل عليهم شيء سعوا فيه. ولنا، أن المريض لم يضع فيهم شيئا من ماله، وإنما تعاطى سبب ملكهم على وجه لم يستقر، وزال بغير إزالته، فلم يحتسب عليه من ثلثه، كما لو اتهب شيئا فرجع الواهب فيه قبل قبضه، أو اشترى شيئا فيه غبطة بشرط الخيار ففسخ البائع، أو وجد بالثمن عيبا ففسخ البيع، أو تزوجت المرأة فطلقت قبل الدخول. وإذا لم تكن وصية تحتسب عليه من الثلث، لم يمنع الميراث، كما لو ملكه بالميراث عند من سلمه، أو كما لو كان ذلك في صحته، فإن ملكه بعوض، كالشراء، فحكى الخبري عن أحمد، أنه يعتق ويرث. وهذا قول ابن الماجشون، وأهل البصرة. وقال القاضي، في " المجرد ": إن ملكه بعوض، وخرج من الثلث، عتق وورث، وإلا عتق منه بقدر الثلث.

وهذا قول مالك. وقال الخبري: وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وحكى غيره عن الشافعي أنه لا فرق عنده بين أن يملكه بعوض أو غيره، وأنه إن خرج من الثلث عتق، وإلا عتق منه بقدر الثلث، ولا يرث في الحالين؛ لأنه لو ورث لكان." (١)

"إعتاقه وصية لوارث، فيبطل عتقه، ويبطل ميراثه، لبطلان عتقه، فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه، فصححنا عتقه ولم نورثه، لئلا يفضي إلى ذلك. ومذهب أبي حنيفة وصاحبيه في هذا، كمذهبهم فيما إذا ملكه بغير عوض. ولنا، على إعتاقه قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من ملك ذا رحم محرم، فهو حر» . ولأنه ملك وجد معه ما ينافيه، فبطل، كملك النكاح مع ملك الرقبة، أعني فيما إذا اشترى أحد

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٢/٦

الزوجين صاحبه. وإذا عتق ورث؛ لأنه وجد سبب الميراث عريا عن الموانع، فورث، كما لو ورثه. وقولهم: إن عتقه وصية. لا يصح؛ لأن الوصية فعله، والعتق هاهنا يحصل من غير اختياره، ولا إرادته، ولأن رقبة المعتق لا تحصل له، وإنما تتلف ماليته وتزول، فيصير ذلك كتلفه بقتل بعض رقيقه، أو كإتلاف بعض ماله في بناء مسجد، مثال ذلك: مريض وهب له ابنه، فقبله وقيمته مائة، ثم مات المريض، وخلف ابنا آخر ومائتين، فإنه يعتق، ويقاسم أخ اهـ المائتين، في قول الأكثرين. وعند الشافعي، فيما حكى عنه غير الخبري، يعتق ولا يرث شيئا. وعند صاحبي أبي حنيفة، يعتق وله نصف التركة، فيحتسب عليه بقيمته ويبقى له خمسون. وإن كان باقي التركة خمسين، فعندنا يعتق، وله نصف الخمسين. وهو قول مالك. وعند أبي حنيفة، يعتق نصفه، ويسعى في باقيه، والخمسون كلها لأخيه. وقال صاحباه: يعتق ثلاثة أرباعه. وعند الشافعي، في قول غير الخبري، يعتق نصفه، ويرق نصفه، ونصفه الرقيق والخمسون كلها لأخيه. وإن كان باقي التركة ثلاثمائة، فعندنا يعتق وله مائة وخمسون. وعند الشافعي، يعتق ولا يرث شيئا. وعند صاحبي أبي حنيفة، يعتق وله مائة. فإن كان اشترى ابنه بمائة، ومات، وخلف ابنا آخر ومائة أخرى، فعلى الرواية الأولى، يعتق ويقاسم أخاه المائة الباقية. وعلى ما حكاه القاضي، يعتق منه ثلثاه، ويرث أربعين، ويعتق باقيه على أخيه، ولا يرث بذلك الجزء شيئا؛ لأن عتقه حصل بعد موت أبيه. وعند الشافعي يعتق ثلثاه، ولا يرث. وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثاه، ويسعى في باقيه، ولا يرث. وعند صاحبيه، يعتق كله، ولا يرث شيئا، فإن كان قد تصدق قبل ذلك بثلثه، أو حابى به، لم يعتق؛ لأن الثلث قد ذهب.

[فصل ملك من ورثته من لا يعتق عليه كبني عمه فأعتقهم في مرضه]

(٤٥٩٩) فصل: وإن ملك من ورثته من لا يعتق عليه، كبني عمه، فأعتقهم في مرضه، فعتقهم وصية؛ لأنه حصل بفعله واختياره، وحكمهم في العتق حكم الأجانب، إن خرجوا من الثلث عتقوا، وإلا عتق منهم بقدر الثلث. وينبغي أن يعتقوا ولا يرثوا؛ لأنهم لو ورثوا لكانت وصية لوارث، فيبطل عتقهم، ثم يبطل ميراثهم. وقد قال أبو الخطاب، في رجل ملك ابن عمه، فأقر في مرضه أنه كان أعتقه في صحته: عتق،." (١)

"ولم يرث. وهذا في معنى ما ذكرنا؛ لأن إقراره لوارث غير مقبول، فمنعنا ميراثه ليقبل إقراره له بالإعتاق.

[فصل مريض اشترى أباه بألف لا مال له سواه]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٣/٦

(٤٦٠٠) فصل: مريض اشترى أباه بألف، لا مال له سواه، فعلى رواية الخبري، يعتق كله. وعلى القول الآخر يعتق ثلثه على المعتق، ويعتق باقيه على ابنه. وهذا قول مالك. وقال أبو حنيفة: يعتق ثلثه، ويسعى للابن في ثلثيه. وعلى قول صاحبيه، يعتق سدسه، ويسعى في خمسة أسداسه. وقيل على قياس قول الشافعي: يفسخ الشراء، إلا أن يجيز الابن عتقه. وقيل: يعتق ثلثه. ويفسخ البيع في ثلثيه. وإن خلف ألفين سواه، عتق، وورث سدسهما. وبه قال مالك، وأبو حنيفة. وفي قول صاحبيه، يعتق نصفه، ويسعى في قيمة نصفه.

[فصل وهب الإنسان أبوه أو وصي له به]

(٤٦٠١) فصل: وإذا وهب الإنسان أبوه، أو وصى له به، استحب له أن يقبله، ولم يجب. وهذا قول الشافعي. ويحتمل أن يجب عليه قبوله؛ لأن فيه إعتاقا لأبيه من غير التزام مال. **ولنا**، أنه استجلاب ملك على الأب، فلم يلزمه، كما لو بذل له بعوض، أو كما لو بذل له ابنه أو غيره من أقاربه، ولأنه يلزمه ضرر بلحوق المنة به، وتلزمه نفقته وكسوته.

[فصل وصى لوارثه وأجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث]

(٤٦٠٢) فصل: إذا وصى لوارثه وأجنبي بثلثه، فأجاز سائر الورثة وصية الوارث، فالثلث بينهما. وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث، فأجاز سائر الورثة وصية الوارث، جازت الوصية لهما. وإن ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين، وللأجنبي السدس في الأولى، والمعين الموصى له به في الثانية. وهذا قول مالك، والشافعي وأصحاب الرأي، وغيرهم. وإن كانت الوصيتان بثلثي ماله، فأجاز الورثة لهما. جازت لهما. وإن عينوا نصيب الوارث بالرد وحده، فللأجنبي الثلث كاملا؛ لأنهم خصوا الوارث بالإبطال، فالثلث كله للأجنبي، وسقطت وصية الوارث، فصار كأنه لم يوص له. وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما، فالثلث الباقي بين الوصيين، لكل واحد منهما السدس. هذا الذي ذكره القاضي. وهو قول مالك، والشافعي.

وذلك لأن الوارث يزاحم الأجنبي، إذا أجاز الورثة الوصيتين، فيكون لكل واحد منهما الثلث، فإذا أبطلوا نصفهما بالرد، كان البطلان راجعا إليهما، وما بقي منهما بينهما، كما لو تلف ذلك بغير الرد. واختار أبو

الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي. وحكي نحو هذا عن أبي حنيفة؛ لأنهم لا يقدرون على إبطال الثلث فما دون إذا كان للأجنبي، ولو جعلنا." (١)

"ثلثاه لجميع الورثة بينهم على قدر ميراثهم؛ لأنهم باشروه بالإعتاق. وكذلك لو تبرع بثلث ماله في مرضه، ثم أعتق، أو وصى بالإعتاق، فالحكم فيه على ما ذكرنا. ولو أوصى لابن وارثه بعد تبرعه بثلث ماله، أو أعطاه عطية في مرضه، فأجاز أبوه وصيته وعطيته، ثم أراد الرجوع فيما أجازه، فله ذلك إن قلنا: هي عطية مبتدأة. وليس له ذلك على القول بأنها إجازة مجردة. ولو تزوج رجل ابنة عمه، فأوصت له بوصية أو عطية في مرض موتها، ثم ماتت وخلفته وأباه، فأجاز أبوه وصيته وعطيته، فالحكم فيه على ما ذكرنا. ولو وقف في مرضه على ورثته، فأجازوا الوقف، صح إن قلنا: إجازتهم تنفيذ. ولم يصح إن قلنا: هي عطية مبتدأة. ولأنهم يكونون واقفين على أنفسهم. ولا فرق في الوصية بين المرض والصحة، وقد روى حنبل، عن أحمد، أنه قال: إن أوصى في المرض فهو من الثلث، وإن كان صحيحا فله أن يوصي بما شاء. يعني به العطية. قاله القاضي. أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فلا يجوز منها إلا الثلث على كل حال.

[فصل لا يعتبر رد الوصية وإجازتها إلا بعد موت الموصي]

(٤٦٠٦) فصل: ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي، فلو أجازوا قبل ذلك، ثم ردوا، أو أذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال، أو بالوصية لبعض ورثته، ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته، فلهم الرد، سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه. نص عليه أحمد، في رواية أبي طالب. وروي ذلك عن ابن مسعود. وهو قول شريح، وطاوس، والحكم، والثوري، والحسن بن صالح، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر، وأبي حنيفة، وأصحابه. وقال الحسن، وعطاء، وحماد بن أبي سليمان، وعبد الملك بن يعلى، والزهري، وربيعة، والأوزاعي، وابن أبي ليلى: ذلك جائز عليهم؛ لأن الحق للورثة، فإذا رضوا بتركه سقط حقهم، كما لو رضي المشتري بالعيب. وقال مالك: إن أذنوا له في صحته، فلهم أن يرجعوا، وإن كان ذلك في مرضه، وحين يحجب عن ماله، فذلك جائز عليهم. **ولنا**، أنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه، فلم يلزمهم، كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح، أو أسقط الشفيع حقه من الشفعة قبل البيع، ولأنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية، فلم يصح فيها إجازتهم، كما قبل الوصية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٤٤

[فصل أوصى بأكثر من الثلث فأجاز الوارث]

(٤٦٠٧) فصل: وإذا أوصى بأكثر من الثلث، فأجاز الوارث الوصية، وقال: إنما أجزتها ظنا أن المال قليل، فبان كثيرا. فإن كانت للموصي بينة تشهد باعترافه بمعرفة قدر المال، أو كان المال ظاهرا لا يخفى عليه، لم يقبل قوله، إلا على قول من قال: الإجازة هبة مبتدأة. فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله. وإن لم تشهد بينة باعترافه بذلك، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الإجازة تنزلت منزلة الإبراء، فلا يصح في المجهول،." (١)

"الظاهر أن للحمل حكما، فيكون حادثا عن ملك الوارث. وعلى الوجه الآخر، يكون للموصى له، فعلى هذا يكون حرا لا ولاء عليه؛ لأنها أم ولد، لكونها علقت منه بحر في ملكه، فيصير كما لو حملت به بعد القبول. ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما قلناه. وقال أبو حنيفة: إذا وضعته بعد موت الموصي، دخل في الوصية بكل حال؛ لأنها تستقر بالموت وتلزم، فوجب أن تسري إلى الولد، كالاستيلاد. **ولنا**، أنها زيادة منفصلة حادثة بعد عقد الوصية، فلا تدخل فيها، كالكسب، وإذا أوصى بعتق جارية فولدت. وتفارق الاستيلاد؛ لأن له تغليبا وسراية. وهذا التفريع فيما إذا خرجت الجارية من الثلث، وإن لم تخرج من الثلث، ملك منها بقدر الثلث، وانفسخ النكاح؛ لأن ملك بعضها يفسخ النكاح، كملك جميعها. وكل موضع يكون الولد فيه لأبيه، فإنه يكون له منه ها هنا بقدر ما ملك من أمه، ويسري العتق إلى باقيه إن كان موسرا، وإن كان معسرا فقد عتق منه ما ملك وحده. وكل موضع قلنا: تكون أم ولد. فإنها تصير أم ولد ها هنا. سواء كان موسرا أو معسرا، على قول الخرقي، كما إذا استولد الأمة المشتركة. قال القاضي: تصير منها أم ولد بقدر ما ملك منها. وهذا مذهب الشافعي.

[مسألة موت الموصى له قبل موت الموصي]

(٤٦١٦) مسألة: قال: (فإن مات الموصى له قبل موت الموصي، بطلت الوصية) هذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن علي، - رضي الله عنه -. وبه قال الزهري، وحماد بن أبي سليمان، وربيعة، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال الحسن: تكون لولد الموصى له. وقال عطاء: إذا علم الموصي بموت الموصى له، ولم يحدث فيما أوصى به شيئا، فهو لوارث الموصى له؛ لأنه مات بعد عقد الوصية، فيقوم الوارث مقامه، كما لو مات بعد موت الموصي وقبل القبول. **ولنا**، أنها عطية صادفت المعطي ميتا، فلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٤٧

تصح، كما لو وهب ميتا؛ وذلك لأن الوصية عطية بعد الموت، وإذا مات قبل القبول بطلت الوصية أيضا. وإن سلمنا صحتها، فإن العطية صادفت حيا، بخلاف مسألتنا.

[فصل الوصية لميت]

(٤٦١٧) فصل: ولا تصح الوصية لميت. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: إن علم أنه ميت، فهي جائزة، وهي لورثته بعد قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه؛ لأن الغرض نفعه بها، وبهذا يحصل له النفع، فأشبه ما لو كان حيا.." (١)

"[مسألة موت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي]

(٤٦٢١) مسألة: قال: (فإن مات قبل أن يقبل أو يرد، قام وارثه في ذلك مقامه، إذا كان موته بعد موت الموصي) اختلف أصحابنا فيما إذا مات الموصى له قبل القبول والرد، بعد موت الموصي، فذهب الخرقي إلى أن وارثه يقوم مقامه في القبول والرد؛ لأنه حق ثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته، لقوله – عليه السلام –: «من ترك حقا فلورثته» . وكخيار الرد بالعيب، وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن الوصية تبطل؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبول، فإذا مات من له القبول قبله، بطل العقد، كالهبة. قال القاضي: هو قياس المذهب؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه، فبطل بالموت، كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة. وقال أصحاب الرأي: تلزم الوصية في حق الوارث، وتدخل في ملكه حكما بغير قبول؛ لأن الوصية قد لزمت من جهة الموصي، وإنما الخيار للموصى له، فإذا مات، بطل خياره، ودخل في ملكه، كما لو اشترى شيئا على أن الخيار له، فمات قبل انقضائه. **ولنا**، على أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له، أنها عقد لازم من أحد الطرفين، فلم تبطل بموت من له الخيار، كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما، ولأنه عقد لا يبطل بموت الموجب له، فلا يبطل بموت الآخر، كالذي ذكرنا. ويفارق الهبة والبيع قبل القبول، من الوجهين اللذين ذكرناهما، وهو أنه جائز من الطرفين، ويبطل بموت الموجب له، ولا يصح قياسه على الخيارات؛ لأنه لم يبطل الخيار، ويلزم العقد، فنظيره في مسألتنا قول أصحاب الرأي. **ولنا**، على إبطال قولهم أنه عقد يفتقر إلى قبول المتملك، فلم يلزم قبل القبول، كالبيع والهبة. إذا ثبت هذا، فإن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت، قام الوارث فيه مقامه. فعلى هذا، إن رد الوارث الوصية بطلت، وإن قبلها صحت، وثبت الملك به. وإن كان الوارث جماعة،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٢/٦

اعتبر القبول أو الرد من جميعهم، فإن رد بعضهم وقبل بعض، ثبت للقابل حصته، وبطلت الوصية في حق من رد. فإن كان فيهم من ليس من أهل التصرف، قام وليه مقامه في القبول والرد، وليس له أن يفعل إلا ما للمولى عليه الحظ فيه، فإن فعل غيره لم يصح، فإذا كان الحظ في قبولها فردها، لم يصح رده، وكان له قبولها بعد ذلك. وإن كان الحظ في ردها فقبلها، لم يصح قبوله؛ لأن الولي لا يملك التصرف في حق المولى عليه بغير ما له الحظ فيه. فلو أوصى لصبي بذي رحم له يعتق بملكه له، وكان على الصبي ضرر في ذلك، بأن تلزمه نفقة الموصى به، لكونه فقيرا لا كسب له، والمولى عليه موسر، لم يكن له قبول الوصية، وإن لم يكن عليه ضرر لكون." (١)

"الموصى به ذا كسب، أو كون المولى عليه فقيرا لا تلزمه نفقته، تعين قبول الوصية؛ لأن في ذلك نفعا للمولى عليه، لعتق قرابته، وتحريره، من غير ضرر يعود عليه، فتعين ذلك. والله أعلم.

[فصل لا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول]

(٤٦٢٢) فصل: ولا يملك الموصى له الوصية إلا بالقبول، في قول جمهور الفقهاء، إذا كانت لمعين يمكن القبول منه؛ لأنها تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين، فاعتبر قبوله، كالهبة والبيع. قال أحمد: الهبة والوصية واحد، فأما إن كانت لغير معين، كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم، كبني هاشم وتميم، أو على مصلحة كمسجد أو حج، لم يفتقر إلى قبول، ولزمت بمجرد الموت؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر، فيسقط اعتباره، كالوقف عليهم، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله، ولذلك لو كان فيهم ذو رحم من الموصى به، مثل أن يوصي بعبد للفقراء وأبوه فقير، لم يعتق عليه. ولأن الملك لا يثبت للموصى لهم، بدليل ما ذكرنا من المسألة، وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبض، فيقوم قبضه مقام قبوله. أما الآدمي المعين، فيثبت له الملك، فيعتبر قبوله، لكن لا يتعين القبول باللفظ، بل يجزئ ما قام مقامه من الأخذ والفعل الدال على الرضى، كقولنا في الهبة والبيع. ويجوز القبول على الفور والتراخي. ولا يكون إلا بعد موت الموصي؛ لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق، ولذلك لم يصح رده. فإذا قبل، ثبت الملك له من حين القبول، في الصحيح من المذهب. وهو قول مالك، وأهل العراق. وروي عن الشافعي. وذكر أبو الخطاب في المسألة وجها آخر، أنه إذا قبل، تبينا أن الملك ثبت حين موت الموصي. وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لأن ما وجب انتقاله بالقبول، وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب، كالهبة والبيع، ولأنه لا يجوز أن يثبت الملك

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٥٥

فيه للوارث؛ لأن الله تعالى قال ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء: ١١] . (١) وںأن الإرث بعد الوصية، ولا يبقى للميت؛ لأنه صار جمادا لا يملك شيئا. وللشافعي قول ثالث غير مشهور، أن الوصية تملك بالموت، ويحكم بذلك قبل القبول؛ لما ذكرنا. **ولنا**، أنه تملك عين لمعين يفتقر إلى القبول، فلم يسبق الملك القبول، كسائر العقود، ولأن القبول من تمام السبب، والحكم لا يتقدم سببه، ولأن القبول لا يخلو من أن يكون شرطا أو جزءا من السبب، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه، ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل. فإن قيل: فلو قال لامرأته: أنت طالق قبل موتي بشهر. ثم مات، تبينا وقوع الطلاق قبل موته بشهر. قلنا: ليس هذا شرطا في وقوع الطلاق، وإنما تبين به الوقت الذي يقع فيه الطلاق. ولو قال إذا مت فأنت طالق قبله بشهر. لم يصح. وأما انتقاله من جهة الموجب في سائر العقود، فإنه لا ينتقل إلا بعد القبول،." (١)

"[فصل حدث للموصى به نماء منفصل بعد موت الموصي وقبل القبول]

(٤٦٢٣) فصل: فيما يختلف من الفروع باختلاف المذهبين، من ذلك أنه إذا حدث للموصى به نماء منفصل بعد موت الموصي، وقبل القبول، كالثمرة والنتاج والكسب، فهو للورثة. وعلى الوجه الآخر، يكون للموصى له. ولو أوصى بأمة لزوجها، فأولدها بعد موت الموصي، وقبل القبول، فولده رقيق للوارث. وعلى الوجه الآخر، يكون حر الأصل، ولا ولاء عليه، وأمه أم ولد؛ لأنها علقت منه بحر في ملكه. وإن مات الموصى له قبل القبول والرد، فلوارثه قبولها، فإن قبلها، ملك الجارية وولدها، وإن كان ممن يعتق الولد عليه عتق، ولم يرث من ابنه شيئا. وعلى الوجه الآخر، تكون الجارية أم ولد، ويرث الولد أباه، فإن كان يحجب الوارث القابل حجبه. وقال أكثر أصحاب الشافعي: لا يرث الولد ها هنا شيئا؛ لأن توريثه يمنع قول القابل وارثا، فيبطل قبوله، فيفضي إلى الدور، وإلى إبطال ميراثه، فأشبه ما لو أقر الوارث بمن يحجبه عن الميراث. وقد ذكرنا في الإقرار ما يدفع هذا، وأن المقر به يرث، فكذا ها هنا. ويعتبر قبول من هو وارث في حال اعتبار القبول، كما يعتبر في الإقرار إقرار من هو وارث حال الإقرار. والله أعلم. ومن ذلك، لو أوصى لرجل بأبيه، فمات الموصى له قبل القبول، فقبل ابنه، صح، وعتق عليه الجد، ولم يرث من ابنه شيئا؛ لأن حريته إنما حدثت حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره. وعلى الوجه الآخر، تثبت حريته من حين موت الموصي، فيرث من ابنه السدس. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يرث أيضا؛ لأنه لو ورث لاعتبر قبوله، ولا يجوز اعتبار قبوله قبل الحكم بحريته، وإذا لم يجز اعتباره، لم يعتق، فيؤدي توريثه إلى إبطال توريثه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٦/٦

وهذا فاسد؛ فإنه لو أقر جميع الورثة بمشارك لهم في الميراث، ثبت نسبه وورث، مع أنه يخرج المقرون به عن كونهم جميع الورثة. ومن ذلك، أنه لو مات الموصى له، فقبل وارثه، لثبت الملك للوارث القابل ابتداء من جهة الموصية، لا من جهة موروثه، ولم يثبت للموصى له شيء، فحينئذ لا تقضى ديونه، ولا تنفذ وصاياه، ولا يعتق من يعتق عليه، وإن كان فيهم من يعتق على الوارث، عتق عليه، وكان ولاؤه له دون الموصى له. وعلى، الوجه الآخر، يتبين أن الملك كان ثابتا للموصى له، وأنه انتقل منه إلى وارثه، فتنعكس هذه الأحكام، فتقضى ديونه، وتنفذ وصاياه، ويعتق من يعتق عليه، وله ولاؤه، يختص به الذكور من ورثته. ومن ذلك، أن الموصى به لو كان أمة، فوطئها الوارث، فأولدها، صارت أم ولد له، وولدها حر؛ لأنه وطئها في ملكه، وعليه قيمتها للموصى له إذا قبلها. فإن قيل: فكيف قضيتم بعتقها ها هنا، وهي لا تعتق بإعتاقها؟ قلنا: الاستيلاد أقوى، ولذلك يصح من المجنون، والراهن، والأب، والشريك المعسر، وإن لم ينفذ إعتاقهم. وعلى الوجه الآخر، يكون ولده رقيقا، والأمة باقية على الرق. وإن وطئها الموصى له قبل قبولها، كان ذلك قبولا لها، وثبت الملك له به؛ لأنه لا يجوز إلا في الملك، فإقدامه عليه دليل على اختياره الملك، فأشبه ما لو وطئ من له الرجعة الرجعية، أو وطئ من له الخيار في البيع الأمة المبيعة، أو وطئ من له خيار فسخ النكاح امرأته.

[فصل الوصية مطلقة ومقيدة]

(٤٦٢٤) فصل: وتصح الوصية مطلقة ومقيدة، فالمطلقة أن يقول: إن مت فثلثي للمساكين، أو لزيد. والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضي هذا، أو في هذه البلدة، أو في سفري هذا، فثلثي للمساكين. فإن برأ من مرضه، أو قدم من سفره، أو خرج من البلدة، ثم مات، بطلت الوصية المقيدة، وبقيت المطلقة. قال أحمد، في من وصى وصية إن مات من مرضه هذا أو من سفره هذا، ولم يغير وصيته، ثم مات بعد ذلك: فليس له وصية. وبهذا قال الحسن، والثوري، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال مالك: إن قال قولا، ولم يكتب كتابا، فهو كذلك، وإن كتب كتابا، ثم صح من مرضه، وأقر الكتاب، فوصيته بحالها، ما لم ينقضها. ولنا، أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها، فبطلت، كما لو لم يكتب كتابا، أو كما لو وصى لقوم." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٨/٦

"فماتوا قبله، ولأنه قيد وصيته بقيد، فلا يتعداه، كما ذكرنا. وإن قال لأحد عبديه: أنت حر بعد موتي. وقال للآخر: أنت حر إن مت في مرضي هذا. فمات في مرضه، فالعبدان سواء في التدبير. وإن برأ من مرضه ذلك، بطل تدبير المقيد، وبقي تدبير المطلق بحاله. ولو وصى لرجل بثلثه، وقال: إن مت قبلي فهو لعمرو. صحت وصيته على حسب ما شرطه له. وكذلك في سائر الشروط؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «المسلمون على شروطهم.»

[مسألة الوصية بسهم]

(٤٦٢٥) مسألة: قال: (وإذا أوصى له بسهم من ماله، أعطي السدس، وعن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى، يعطى سهما مما تصح منه الفريضة) اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله -، فيما لو أوصى بسهم، فروي عنه، أن للموصى له السدس. وروي ذلك عن علي، وابن مسعود، - رضي الله عنهما -. وبه قال الحسن، وإياس بن معاوية، والثوري. والرواية الثانية، أنه يعطى سهما مما تصح منه الفريضة، فينظر؛ كم سهما صحت منه الفريضة، فيزاد عليها مثل سهم من سهامها للموصى له. وهذا قول شريح قال: ترفع السهام، فيكون للموصى له سهم. قال القاضي: هذا ما لم يزد على السدس فإن زاد السهم على السدس، فله السدس؛ لأنه متحقق. ووجه ذلك أن قوله: سهما. ينبغي أن ينصرف إلى سهام فريضته؛ لأن وصيته منها، فينصرف السهم إليها، فكان واحدا من سهامها، كما لو قال: فريضتي كذا وكذا سهما، لك منها سهم. وقال الخلال وصاحبه: له أقل سهم من سهام الورثة؛ لأن أحمد قال، في رواية أبي طالب والأثرم: إذا أوصى له بسهم من ماله، يعطى سهما من الفريضة. قيل: له نصيب رجل، أو نصيب امرأة؟ قال: أقل ما يكون من السهام. قال القاضي: ما لم يزد على السدس. وهذا قول أبي حنيفة. وقال صاحباه: إلا أن يزيد على الثلث، فيكون له الثلث. ووجه هذا القول، أن سهام الورثة أنصباؤهم، فيكون له أقلها؛ لأنه اليقين، فإن زاد على السدس دفع إليه السدس؛ لأنه أقل سهم يرثه ذو قرابة، وقال أبو ثور: يعطى سهما من أربعة وعشرين؛ لأنها أكثر أصول الفرائض، فالسهم منها أقل السهام. وقال الشافعي، وابن المنذر: يعطيه الورثة ما شاءوا؛ لأن ذلك يقع عليه اسم السهم، فأشبه ما لو أوصى له بجزء أو حظ. وقال عطاء، وعكرمة: لا شيء له. ولنا، ما روى ابن مسعود «، أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي - صلى الله عليه وسلم - السدس» . ولأن السهم في كلام العرب." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٥٩

"فيه خلافا. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر، وغيرهم؛ لأن كل شيء جزء ونصيب وحظ وشيء. وكذلك إن قال: أعطوا فلانا من مالي، أو ارزقوه. لأن ذلك لا حد له في اللغة، ولا في الشرع، فكان على إطلاقه.

[مسألة أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه]

(٤٦٢٧) مسألة؛ قال: (وإذا أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته، ولم يسمه، كان له مثل ما لأقلهم نصيبا كأنه أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته. وهم ابن وأربع زوجات، فتكون صحيحة من اثنين وثلاثين سهما، للزوجات الثمن، وهو أربعة، وما بقي فللابن، فزد في سهام الفريضة مثل حظ امرأة من نسائه، فتصير الفريضة من ثلاثة وثلاثين سهما، للموصى له سهم، ولكل امرأة سهم، وما بقي فللابن) وجملة ذلك أنه إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته، غير مسمى، فإن كان الورثة يتساوون في الميراث كالبنين، فله مثل نصيب أحدهم، مزادا على الفريضة، ويجعل كواحد منهم زاد فيهم. وإن كانوا يتفاضلون، كمسألة الخرقي، فله مثل نصيب أقلهم ميراثا، يزاد على فريضتهم. وإن أوصى بنصيب وارث معين، فله مثل نصيبه مزادا على الفريضة. هذا قول الجمهور. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك، وابن أبي ليلى، وزفر، وداود: يعطى مثل نصيب المعين، ومثل نصيب أحدهم، إذا كانوا يتساوون من أصل المال، غير مزيد، ويقسم الباقي بين الورثة؛ لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال فلو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد، فالوصية بجميع المال. وإن كان له ابنان، فالوصية بالنصف. وإن كانوا ثلاثة، فالوصية بالثلث وقال مالك: إن كانوا يتفاضلون، نظر إلى عدد رءوسهم، فأعطي سهما من عددهم؛ لأنه لا يمكن اعتبار أنصبائهم لتفاضل فاعتبر عدد رءوسهم.

ولنا، أنه جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليه نصيب الموصى له وجعله مثلا له. وهذا يقتضي أن لا يزاد أحدهما على صاحبه. ومتى أعطى من أصل المال، فما أعطى مثل نصيبه ولا حصلت التسوية، والعبارة تقتضي التسوية. وإنما جعل له مثل أقلهم نصيبا؛ لأنه اليقين، وما زاد فمشكوك فيه، فلا يثبت مع الشك، وقوله: " يعطى سهما من عددهم ". خلاف ما يقتضيه لفظ الموصي؛ فإن هذا ليس بنصيب لأحد ورثته ولفظه إنما اقتضى نصيب أحدهم وتفاضلهم لا يمنع كون نصيب الأقل نصيب أحدهم فيصرفه إلى الوصي، لقول الموصي، وعملا بمقتضى وصيته. وذلك أولى من اختراع شيء لا يقتضيه قول الموصي أصلا. وقوله: تعذر العمل بقول الموصي. غير صحيح؛ فإنه أمكن العمل به بما قلناه، ثم لو تعذر العمل به، لما جاز أن

يوجب في ماله حقا لم يأذن فيه ولم يأمر به. وقد مثل الخرقي في هذه المسألة بما أغنى عن تمثيلها. ولو قال: أوصيت بمثل نصيب أقلهم ميراثا. كان كما لو أطلق، وكان ذلك." (١)

"تأكيدا وإن قال: أوصيت بمثل نصيب أكثرهم ميراثا. فله ذلك مضافا إلى المسألة، فيكون له في مسألة الخرقي ثمانية وعشرون، تضم إلى الفريضة فيكون الجميع ستين سهما.

(٤٦٢٨) فصل وإن أوصى بنصيب وارث، ففيها وجهان؛ أحدهما تصح الوصية، ويكون ذلك كالوصية بمثل نصيبه. وهذا قول مالك، وأهل المدينة، واللؤلؤي، وأهل البصرة، وابن أبي ليلى، وزفر، وداود. والوجه الثاني، لا تصح الوصية. وهو الذي ذكره القاضي. وهو قول أصحاب الشافعي، وأبي حنيفة، وصاحبيه؛ لأنه أوصى بما هو حق للابن، فلم يصح كما لو قال: بدار ابني، أو بما يأخذه ابني. ووجه الأول، أنه أمكن تصحيح وصيته يحتمل لفظه على مجازه، فصح، كما لو طلق بلفظ الكناية، أو أعتق. وبيان إمكان التصحيح، أنه أمكن تقدير حذف المضاف، وإقامة المضاف إليه مقامه، أي بمثل نصيب وارثي. ولأنه لو أوصى بجميع ماله، صح، وإن تضمن ذلك الوصية بنصيب وراثه كلهم.

[فصل قال أوصيت لك بضعف نصيب ابني]

(٤٦٢٩) فصل: وإن قال: أوصيت لك بضعف نصيب ابني. فله مثلا نصيبه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو عبيد القاسم بن سلام: الضعف المثل. واستدل بقول الله تعالى: ﴿يضاعف لها العذاب ضعفين﴾ [الأحزاب: ٣٠] أي مثلين، وقوله: ﴿فآتت أكلها ضعفين﴾ [البقرة: ٢٦٥] . أي مثلين، وإذا كان الضعفان مثلين، فالواحد مثل. **ولنا**، أن الضعف مثلان، بدليل قوله تعالى: ﴿إذا لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات﴾ [الإسراء: ٧٥] . وقال: ﴿فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا﴾ [سبأ: ٣٧] . وقال: ﴿وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون﴾ [الروم: ٣٩] . ويروى عن عمر، أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب، فكان يأخذ من المائتين عشرة. وقال لحذيفة وعثمان بن حنيف: لعلكما حملتما الأرض ما لا تطيق؟ فقال عثمان: لو أضعفت عليها لاحتملت. قال الأزهري: الضعف المثل فما فوقه. وأما قوله: إن الضعفين المثلان. فقد روى ابن الأنباري، عن هشام بن معاوية النحوي قال: العرب تتكلم بالضعف مثنى، فتقول: إن أعطيتني درهما فلك ضعفاه.." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦١/٦

(٢) المغني لابن قدامة ١٦٢/٦

"أي مثلاه. وإفراده لا بأس به إلا أن التثنية أحسن. يعني أن المفرد والمثنى في هذا بمعنى واحد، وكلاهما يراد به المثلان، وإذا استعملوه على هذا الوجه وجب اتباعهم فيه وإن خالف القياس. وقال أبو عبيدة معمر بن المثني: ضعف الشيء هو مثله، وضعفاه هو مثلاه، وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله، وعلى هذا.

[فصل قال أوصيت لك بضعفي نصيب ابني]

(٤٦٣٠) فصل: وإن قال: أوصيت لك بضعفي نصيب ابني. فله مثلا نصيبه. وإن قال ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله. هذا الصحيح عندي. وهو قول أبي عبيد. وقال أصحابنا: إن أوصى بضعفيه، فله ثلاثة أمثاله. وإن أوصى بثلاثة أضعافه، فله أربعة أمثاله وعلى هذا كلما زاده ضعفا زاد مرة. وهذا قول الشافعي. واحتجوا بقول أبي عبيدة وقد ذكرناه. وقال أبو ثور: ضعفاه أربعة أمثاله، وثلاثة أضعافه ستة أمثاله؛ لأنه قد ثبت أن ضعف الشيء مثلاه، فتثنيته مثلا مفرده، كسائر الأسماء. ولنا، قول الله تعالى: ﴿فآتت أكلها ضعفين﴾ [البقرة: ٢٦٥] . قال عكرمة: تحمل في كل عام مرتين وقال عطاء: أثمرت في سنة مثل ثمرة غيرها سنتين. ولا خلاف بين المفسرين فيما علمت في تفسير قوله تعالى: ﴿يضاعف لها العذاب ضعفين﴾ [الأحزاب: ٣٠] . أن المراد به مرتين. وقد دل عليه قوله تعالى: ﴿نؤتها أجرها مرتين﴾ [الأحزاب: ٣١] . ومحال أن يجعل أجرها على العمل الصالح مرتين وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات، فإن الله تعالى إنما يريد تضعيف الحسنات على السيئات، وهذا المعهود من كرمه وفضله، وأما قول أبي عبيدة فقد خالفه غيره، وأنكروا قوله. قال ابن عرفة: لا أحب قول أبي عبيدة في: ﴿يضاعف لها العذاب ضعفين﴾ [الأحزاب: ٣٠] . لأن الله تعالى قال في آية أخرى: ﴿نؤتها أجرها مرتين﴾ [الأحزاب: ٣١] . فأعلم أن لها من هذا حظين، ومن هذا حظين. وقد نقل معاوية بن هشام النحوي، عن العرب أنهم ينطقون بالضعف مثنى ومفردا بمعنى واحد. وموافقة العرب على لسانهم، مع ما دل عليه كلام الله تعالى العزيز وأقوال المفسرين من التابعين وغيرهم، أولى من قول أبي عبيدة المخالف لذلك كله، مع مخالفة القياس ونسبة الخطأ إليه أولى من تخطئة ما ذكرناه. وأما قول أبي ثور، فظاهر الفساد؛ لما فيه من مخالفة الكتاب والعرب وأهل العربية، ولا يجوز التمسك بمجرد القياس المخالف للنقل، فقد يشذ من العربية كلمات تؤخذ نقلا بغير قياس. والله أعلم.

[فصل وصى بمثل نصيب من لا نصيب له]

فصل: وإن وصى بمثل نصيب من لا نصيب له، مثل أن يوصي بنصيب ابنه، وهو ممن لا يرث لكونه رقيقا

أو مخالفا لدينه، أو بنصيب أخيه وهو محجوب عن ميراثه، فلا شيء للموصى له؛ لأنه لا نصيب له، فمثله لا شيء له.." [١]

"أنصباء، والمال كله ستة للوصيين والبنين لكل واحد سهم. (طريق آخر) سهام البنين أربعة، وهي بقية مال ذهب خمسه، فزد عليه ربعه للوصي الثاني، صارت خمسة، ثم زد على سهم ابن ما يكمل به الثلث، وهو سهم آخر فصارت ستة. وإن شئت فرضت المال خمسة أسهم وتكملة، ودفعت التكملة إلى صاحبها، وخمس الباقي إلى صاحبه، ويبقى لكل ابن سهم. وقد علمت أن سهم ابن مع التكملة ثلث المال، وأن الباقي بعدهما الثلثان، وهي أربعة أسهم، فقابل بهما نصف الأربعة، وهي سهمان فتبين أن التكملة سهم.

[فصل أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه وهم ثلاثة ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث ولآخر بدرهم]

(٤٦٤٧) فصل وإن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه، وهم ثلاثة، ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث، ولآخر بدرهم، فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أيضا، فادفع إلى الوصي الأول نصيبا، وإلى الثاني والثالث درهمين، بقي سبعة ونصيبان، ادفع نصيبين إلى ابنين. يبقى سبعة للابن الثالث، فالنصيب سبعة، والمال ثلاثون، فإن كانت الوصية الثالثة بدرهمين، فالنصيب ستة والمال سبعة وعشرون.

[فصل ترك ستمائة ووصى لأجنبي بمائة ولآخر بتمام الثلث]

(٤٦٤٨) فصل: وإن ترك ستمائة، ووصى لأجنبي بمائة، ولآخر بتمام الثلث، فلكل واحد منهما مائة، فإن رد الأول وصيته فللآخر مائة. وإن وصى للأول بمائتين، وللآخر بباقي الثلث، فلا شيء للثاني، سواء رد الأول وصيته أو أجازها. وهذا قياس قول الشافعي، وأهل البصرة. وقال أهل العراق: إن رد الأول، فللثاني مائتان في المسألتين. ولنا، أن المائتين ليست باقي الثلث، ولا تتمته، فلا يكون موصى بها للثاني، كما لو قبل الأول. ولو وصى لوارث بثلثه، ولآخر بتمام الثلث، فلا شيء للثاني. وعلى قول أهل العراق، له الثلث كاملا.

[فصل أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمائة ولثالث بتمام الثلث على المائة]

(٤٦٤٩) فصل: وإن أوصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمائة، ولثالث بتمام الثلث على المائة، ولم يزد الثلث

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٣/٦

على مائة، بطلت وصية التمام. وإن زاد على مائة، وأجاز الورثة، أمضيت وصاياهم على ما أوصى لهم به. وإن ردوا، ففيه وجهان؛ أحدهما، يرد كل واحد منهما إلى نصف وصيته؛ لأن الوصايا رجعت إلى نصفها، فيدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية، كسائر الوصايا. والثاني، لا شيء لصاحب التمام حتى تكمل المائة لصاحبها، ثم يكون الثلث بين الوصيين الآخرين." (١)

"نصفين، ويزاحم صاحب المائة صاحب التمام، ولا يعطيه شيئا؛ لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها، وما تمت له. ويجوز أن يزاحم به ولا يعطيه، كالأخ من الأبوين، يزاحم الجد بالأخ من الأب، ولا يعطيه شيئا.

[مسألة أوصى لزيد بنصف ماله ولعمرو بربع ماله ولم يجز ذلك الورثة]

(٤٦٥٠) مسألة؛ قال: (وإذا أوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بربع ماله، ولم يجز ذلك الورثة، فالثلث بينهما على ثلاثة أسهم؛ لعمرو سهم؛ ولزيد سهمان) وجملته أنه إذا أوصى بأجزاء من المال، أخذتها من مخرجها، وقسمت الباقي على الورثة. وإن لم يجيزوا، قسمت الثلث بين الأوصياء على قدر سهامهم، في حال الإجازة، وقسمت الثلثين على الورثة، ولا فرق بين أن يكون الموصى لهم من تجاوز وصيته الثلث أو لا. هذا قول الجمهور، منهم؛ الحسن؛ والنخعي؛ ومالك، وابن أبي ليلى، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة، وأبو ثور. وابن المنذر: لا يضرب الموصى له في حال الرد بأكثر من الثلث؛ لأن ما جاوز الثلث باطل، فكيف يضرب به؟ **ولنا**، أنه فاضل بينهما في الوصية فلم تجز التسوية، كما لو وصى بثلث وربع، أو بمائة ومائتين، وماله أربعمائة. وهذا يبطل ما ذكروه، ولأنها وصية صحيحة، ضاق عنها الثلث، فتقسم بينهم على قدر الوصايا، كالثلث والربع. وليس الأمر على ما قالوه في بطلان الوصية، فإن الوصية صحيحة على ما ذكرناه فيما مضى. فعلى هذا إذا أوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بربعه، فللموصى لهما ثلاثة أرباع المال، إن أجاز الورثة، ويبقى لهم الربع. وإن ردوا، فالثلث بين الوصيين على ثلاثة، والمسألة كلها من تسعة. وإن أجازوا لأحدهما دون صاحبه، ضربت مسألة الرد في مسألة الإجازة، وأعطيت المجاز له سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد، والمردود عليه سهمه من مسألة الرد مضروبا في مسألة الإجازة. وإن أجاز بعض الورثة لهما، ورد الباقون عليهما، أعطيت المجيز سهمه من مسألة الإجازة في مسألة الرد، ومن لم يجز سهمه من مسألة الرد مضروبا في مسألة الإجازة، وقسمت الباقي بين الوصيين على ثلاثة. وإن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٢/٦

اتفقت المسألتان، ضربت وفق إحداهما في الأخرى، ومن له سهم من إحدى المسألتين مضروب في وفق الأخرى. وإن دخلت إحدى المسألتين في الأخرى، اجتزأت بأكثرهما، ففي مسألة الخرقي هذه، إذا كان الورثة أما وثلاث أخوات مفترقات، فأجازوا، فالمسألة من أربعة، للوصيين ثلاثة، يبقى سهم على ستة، تضربها في أربعة، تكن أربعة وعشرين. وإن ردوا فللوصيين الثلث ثلاثة، ويبقى، ستة على المسألة وهي ستة؛ فتصح من تسعة. وإن أجازوا لصاحب النصف وحده، ضربت وفق التسعة في أربعة وعشرين، تكن اثنين وسبعين، لصاحب النصف اثنا عشر في ثلاثة ستة وثلاثون، وللآخر سهم في ثمانية." (١)

"يشمل الجميع. قال الله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١] . وقال تعالى: ﴿ما اتخذ الله من ولد﴾ [المؤمنون: ٩١] . نفى الذكر والأنثى جميعا، وإن قال: لبني، أو بني فلان. فهو للذكور دون الإناث والخناثى. هذا قول الجمهور. وبه قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وقال الحسن، وإسحاق، وأبو ثور: هو للذكر والأنثى جميعا؛ لأنه لو أوصى لبني فلان وهم قبيلة، دخل فيه الذكر والأنثى. وقال الثوري: إن كانوا ذكورا وإناثا، فهو بينهم، وإن كن بنات لا ذكر معهن، فلا شيء لهن؛ لأنه متى اجتمع الذكور والإناث غلب لفظ التذكير، ودخل فيه الإناث، كلفظ المسلمين والمشركين. **ولنا**، أن لفظ البنين يختص الذكور، قال الله تعالى: ﴿أصطفى البنات على البنين﴾ [الصافات: ١٥٣] . وقال تعالى: ﴿أم اتخذ مما يخلق بنات وأصفاكم بالبنين﴾ [الزخرف: ١٦] . وقال: ﴿زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين﴾ [آل عمران: ١٤] . وقال: ﴿المال والبنون زينة الحياة الدنيا﴾ [الكهف: ٤٦] . وقد أخبر أنهم لا يشتهون البنات. فقال: ﴿ويجعلون لله البنات سبحانه ولهم ما يشتهون﴾ [النحل: ٥٧] ﴿وإذا بشر أحدهم بالأنثى﴾ [النحل: ٥٨] . الآية. وإنما دخلوا في الاسم إذا صاروا قبيلة؛ لأن الاسم نقل فيهم عن الحقيقة إلى العرف، ولهذا تقول المرأة: أنا من بني فلان. إذا انتسبت إلى القبيلة، ولا تقول ذلك إذا انتسبت إلى أبيها.

[فصل أوصى لبنات فلان]

(٤٦٥٤) فصل: وإن أوصى لبنات فلان، دخل فيه الإناث دون غيرهن. لا نعلم فيه خلافا، ولا يدخل فيهن الخنثى المشكل؛ لأنا لا نعلم كونه أنثى.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٣/٦

[فصل أوصى لولد فلان أو لبني فلان ولم يكونوا قبيلة]

(٤٦٥٥) فصل: وإن أوصى لولد فلان، أو لبني فلان. ولم يكونوا قبيلة، فهو لولده لصلبه، وأما أولاد أولاده، فإن كانت قرينة تدل على دخولهم، مثل أن يوصي لولد فلان وليس له إلا أولاد أولاده. أو قال: ولا يعطى ولد البنات شيئا. أو قال: إلا ولد فلان. أو فضلوا ولد فلان على غيرهم. ونحو ذلك، دخلوا؛ لأن اللفظ يحتملهم، والقرينة صارفة له إليهم، فصار كالتصريح بهم. وإن دلت القرينة على إخراجهم، فلا شيء لهم. وإن." (١)

"والكهول: الذين جازوا الثلاثين، قال الله تعالى: ﴿ويكلم الناس في المهد وكهلا﴾ [آل عمران: ٤٦] . (١) قال المفسرون: ابن ثلاثين. مأخوذ من قولهم: اكتهل النبات، إذا تم وقوي. ثم لا يزال كهلا حتى يبلغ خمسين، ثم يشيخ، ثم لا يزال شيخا حتى يموت.

[فصل أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم]

(٤٦٦٢) فصل وإذا أوصى لجماعة لا يمكن حصرهم واستيعابهم، كالقبيلة العظيمة، والفقراء والمساكين، صح، وأجزأ الدفع إلى واحد منهم. وبه قال الشافعي، في أحد الوجهين، إلا أنه قال: يدفع إلى ثلاثة منهم؛ لأنه أقل الجمع. وقال أبو حنيفة: لا تصح الوصية للقبيلة التي لا يمكن حصرها؛ لأنها يدخل فيها الأغنياء والفقراء، وإذا وقعت للأغنياء لم تكن قربة، وإنما تكون حقا لآدمي، وحقوق الآدميين إذا دخلت فيها الجهالة لم تصح، كما لو أقر لمجهول. **ولنا**، أن كل وصية صحت لجماعة محصورين، صحت لهم، وإن لم يكونوا محصورين كالفقراء. وما ذكروه غير صحيح؛ فإن الوصية للأغنياء قربة، وقد ندب النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى الهدية وإن كانت لغني. وأما جواز الدفع إلى واحد، فمبني على الدفع في الزكاة، وقد مضى الكلام فيه هناك.

[مسألة الوصية بالحمل]

(٤٦٦٣) مسألة؛ قال: (والوصية بالحمل وللحمل جائزة، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ تكلم بالوصية) أما الوصية بالحمل فتصح إذا كان مملوكا، بأن يكون رقيقا، أو حمل بهيمة مملوكة له؛ لأن الغرر والخطر لا يمنع صحة الوصية، فجرى مجرى إعتاق الحمل، فإن انفصل ميتا، بطلت الوصية، وإن انفصل حيا،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٦/٦

وعلمنا وجوده حال الوصية، أو حكمنا بوجوده، صحت الوصية، وإن لم يكن كذلك، لم تصح؛ لجواز حدوثه. ولو قال: أوصيت لك بما تحمل جاريتي هذه، أو ناقتي هذه، أو نخلتي هذه. جاز؛ لما ذكرنا من صحتها مع الغرر. وأما الوصية للحمل، فصحيحة أيضا، لا نعلم فيه خلافا، وبذلك قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ وذلك لأن الوصية جرت مجرى الميراث، من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته، إلى الموصى له، بغير عوض، كانتقاله إلى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث وصية، بقوله سبحانه: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١] . وقال سبحانه: ﴿فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار وصية من الله﴾ [النساء: ١٢] . والحمل يرث، فتصح الوصية له، ولأن الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف." (١)

"[فصل أوصى لما تحمل هذه المرأة]

(٤٦٦٥) فصل: وإذا أوصى لما تحمل هذه المرأة، لم يصح. وقال بعض أصحاب الشافعي: يصح، كما تصح الوصية بما تحمل هذه الجارية. **ولنا**، أن الوصية تمليك، فلا تصح للمعدوم، بخلاف الموصى به، فإنه يملك، فلم يعتبر وجوده، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث، ولو مات إنسان لم يرثه من الحمل إلا من كان موجودا، كذلك الوصية. ولو تجدد للميت مال بعد موته، بأن يسقط في شبكته صيد، لورثه ورثته، ولذلك قضينا بثبوت الإرث في ديته، وهي تتحدد بعد موته، فجاز أن تملك بالوصية. فإن قيل: فلو وقف على من يحدث من ولده أو ولد فلان صح، فالوصية أولى؛ لأنها تصح بالمعدوم والمجهول، بخلاف الوقف. قلنا: الوصية أجريت مجرى الميراث، ولا يحصل الميراث إلا لموجود، فكذا الوصية، والوقف يراد للدوام، فمن ضرورته إثباته للمعدوم.

[فصل أوصى لحمل امرأة فولدت ذكرا وأنثى]

(٤٦٦٦) فصل: وإذا أوصى لحمل امرأة، فولدت ذكرا وأنثى، فالوصية لهما بالسوية؛ لأن ذلك عطية وهبة، فأشبه ما لو وهبهما شيئا بعد ولادتهما. وإن فاضل بينهما، فهو على ما قال، كالوقف. وإن قال: إن كان في بطنها غلام فله ديناران، وإن كان فيه جارية فلها دينار. فولدت غلاما وجارية، فلكل واحد منهما ما وصى له به؛ لأن الشرط وجد فيه. وإن ولدت أحدهما منفردا، فله وصيته. ولو قال: إن كان حملها، أو إن

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/ ١٨٠

كان ما في بطنها غلاما. فله ديناران، وإن كانت جارية فلها دينار. فولدت أحدهما منفردا، فله وصيته. وإن ولدت غلاما وجارية، فلا شيء لهما؛ لأن أحدهما ليس هو جميع الحمل. ولا كل ما في البطن. وبهذا قال أصحاب الرأي، وأصحاب الشافعي، وأبو ثور.

[فصل أوصى بثمرة شجرة أو بستان أو غلة دار أو خدمة عبد]

(٤٦٦٧) فصل: وإن أوصى بثمرة شجرة، أو بستان، أو غلة دار، أو خدمة عبد، صح، سواء وصى بذلك في مدة معلومة، أو بجميع الثمرة والمنفعة في الزمان كله. هذا قول الجمهور، منهم؛ مالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال ابن أبي ليلى: لا تصح الوصية بالمنفعة؛ لأنها معدومة. **ولنا**، أنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة، فتصح الوصية بها، كالأعيان. ويعتبر خروج ذلك من ثلث المال. نص عليه أحمد في سكنى الدار. وهو قول كل من قال بصحة الوصية بها. فإن لم تخرج من الثلث، أجيز منها بقدر الثلث. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: إذا أوصى بخدمة عبده سنة، فلم يخرج من الثلث، فالورثة بالخيار بين تسليم خدمته سنة، وبين تسليم ثلث المال. وقال أصحاب الرأي، وأبو ثور:." (١)

"إذا أوصى بخدمة عبده سنة، فإن العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين، حتى يستكمل الموصى له سنة فإن، أراد الورثة بيع العبد، بيع على هذا. **ولنا**، أنها وصية صحيحة، فوجب تنفيذها على صفتها إن خرجت من الثلث، أو بقدر ما يخرج من الثلث منها، كسائر الوصايا، أو كالأعيان. إذا ثبت هذا، فمتى أريد تقويمها، فإن كانت الوصية مقيدة بمدة، قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة، ثم تقوم المنفعة في تلك المدة فينظر؛ كم قيمتها. وإن كانت الوصية مطلقة في الزمان كله، فقد قيل: تقوم الرقبة بمنفعتها جميعا، ويعتبر خروجها من الثلث؛ لأن عبدا لا منفعة له، وشجرا لا ثمر له، لا قيمة له غالبا. وقيل: تقوم الرقبة على الورثة، والمنفعة على الموصى له. وصفة ذلك أن يقوم العبد بمنفعته، فإذا قيل: قيمته مائة. قيل: كم قيمته لا منفعة فيه؟ فإذا قيل: عشرة. علمنا أن قيمة المنفعة تسعون.

[فصل أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار في المدة التي أوصى له بنفعها]

(٤٦٦٨) فصل: وإن أراد الموصى له إجارة العبد أو الدار، في المدة التي أوصى له بنفعها، جاز. وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز إجارة المنفعة المستحقة بالوصية؛ لأنه إنما أوصى له باستيفائه. **ولنا**،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٢/٦

أنها منفعة يملكها ملكا تاما، فملك أخذ العوض عنها بالأعيان، كما لو ملكها بالإجارة. وإن أراد الموصى له إخراج العبد عن البلد، فله ذلك. وبه قال أبو ثور. وقال أصحاب الرأي: لا يخرجه إلا أن يكون أهله في غير البلد، فيخرجه إلى أهله. ولنا، أنه مالك لنفعه، فملك إخراجه، كالمستأجر.

[فصل أوصى له بثمرة شجرة مدة أو بما يثمر أبدا]

(٤٦٦٩) فصل: وإذا أوصى له بثمرة شجرة مدة، أو بما يثمر أبدا، لم يملك واحد من الموصى له والوارث إجبار الآخر على سقيها؛ لأنه لا يجبر على سقي ملكه، ولا سقي ملك غيره. وإن أراد أحدهما سقيها على وجه لا يضر بصاحبه، لم يملك الآخر منعه. وإذا يبست الشجرة، كان حطبها للوارث. وإن وصى له بثمرتها سنة بعينها، فلم تحمل تلك السنة، فلا شيء للموصى له. وإن قال: لك ثمرتها أول عام تثمر. صح، وله ثمرتها أول عام تثمر. وكذلك إذا أوصى له بما تحمل جاريته أو شاته. وإن وصى لرجل بشجرة، ولآخر بثمرتها، صح، وكان صاحب الرقبة قائما مقام الوارث، وله ماله. وإن وصى له بلبن شاة وصوفها، صح، كما تصح الوصية بثمرة الشجرة. وإن وصى بلبنها خاصة، أو صوفها خاصة، صح، ويقوم الموصى به دون العين.

[فصل نفقة العبد الموصى بخدمته وسائر الحيوانات الموصى بنفعها]

(٤٦٧٠) فصل: فأما نفقة العبد الموصى بخدمته، وسائر الحيوانات الموصى بنفعها، فيحتمل أن تجب على صاحب الرقبة. هذا الذي ذكره الشريف أبو جعفر مذهبا لأحمد، وهو قول أبي ثور، وظاهر مذهب الشافعي؛ لأن." (١)

"النفقة على الرقبة، فكانت على صاحبها، كالعبد المستأجر، وكما لو لم يكن له منفعة. قال الشريف: ولأن الفطرة تلزمه، والفطرة تتبع النفقة، ووجوب التابع على إنسان دليل على وجوب المتبوع عليه. ويحتمل أن يجب على صاحب المنفعة. وهو قول أصحاب الرأي، والإصطخري، وهو أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأنه يملك نفعه على التأبيد، فكانت النفقة عليه، كالزوج، ولأن نفعه له، فكان عليه ضره، كالمالك لهما جميعا، يحققه أن إيجاب النفقة على من لا نفع له ضرر مجرد، فيصير معنى الوصية: أوصيت لك بنفع عبدي، وأبقيت على ورثتي ضره. وإن وصى بنفعه لإنسان، ولآخر برقبته، كان معناه: أوصيت لهذا بنفعه، ولهذا بضره. والشرع ينفي هذا بقوله: «لا ضرر ولا ضرار» . ولذلك جعل الخراج بالضمان، ليكون ضره

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٣/٦

على من له نفعه. وفارق المستأجر، فإن نفعه في الحقيقة للمؤجر؛ لأنه يأخذ الأجر عوضا عن منافعه. وقيل: تجب نفقته في كسبه. وهذا راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة؛ لأن كسبه من منافعه، فإذا صرف في نفقته، فقد صرفت المنفعة الموصى بها إلى النفقة، فصار كما لو صرف إليه شيء من ماله سواه.

(٤٦٧١) فصل: وإذا أعتق الورثة العبد، عتق، ومنفعته باقية للموصى له بها، ولا يرجع على المعتق بشيء. وإن أعتقه صاحب المنفعة، لم يعتق؛ لأن العتق للرقبة، وهو لا يملكها. وإن وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد، وأسقطها عنه، فللورثة الانتفاع به؛ لأن ما يوهب للعبد يكون لسيده. وإن أراد صاحب الرقبة بيع العبد، فله ذلك، ويباع مسلوب المنفعة، ويقوم المشتري مقام البائع، فيما له وعليه. وقيل: لا يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره؛ لأن ما لا منفعة فيه، لا يصح بيعه، كالحشرات والميتات. وقيل: يجوز بيعه من مالك منفعته دون غيره؛ لأن مالك منفعته يجتمع له الرقبة والمنفعة، فينتفع بذلك، بخلاف غيره، ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة دون غيره، وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض. **ولنا**، أنه عبد مملوك، تصح الوصية به، فصح بيعه كغيره، ولأنه يمكنه إعتاقه وتحصيل ولائه، وجر ولاء من ينجر ولاؤه بعتقه، بخلاف الحشرات. وإن وصى لرجل برقبة عبد، ولآخر بنفعه، صح، وقام الموصية له بالرقبة مقام الوارث فيما ذكرنا. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

[فصل أوصى لرجل بمنفعة أمته فأتت بولد من زوج أو زنى]
(٤٦٧٢) فصل: وإذا أوصى لرجل بمنفعة أمته، فأتت بولد من زوج أو زنا، فهو مملوك، حكمه حكم أمه؛ لأن الولد يتبع الأم في حكمها، كولد المكاتبة والمدبرة. ويحتمل أن يكون لمالك الرقبة؛ لأن ذلك ليس من النفع الموصى به. ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها. وإن وطئت بشبهة، وجب المهر على الواطئ لصاحب." (١)

"بثلثه، أو وصى بجميع ماله لرجل، ثم وصى به لآخر، فهو بينهما. ولا يكون ذلك رجوعا في الوصية الأولى. وبهذا قال ربيعة، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأصحاب الرأي
وقال جابر بن زيد، والحسن، وعطاء، وطاوس، وداود: وصيته للآخر منهما؛ لأنه وصى للثاني بما وصى به للأول، فكان رجوعا، كما لو قال: ما وصيت به لبشر فهو لبكر. ولأن الثانية تنافي الأولى، فإذا أتى بها

(١) المغني لابن قدامة ١٨٤/٦

كان رجوعا، كما لو قال: هذا لورثتي. **ولنا**، أنه وصى لهما بها، فاستويا فيها، كما لو قال لهما: وصيت لكما بالجارية. وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته لبشر، وفي مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك، فلم تبطل وصية الآخر بالشك.

[فصل وصى بعبد لرجل ثم وصى لآخر بثلثه]

(٤٦٨٠) فصل: وإن وصى بعبد لرجل، ثم وصى لآخر بثلثه، فهو بينهما أرباعا. وعلى قول الآخرين، ينبغي أن يكون للثاني ثلثه كاملا. وإن وصى بعبده لاثنين، فرد أحدهما وصيته، فللآخر نصفه. وإن وصى لاثنين بثلثي ماله، فرد الورثة ذلك، ورد أحد الوصيين وصيته، فللآخر الثلث كاملا؛ لأنه وصى له به منفردا، وزالت المزاحمة، فكمل له، كما لو انفرد به.

[فصل أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث]

(٤٦٨١) فصل: إذا أقر الوارث أن أباه وصى بالثلث لبشر، وأقام آخر شاهدين أنه وصى له بالثلث، فرد الوارث الوصيتين، وكان الوارث رجلا عاقلا عدلا، وشهد بالوصية، حلف معه الموصى له، واشتركا في الثلث. وبهذا قال أبو ثور. وهو قياس قول الشافعي. وقال أصحاب الرأي: لا يشاركه المقر له. بناء منهم على أن الشاهد واليمين ليس بحجة شرعية. وقد ثبت «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بشاهد ويمين» . رواه مسلم

وإن كان المقر ليس بعدل، أو كان امرأة، فالثلث لمن ثبتت له البينة؛ لأن وصيته ثابتة، ولم تثبت وصية الآخر، وإن لم يكن لواحد منهما بينة، فأقر الوارث أنه أقر لفلان بالثلث، أو بهذا العبد، وأقر لفلان به بكلام متصل، فالمقر به بينهما. وبهذا قال أبو ثور، وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه مخالفا. وإن أقر به لواحد، ثم أقر به لآخر في مجلس آخر، لم يقبل إقراره؛ لأنه ثبت للأول بإقراره، فلا يقبل قوله فيما ينقص به حق الأول، إلا أن يكون عدلا، فيشهد بذلك، ويحلف معه المقر له، فيشاركه، كما لو ثبت للأول ببينة وإن أقر للثاني في المجلس بكلام متصل، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يقبل؛ لأن حق الأول ثبت في الجميع، فأشبه ما لو أقر له في مجلس آخر. والثاني، يقبل؛ لأن المجلس الواحد كالحال الواحدة، فإن الخرقي قال:

وإذا خلف ابنا وألف درهم، فأقر بها لرجل، ثم أقر بألف لآخر، فإن كان في مجلس واحد، فالألف بينهما، وإن كان في مجلسين، فهي للأول." [١]

"ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم، أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله، أو بشيء فأتلفه، أو تصدق به، أو وهبه، أو بجارية فأحبلها، أو أولدها، أنه يكون رجوعا

وحكي عن أصحاب الرأي، أن بيعه ليس برجوع؛ لأنه أخذ بدله، بخلاف الهبة. **ولنا**، أنه أزال ملكه عنه، فكان رجوعا، كما لو وهبه. وإن عرضه على البيع، أو وصى ببيعه، أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له، أو كاتبه، أو وصى بإعتاقه، أو دبره، كان رجوعا؛ لأنه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع، وإيجابه للهبة، ووصيته ببيعه أو إعتاقه، لكونه وصى بما ينافي الوصية الأولى، والكتابة بيع، والتدبير أقوى من الوصية؛ لأنه ينجز بالموت، فيسبق أخذ الموصى له

وإن رهنه، كان رجوعا؛ لأنه علق به حقا يجوز بيعه، فكان أعظم من عرضه على البيع. وفيه وجه آخر، أنه ليس برجوع. وهو وجه لأصحاب الشافعي؛ لأنه لا يزيل الملك، فأشبه إجارته، وكذلك الحكم في الكتابة.

[فصل وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه في الوصية بشيء معين ثم خلطه بغيره]

(٤٦٨٦) فصل: وإن وصى بحب ثم طحنه، أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه، أو بخبز ففته، أو جعله فتيتا. كان رجوعا؛ لأنه أزال اسمه وعرضه للاستعمال، فدل على رجوعه. وبهذا قال الشافعي. وإن وصى بكتان أو قطن فغزله، أو بغزل فنسجه، أو بثوب فقطعه، أو ببقرة فضربها، أو شاة فذبحها، كان رجوعا. وبهذا قال أصحاب الرأي، والشافعي في ظاهر مذهبه. واختار أبو الخطاب أنه ليس برجوع.

وهو قول أبي ثور؛ لأنه لا يزيل الاسم. **ولنا**، أنه عرضه للاستعمال، فكان رجوعا، كالتي قبلها. ولا يصح قوله: إنه لا يزيل الاسم. فإن الثوب لا يسمى غزلا، والغزل لا يسمى كتانا.

[فصل وصى بشيء معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه]

(٤٦٨٧) فصل: وإن وصى بشيء معين، ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه، كان رجوعا؛ لأنه يتعذر بذلك تسليمه، فيدل على رجوعه. فإن خلطه بما يتميز منه، لم يكن رجوعا؛ لأنه يمكن تسليمه. وإن وصى بقفيز قمح من صبرة، ثم خلطها بغيرها، لم يكن رجوعا، سواء خلطها بمثلها، أو بخير منها، أو دونها؛ لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٧/٦

كان مشاعا. وبقي مشاعا. وقيل: إن خلطه بخير منه، كان رجوعا؛ لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه، ولا يجب على الوارث تسليم خير منه، فصار متعذر التسليم، بخلاف ما إذا خلطه بمثله أو دونه.." (١)

"[فصل حكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم الوصية في خمسة أشياء]

(٤٦٩٥) فصل: وحكم العطايا في مرض الموت المخوف، حكم الوصية في خمسة أشياء؛ أحدها، أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة. الثاني، أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة بقية الورثة. الثالث، أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - سئل عن أفضل الصدقة قال: «أن تصدق وأنت صحيح شحيح، تأمل الغنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان» متفق عليه.

ولفظه: قال رجل: يا رسول الله: أي الصدقة أفضل؟ قال: " أن تصدق وأنت صحيح حريص ". الرابع، أنه يزاحم بها الوصايا في الثلث. الخامس، أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت، لا قبله ولا بعده. ويفارق الوصية في ستة أشياء؛ أحدها، أنها لازمة في حق المعطي ليس له الرجوع فيها. وإن كثرت، ولأن المنع علىى الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة، لا لحقه، فلم يملك إجازتها ولا ردها، وإنما كان له الرجوع في الوصية.

لأن التبرع بها مشروط بالموت، ففيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية، بخلاف العطية في المرض، فإنه قد وجدت العطية منه، والقبول من المعطي، والقبض، فلزمت كالوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت. الثاني، أن قبولها على الفور في حال حياة المعطي وكذلك ردها، والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت؛ لما ذكرنا من أن العطية تصرف في الحال، فتعتبر شروطه وقت وجوده، والوصية تبرع بعد الموت، فاعتبر شروطه بعد الموت

الثالث، أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة؛ من العلم، وكونها لا يصح تعليقها على شرط وغرر في غير العتق، والوصية بخلافه. الرابع، أنها تقدم على الوصية، وهذا قول الشافعي، وجمهور العلماء. وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، وزفر، إلا في العتق، فإنه حكي عنهم تقديمه، لأن العتق يتعلق به حق الله تعالى، ويسري وقفه، وينفذ في ملك الغير، فيجب تقديمه. **ولنا**، أن العطية لازمة في حق المريض، فقدمت على الوصية، كعطية الصحة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٩/٦

ولأنها عطية بثمرة، فقدمت على العتق، كعطية الصدقة، وكما لو تساوى الحقان. الخامس، أن العطايا إذا عجز الثلث عن جميعها، بدئ بالأول فالأول، سواء كان الأول عتقا." (١)

"أو غيره. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد، وإن كانت من أجناس، وكانت المحاباة متقدمة قدمت، وإن تأخرت سوي بينها وبين العتق، وإنما كان كذلك، لأن المحاباة حق آدمي على وجه المعاوضة، فقدمت، إذا تقدمت، كقضاء الدين، وإذا تساوى جنسها سوي بينها؛ لأنها عطايا من جنس واحد، تعتبر من الثلث، فسوي بينها، كالوصية

وقال أبو يوسف، ومحمد: يقدم العتق، تقدم أو تأخر. **ولنا**، أنهما عطيتان منجزتان، فكانت أولاهما أولى، كما لو كانت الأولى محاباة عند أبي حنيفة، أو عتقا عند صاحبيه. ولأن العطية المنجزة لازمة في حق المعطي، فإذا كانت خارجة من الثلث، لزمت في حق الورثة، فلو شاركتها الثانية، لمنع ذلك لزومها في حق المعطي؛ لأنه يملك الرجوع عن بعضها بعطية أخرى، بخلاف الوصايا، فإنها غير لازمة في حقه، وإنما تلزم بالموت في حال واحدة، فاستويا لاستوائهما في حال لزومهما، بخلاف المنجزتين

وما قاله في المحاباة غير صحيح، فإنها بمنزلة الهبة، ولو كانت بمنزلة المعاوضة أو الدين لما كانت من الثلث. فأما إن وقعت دفعة واحدة، كأن وكل جماعة في هذه التبرعات، فأوقعوها دفعة واحدة، فإن كانت كلها عتقا أقرعنا بينهما، فكملنا العتق كله في بعضهم، وإن كانت كلها من غير العتق، قسمنا الثلث بينهم على قدر عطاياهم، لأنهم تساووا في الاستحقاق، فقسم بينهم على قدر حقوقهم، كغرماء المفلس

وإنما خولف هذا الأصل في العتق، لحديث عمران بن حصين، ولأن القصد بالعتق يكمل الأحكام، ولا تكمل الأحكام إلا بتكميل العتق بخلاف غيره، ولأن في قسمة العتق عليهم إضرارا بالورثة والميت والعبيد، على ما يذكر في موضعه. وإن وقعت دفعة واحدة، وفيها عتق وغيره، ففيه روايتان؛ إحداهما، يقدم العتق لتأكيده. والثانية، يسوى بين الكل؛ لأنها حقوق تساوت في استحقاقها، فتساوت في تنفيذها، كما لو كانت من جنس واحد، وذلك لأن استحقاقها حصل في حالة واحدة

السادس، أن الواهب إذا مات قبل تقبيضه الهبة المنجزة، كانت الخيرة للورثة، إن شاءوا قبضوا، وإن شاءوا منعوا، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم.

[فصل قال المريض إذا أعتقت سعدا فسعيد حر ثم أعتق سعدا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٩٣

(٤٦٩٦) فصل: إذا قال المريض: إذا أعتقت سعدا، فسعيد حر. ثم أعتق سعدا، عتق سعيد أيضا إن خرجا من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث إلا أحدهما عتق سعد وحده، ولم يقرع بينهما لوجهين؛ أحدهما، أن سعدا سبق بالعتق.." (١)

"أحدهما، يكمل العتق من أحدهما بالقرعة بينهما، كما لو أعتق العبدين فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما

والثاني، يقسم ما بقي من الثلث بينهما بغير قرعة، لأنه أوقع عتقا مشقصا فلم يكمله، بخلاف ما إذا أعتق العبدين، ولهذا إذا لم يخرج من الثلث إلا الشقصان أعتقناهما، ولم يقرع بينهما، ولم يكمله من أحدهما. ولو أوصى بإعتاق النصيبين، وأن يكمل عتقهما من ثلثه، ولم يخرج من الثلث إلا النصيبان وقيمة باقي أحدهما، أقرعنا بينهما، فمن خرجت قرعته كمل العتق فيه، لأن الموصي أوصى بتكميل العتق، فجرى مجرى إعتاقهما، بخلاف التي قبلها.

[فصل ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض]

(٤٦٩٩) فصل: وإذا ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض، كالهبة والميراث، عتق، وورث المريض إذا مات. وبهذا قال مالك، وأكثر أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يعتق، ولا يرث؛ لأن عتقه وصية، فلا يجتمع مع الميراث. وهذا لا يصح؛ لأنه لو كان وصية لاعتبر من الثلث، كما لو اشتراه.

وجعل أهل العراق عتق الموهوب وصية، يعتبر خروجه من الثلث، فإن خرج من الثلث عتق وورث، وإن لم يخرج من الثلث سعى في قيمة باقيه، ولم يرث في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف، ومحمد: يحتسب بقيمته من ميراثه، فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه. ولنا، أن الوصية هي التبرع بماله بعطية أو إتلاف، أو التسبب إلى ذلك، ولم يوجد واحد منهما؛ لأن العتق ليس من فعله، ولا يقف على اختياره، وقبول الهبة ليس بعطية

ولا إتلاف لماله، وإنما هو تحصيل شيء يتلف بتحصيله فأشبه قبوله لشيء لا يمكنه حفظه، أو لما يتلف ببقائه. في وقت لا يمكنه التصرف فيه، وفارق الشراء؛ فإنه تضييع لماله في ثمنه. وقال القاضي: هذا الذي ذكرناه قياس قول أحمد؛ لأنه قال في مواضع: إذا وقف في مرضه على ورثته صح، ولم يكن وصية؛ لأن الوقف ليس بمال؛ لأنه لا يباع ولا يورث. قال الخبري: هذا قول أحمد وابن الماجشون وأهل البصرة، ولم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٩٤

يذكر فيه عن أحمد خلافا

فأما إن اشترى من يعتق عليه، فقال القاضي: إن حمله الثلث عتق وورثه. وهذا قول مالك وأبي حنيفة. وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث، ويرث بقدر ما فيه من الحرية، وباقيه على الرق، فإن كان الوارث ممن يعتق عليه إذا ملكه، عتق عليه إذا ورثه. وقال أبو يوسف ومحمد: لا وصية لوارث، ويحتسب بقيمته من ميراثه، فإن فضل من قيمته شيء سعى فيه. وقال بعض أصحاب مالك: يعتق من رأس المال، ويرث كالموهوب والموروث

وهو قياس." (١)

"والثاني، أنهم لا يملكون الاعتراض عليه، ولا مشاركته. وهو قياس قول أحمد، ومنصوص الشافعي. لأنه أدى واجبا عليه، فصح، كما لو اشترى شيئا فأدى ثمنه، أو باع بعض ماله وسلمه، ويفارق الوصية، فإنه لو اشترى ثيابا مثمنة صح، ولو وصى بتكفينه في ثياب مثمنة لم يصح، يحقق هذا أن إيفاء ثمن المبيع قضاء لبعض غرمائه، وقد صح عقيب البيع، فكذلك إذا تراخى، إذ لا أثر لتراخيه.

[فصل تبرع المريض أو أعتق ثم أقر بدين]

(٤٧٠٥) فصل: وإذا تبرع المريض، أو أعتق، ثم أقر بدين، لم يبطل تبرعه. نص عليه أحمد، في من أعتق عبده في مرضه، ثم أقر بدين. عتق العبد، ولم يرد إلى الرق. وهذا لأن الحق يثبت بالتبرع في الظاهر، فلم يقبل إقراره فيما يبطل به حق غيره.

[فصل الأمراض على أربعة أقسام في تصرف المريض في الوصية]

(٤٧٠٦) فصل: ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان؛ أحدهما، أن يتصل بمرضه الموت، ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه، ثم مات بعد ذلك، فحكم عطيته حكم عطية الصحيح؛ لأنه ليس بمرض الموت. الثاني، أن يكون مخوفا، والأمراض على أربعة أقسام؛ غير مخوف، مثل وجع العين، والضرس، والصداع اليسير، وحمى ساعة، فهذا حكم صاحبه حكم الصحيح؛ لأنه لا يخاف منه في العادة

الضرب الثاني، الأمراض الممتدة؛ كالجذام، وحمى الربع، والفالج في انتهائه، والسل في ابتدائه، والحمى الغب، فهذا الضرب إن أضنى صاحبها على فراشه، فهي مخوفة، وإن لم يكن صاحب فراش، بل كان يذهب

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٦/٦

ويجيء، فعطاياه من جميع المال. قال القاضي: هذا تحقيق المذهب فيه. وقد روى حرب، عن أحمد، في وصية المجذوم والمفلوج: من الثلث. وهو محمول على أنهما صارا صاحبي فراش. وبه يقول الأوزاعي، والثوري، ومالك، وأبو حنيفة وأصحابه، وأبو ثور. وذكر أبو بكر وجها في صاحب الأمراض الممتدة، أن عطيته من صلب المال

وهو مذهب الشافعي؛ لأنه لا يخاف تعجيل الموت فيه، وإن كان لا يبرأ فهو كالهرم. **ولنا**، أنه مريض صاحب فراش يخشى التلف، فأشبه صاحب الحمى الدائمة، وأما الهرم فإن صار صاحب فراش، فهو كمسألتنا.." (١)

"القسم الأول المحاباة في البيع والشراء.

ولا يمنع ذلك صحة العقد، في قول الجمهور. وقال أهل الظاهر: العقد باطل. **ولنا**، عموم قول الله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] . ولأنه تصرف صدر من أهله في محله، فصح، كغير المريض. فلو باع في مرضه عبدا لا يملك غيره، قيمته ثلاثون بعشرة، فقد حابى المشتري بثلثي ماله، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع.

وإن لم يجيزوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك؛ لأن الصفقة تبعضت عليه، وإن اختار إمضاء البيع، فالصحيح عندي أنه يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن، ويفسخ البيع في الباقي. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله. وإلى هذا أشار القاضي في نحو هذه المسألة؛ لأنه يستحق، الثلث بالمحاباة، والثلث الآخر بالثمن. وقال أهل العراق: يقال له: إن شئت أديت عشرة أخرى وأخذت المبيع، وإن شئت فسخت ولا شيء لك

وعند مالك: له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة، ويسميه أصحابه خلع الثلث. **ولنا** أن فيما ذكرناه مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جمعيه بجميعه، فصح ذلك، كما لو اشترى سلعتين بثمن، فانفسخ البيع في إحداهما لعيب أو غيره، أو كما لو اشترى شقصا وسيفا، فأخذ الشفيع الشقص، أو كالشفعاء يأخذ كل واحد منهم جزءا من المبيع بقسطه، أو كما لو اشترى قفيزا يساوي ثلاثين، بقفيز قيمته عشرة

وأما الوجه الذي اختاره القاضي فلا يصح؛ لأنه أوجب له المبيع بثمن، فيأخذ بعضه بالثمن كله، فلا يصح،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٢/٦

كما لو قال: بعتك هذا بمائة. فقال: قبلت نصفه بها. ولأنه إذا فسخ البيع في بعضه، وجب أن يفسخه في قدره من ثمنه، ولا يجوز فسخ البيع فيه مع بقاء ثمنه، كما لا يجوز فسخ البيع في الجميع مع بقاء ثمنه. وأما قول أهل العراق، فإن فيه إجبار الورثة على المعاوضة على غير الوجه الذي عاوض مورثهم، وإذا فسخ البيع، لم يستحق شيئا؛ لأن الوصية إنما حصلت في ضمن البيع.

فإذا بطل البيع زالت الوصية، كما لو وصى لرجل بعينه أن يحج عنه بمائة، وأجر مثله خمسون، فطلب الخمسين الفاضلة بدون الحج. وإن اشترى عبدا يساوي عشرة بثلاثين، فإنه يأخذ نصفه بنصف الثمن. وإن باع العبد الذي يساوي ثلاثين بخمسة عشر، جاز والبيع في ثلثيه بثلثي الثمن. وعلى قول القاضي، للمشتري خمسة أسداسه بكل الثمن، وطريق هذا أن تنسب الثمن وثلث المبيع إلى قيمته، فيصح البيع في مقدار تلك النسبة، وهو خمسة أسداسه

وعلى الوجه الأول، يسقط الثمن من قيمة المبيع، وينسب الثلث إلى الباقي، فيصح البيع في قدر تلك النسبة، وهو ثلثاه بثلثي الثمن. فإن خلف البائع عشرة أخرى، فعلى الوجه الأول، يصح البيع في." (١)

"ثلاثون، فجنى الأدنى على الأرفع، فنقصه حتى صارت قيمته أربعين، أقرعنا بينهما، فإن خرجت القرعة للأدنى، عتق منه شيء، وعليه ثلث شيء، فبعد الجبر تبين أن العبدين شيئان وثلثان، فالشيء ثلاثة أثمانهما، وقيمتها سبعون، فثلاثة أثمانها سبعة وعشرون وربع وهي من الأدنى نصفه وخمساه ونصف سدس عشره. وإن وقعت على الآخر، عتق ثلثه، وحقه من الجناية أكثر من قيمة الجاني، فيأخذه بها، أو يفديه المعتق

وقد بقيت فروع كثيرة، وفيما ذكرنا ما يستدل به على غيره، إن شاء الله تعالى وكل موضع زاد العتق على ثلث العبدين من أجل وجوب الأرش للسيد، تكون الزيادة موقوفة على أداء الأرش، كما ذكرنا من قبل والله أعلم.

[مسألة وصية الصبي إذا عقل]

(٤٧٢٢) مسألة؛ قال: (ومن جاوز العشر سنين؛ فوصيته جائزة إذا وافق الحق) هذا المنصوص عن أحمد، فإنه قال، في رواية صالح، وحنبل: تحوز وصيته إذا بلغ عشر سنين. قال أبو بكر: ل١ يختلف المذهب أن من له عشر سنين، تصح وصيته، ومن له دون السبع لا تصح وصيته، وما بين السبع والعشر فعلى روايتين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٩/٦

وقال ابن أبي موسى: لا تصح وصية الغلام لدون العشر ولا الجارية، قولا واحدا، وما زاد على العشر فتصح، على المنصوص

وفيه وجه آخر، لا تصح حتى يبلغ. وقال القاضي، وأبو الخطاب: تصح وصية الصبي إذا عقل. وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه أجاز وصية الصبي، وهو قول عمر بن عبد العزيز، وشريح، وعطاء، والزهري، وإياس، وعبد الله بن عتبة، والشعبي، والنخعي، ومالك، وإسحاق. قال إسحاق: إذا بلغ اثنتي عشرة. وحكاه ابن المنذر عن أحمد

وعن ابن عباس: لا تصح وصيته حتى يبلغ. وبه قال الحسن، ومجاهد، وأصحاب الرأي. وللشافعي قولان، كالمذهبين. واحتجوا بأنه تبرع بالمال، فلا يصح من الصبي، كالهبة والعتق، ولأنه لا يقبل إقراره، فلا تصح وصيته، كالطفل. **ولنا**، ما روي، أن صبيا من غسان، له عشر سنين، أوصى لأخوال له، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب، - رضي الله عنه - فأجاز وصيته. رواه سعيد. وروى مالك، في " موطئه " عن عبد الله بن أبي بكر، عن أبيه، أن عمرو بن سليم أخبره، أنه قيل لعمر بن الخطاب: إن هاهنا غلاما يفاعا لم يحتلم، وورثته بالشام، وهو ذو مال، وليس له هاهنا إلا ابنة عم له، فقال عمر ": فليوص لها. فأوصى لها بمال يقال له بئر." (١)

"جشم. قال عمرو بن سليم: فبعث ذلك المال بثلاثين ألفا. وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم. قال أبو بكر: وكان الغلام ابن عشر أو اثنتي عشرة سنة. وهذه قصة انتشرت فلم تنكر، ولأنه تصرف تمحض نفعا للصبي، فصح منه، كالإسلام والصلاة، وذلك لأن الوصية صدقة يحصل ثوابها له بعد غناه عن ملكه وماله، فلا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخراه، بخلاف الهبة والعتق المنجز، فإنه يفوت من ماله ما يحتاج إليه، وإذا ردت رجعت إليه، وها هنا لا يرجع إليه بالرد، والطفل لا عقل له، ولا يصح إسلامه ولا عباداته. وقوله: " إذا وافق الحق ". يعني إذا وصى بوصية يصح مثلها من البالغ، صحت منه، وإلا فلا. قال شريح، وعبد الله بن عتبة، وهما قاضيان: من أصاب الحق أجزنا وصيته.

[فصل الطفل وهو من له دون السبع والمجنون والمبرسم لا وصية لهم]

(٤٧٢٣) فصل: فأما الطفل، وهو من له دون السبع، والمجنون، والمبرسم، فلا وصية لهم. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ حميد بن عبد الرحمن، ومالك، والأوزاعي، والشافعي - رضي الله عنهم - وأصحاب

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٥/٦

الرأي، ومن تبعهم

ولا نعلم أحدا خالفهم إلا إياس بن معاوية، قال في الصبي والمجنون: إذا وافقت وصيتهم الحق جازت. وليس بصحيح؛ فإنه لا حكم لكلامهما، ولا تصح عبادتهما، ولا شيء من تصرفاتهما، فكذا الوصية، بل أولى، فإنه إذا لم يصح إسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها، فلأن لا يصح بذله المال يتضرر به وارثه أولى، ولأنها تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول، فلا يصح منهما، كالبيع والهبة.

[فصل المحجور عليه لسفه في الوصية]

(٤٧٢٤) فصل: فأما المحجور عليه لسفه، فإن وصيته تصح، في قياس قول أحمد. قال الخبري: وهو قول الأكثرين. وقال أبو الخطاب: في وصيته وجهان. **ولنا**، أنه عاقل تصح وصيته، كالصبي العاقل، ولأن وصيته تمحضت نفعا له من غير ضرر، فصحت كعباداته. وأما الذي يجن أحيانا، ويفيق أحيانا، فإن وصى حال جنونه لم تصح، وإن وصى في حال عقله صحت وصيته؛ لأنه بمنزلة العقلاء في شهادته، ووجوب العبادة عليه، فكذلك في وصيته وتصرفاته

ولا تصح وصية السكران. وقال أبو بكر: فيه قولان. يعني وجهين. **ولنا** أنه ليس بعاقل، فلا تصح وصيته كالمجنون. وأما إيقاع طلاقه، فإنما أوقعه من أوقعه تغليظا عليه، لارتكابه المعصية، فلا يتعدى هذا إلى وصيته؛ فإنه لا ضرر عليه فيها، إنما الضرر على وارثه. وأما الضعيف في عقله، فإن منع ذلك رشده في ماله، فهو كالسفيه، وإلا فهو كالعاقل.." (١)

"[فصل وصية الأخرس]

(٤٧٢٥) فصل: وتصح وصية الأخرس إذا فهمت إشارته؛ لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما، فإن لم تفهم إشارته، فلا حكم لها. وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي، وغيرهما. فأما الناطق إذا اعتقل لسانه، فعرضت عليه وصيته، فأشار بها، وفهمت إشارته، لم تصح وصيته. ذكره القاضي، وابن عقيل. وبه قال الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة

وقال الشافعي، وابن المنذر: تصح وصيته؛ لأنه غير قادر على الكلام، أشبه الأخرس. واحتج ابن المنذر بأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صلى وهو قاعد، فأشار إليهم، فقعدوا. رواه البخاري. وخرجه ابن عقيل وجها إذا اتصل باعتقال لسانه الموت. **ولنا**، أنه غير مأيوس من نطقه، فلم تصح وصيته بإشارته،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢١٦

كالقادر على الكلام

والخبر لا يلزم؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان قادرا على الكلام، ولا خلاف في أن إشارة القادر لا تصح بها وصية ولا إقرار، ففارق ال أخرس، لأنه مأيوس من نطقه.

[فصل وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية ثم ماتوا على الرق]

(٤٧٢٦) فصل: وإن وصى عبد أو مكاتب أو مدبر أو أم ولد وصية، ثم ماتوا على الرق، فلا وصية لهم؛ لأنه لا مال لهم. وإن أعتقوهم ثم ماتوا ولم يغيروا وصيتهم، صحت؛ لأن لهم قولا صحيحا وأهلية تامة، وإنما فارقوا الحر بأنهم لا مال لهم، والوصية تصح مع عدم المال، كما لو وصى الفقير الذي لا شيء له، ثم استغنى. وإن قال أحدهم: متى عتقت ثم مت، فثلثي لفلان وصية، فعتق ومات، صحت وصيته. وبه قال أبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور. ولا أعلم عن غيرهم خلافهم.

[فصل وصية المسلم للذمي والذمي للمسلم والذمي للذمي]

(٤٧٢٧) فصل: وتصح وصية المسلم للذمي، والذمي للمسلم، والذمي للذمي. روي إجازة وصية المسلم للذمي عن شريح، والشعبي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. ولا نعلم عن غيرهم خلافهم. وقال محمد بن الحنفية، وعطاء، وقتادة، في قوله تعالى: ﴿إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا﴾ [الأحزاب: ٦]

هو وصية المسلم لليهودي والنصراني. وقال سعيد: حدثنا سفيان، عن أيوب، عن عكرمة، أن صفية بنت حيي باعت حجرتها من معاوية بمائة ألف، وكان لها أخ يهودي، فعرضت عليه أن يسلم فيرث، فأبى، فأوصت له بثلث المائة. ولأنه تصح له الهبة، فصحت الوصية له، كالمسلم، وإذا صحت وصية المسلم للذمي، فوصية الذمي للمسلم والذمي للذمي أولى. ولا تصح إلا بما تصح به وصية المسلم للمسلم ولو أوصى لوارثه، أو لأجنبي، بأكثر من ثلثه، وقف على إجازة الورثة، كالمسلم سواء.." (١)

"[فصل الوصية للحربي]

(٤٧٢٨) فصل: وتصح الوصية للحربي في دار الحرب. نص عليه أحمد، وهو قول مالك، وأكثر أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: لا تصح. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢١٧

يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم﴾ [الممتحنة: ٨] إلى قوله: ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾ [الممتحنة: ٩]

الآية فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره. **ولنا**، أنه تصح هبته، فصحت الوصية له، كالذمي. وقد روي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أعطى عمر حلة من حرير، فقال: يا رسول الله كسوتنيها، وقد قلت في حلة عطارد ما قلت، فقال: إني لم أعطكها لتلبسها. فكساها عمر أخا مشركا له بمكة.» وعن «أسماء بنت أبي بكر، قالت: أتتني أمي وهي راغبة – تعني الإسلام – فسألت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقلت: يا رسول الله، أتتني أمي وهي راغبة، أفأصلها؟ قال: نعم.» وهذان فيهما صلة أهل الحرب وبرهم. والآية حجة لنا في من لم يقاتل، فأما المقاتل فإنه نهي عن توليه لا عن بره والوصية له، وإن احتج بالمفهوم، فهو لا يراه حجة. ثم قد حصل الإجماع على جواز الهبة، والوصية في معناها. فأما المرتد، فقال أبو الخطاب: تصح الوصية له، كما تصح هبته. وقال ابن أبي موسى: لا تصح؛ لأن ملكه غير مستقر، ولا يرث، ولا يورث، فهو كالميت. ولأن ملكه يزول عن ماله بردته في قول أبي بكر وجماعة، فلا يثبت له الملك بالوصية.

[فصل الوصية لكافر بمصحف أو بعبد مسلم]

(٤٧٢٩) فصل: ولا تصح الوصية لكافر بمصحف ولا عبد مسلم؛ لأنه لا يجوز هبتهما له، ولا بيعهما منه. وإن أوصى له بعبد كافر، فأسلم قبل موت الموصي، بطلت الوصية، وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول، بطلت، عند من يرى أن الملك لا يثبت إلا بالقبول؛ لأنه لا يجوز أن يبتدئ الملك على مسلم، ومن قال: يثبت الملك بالموت قبل القبول. قال: الوصية صحيحة؛ لأننا نتبين أن الملك يثبت بالموت، لأنه أسلم بعد أن ملكه. ويحتمل أن لا يصح أيضا؛ لأنه يأتي بسبب لولاه لم يثبت الملك، فمنع منه، كابتداء الملك.

[فصل الوصية بمعصية وفعل محرم]

(٤٧٣٠) فصل: ولا تصح الوصية بمعصية وفعل محرم، مسلما كان الموصي أو ذميا، فلو وصى ببناء كنيسة أو بيت نار، أو عمارتهما، أو الإنفاق عليهما، كان باطلا. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور وقال أصحاب الرأي: يصح. وأجاز أبو حنيفة الوصية بأرضه تبنى كنيسة. وخالفه صاحباه. وأجاز أصحاب." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢١٨

"الرأي أن يوصي بشراء خمر أو خنازير. ويتصدق بها على أهل الذمة. وهذه وصايا باطلة، وأفعال محرمة؛ لأنها معصية، فلم تصح الوصية بها، كما لو وصى بعبده أو أمته للفجور

وإن وصى لكتب التوراة والإنجيل، لم تصح؛ لأنها كتب منسوخة، وفيها تبديل، والاشتغال بها غير جائز، وقد غضب النبي - صلى الله عليه وسلم - حين رأى مع عمر شيئا مكتوبا من التوراة. وذكر القاضي أنه لو أوصى لحصر البيع وقناديلها، وما شاكل ذلك، ولم يقصد إعظامها بذلك، صحت الوصية؛ لأن الوصية لأهل الذمة، فإن النفع يعود إليهم، والوصية لهم صحيحة. والصحيح أن هذا مما لا تصح الوصية به؛ لأن ذلك إنما هو إعانة لهم على معصيتهم، وتعظيم لكنائسهم. ونقل عن أحمد كلام يدل على صحة الوصية من الذمي بخدمة الكنيسة

والأول أولى وأصح. وإن وصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة وأهل الحرب، صح؛ لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية.

[مسألة أوصى لأهل قريته أو لقرابته بلفظ عام يدخل فيه مسلمون وكفار]

(٤٧٣١) مسألة؛ قال: (ومن أوصى لأهل قرية، لم يعط من فيها من الكفار، إلا أن يذكرهم) يعني به المسلم، إذا أوصى لأهل قريته أو لقرابته بلفظ عام، يدخل فيه مسلمون وكفار، فهي للمسلمين خاصة، ولا شيء للكفار. وقال الشافعي: يدخل فيه الكفار؛ لأن اللفظ يتناولهم بعمومه، ولأن الكافر لو أوصى لأهل قريته أو قرابته، دخل فيه المسلم والكافر، فكذلك المسلم. **ولنا**، أن الله تعالى قال: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١]

فلم يدخل فيه الكفار إذا كان الميت مسلما، وإذا لم يدخلوا في وصية الله تعالى مع عموم اللفظ، فكذلك في وصية المسلم، ولأن ظاهر حاله أنه لا يريد الكفار، لما بينه وبينهم من عداوة الدين، وعدم الوصلة، المانع من الميراث، ووجوب النفقة على فقيرهم، ولذلك خرجوا من عموم اللفظ في الأولاد والإخوة والأزواج، وسائر الألفاظ العامة في الميراث، فكذا هاهنا، لأن الوصية أجريت مجرى الميراث. وإن صرح بهم، دخلوا في الوصية؛ لأن صريح المقال لا يعارض بقرينة الحال. وإن وصى لهم وأهل القرية كلهم كفار، أو وصى لقرابته، وكلهم كفار، دخلوا في الوصية؛ لأنه لا يمكن تخصيصهم

إذ في إخراجهم رفع اللفظ بالكلية. وإن كان فيها مسلم واحد، والباقي كفار، دخلوا في الوصية؛ لأن إخراجهم بالتخصيص هاهنا بعيد، وفيه مخالفة الظاهر من وجهين؛ أحدهما، مخالفة لفظ العموم.." (١)

"والثاني، حمل اللفظ الدال على الجمع على المفرد. وإن كان أكثر أهلها كفارا، فظاهر كلام الخرقي أنه للمسلمين؛ لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم، وصرفه إليهم والتخصيص يصح وإن كان بإخراج الأكثر. ويحتمل أن يدخل الكفار في الوصية؛ لأن التخصيص في مثل هذا بعيد، فإن تخصيص الصورة النادرة قريب، وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج فيه إلى دليل قوي

والحكم في سائر ألفاظ العموم، مثل أن يوصي لإخوته، أو عمومته، أو بني عمه، أو لليتامى، أو للمساكين، كالحكم فيما إذا أوصى لأهل قريته. فأما إن أوصى بذلك كافر، فإن وصيته تتناول أهل دينه؛ لأن لفظه يتناولهم، وقرينة حاله إرادتهم، فأشبه وصية المسلم التي يدخل فيها أهل دينه. وهل يدخل في وصيته المسلمون؟ نظرنا، فإن وجدت قرينة دالة على دخولهم، مثل أن لا يكون في القرية إلا مسلمون، دخلوا في الوصية، وكذلك إن لم يكن فيها إلا كافر واحد، وسائر أهلها مسلمون، وإن انتفت القرائن، ففي دخولهم وجهان؛ أحدهما، لا يدخلون، كما لم يدخل الكفار في وصية المسلم

والثاني، يدخلون؛ لأن عموم اللفظ يتناولهم، هم أحق بوصيته من غيرهم، فلا يصرف اللفظ عن مقتضاه، ومن هو أحق بحكمه إلى غيره. وإن كان في القرية كافر من غير أهل دين الموصي، لم يدخل في وصيته؛ لأن قرينة حال الموصي تخرجه، ولم يوجد فيه ما وجد في المسلم من الأولوية، فبقي خارجا بحاله. ويحتمل أن لا يخرج، بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض على اختلاف دينهم.

[مسألة أوصى بكل ماله ولا عصبة له ولا مولى له]

(٤٧٣٢) مسألة؛ قال: (ومن أوصى بكل ماله، ولا عصبة له، ولا مولى له، فجائز. وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى: لا يجوز إلا الثلث) اختلفت الرواية عن أحمد - رحمه الله - في من لم يخلف من وراثه عصبة، ولا ذا فرض، فروي عنه أن وصيته جائزة بكل ماله. ثبت هذا عن ابن مسعود، وبه قال عبيدة السلماني، ومسروق، وإسحاق، وأهل العراق. والرواية الأخرى: لا يجوز إلا الثلث

وبه قال مالك، والأوزاعي، وابن شبرمة، والشافعي، والعنبري؛ لأن له من يعقل عنه، فلم تنفذ وصيته في أكثر من ثلثه، كما لو ترك وارثا. **ولنا**، أن المنع من الزيادة على الثلث إنما كان لتعلق حق الورثة، بدليل قول النبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢١٩

- صلى الله عليه وسلم -: «إنك أن تدع ورثتك أغنياء، خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» . وها هنا لا وارث له يتعلق حق بماله، فأشبه حال الصحة، ولأنه لم يتعلق بماله حق وارث ولا غريم، أشبه حال الصحة أو أشبه الثلث.." (١)

": الوصية باطلة، إلا أن يوصي بعتقه؛ لأنه أوصى لمال يصير للورثة، فلم يصح، كما لو أوصى له بمعين. **ولنا**، أن الجزء الشائع يتناول نفسه أو بعضها؛ لأنه من جملة الثلث الشائع، والوصية له بنفسه تصح ويعتق، وما فضل يستحقه؛ لأنه يصير حرا، فيملك الوصية، فيصير كأنه قال: اعتقوا عبدي من ثلثي، وأعطوه ما فضل منه، وفارق ما إذا أوصى بمعين؛ لأنه لا يتناول شيئا منه. (٤٧٣٦) فصل: فإن أوصى له بمعين من ماله، كثوب أو دار أو بمائة درهم، فالوصية باطلة، في قول الأكثرين. وبه يقول الثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى عن أحمد، أنها تصح. وهو قول مالك، وأبي ثور. وقال الحسن، وابن سيرين: إن شاء الورثة أجازوا، وإن شاءوا ردوا. **ولنا**، أن العبد يصير ملكا للورثة، فما وصى به له فهو لهم، فكأنه أوصى لورثته بما يرثونه، فلا فائدة فيه. وفارق ما إذا أوصى له بمشاع؛ لما ذكرناه. (٤٧٣٧) فصل: وإن وصى له برقبته، فهو تدبير، يعتق إن حمله الثلث. وبهذا قال مالك، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور: الوصية باطلة؛ لأنه لا يملك رقبته. **ولنا**، أنه أوصى له بمن لا يملكه على الدوام، فصح، كما لو وصى بأبيه، ولأن معنى الوصية له برقبته عتقه، لعلمه بأنه لا يملك رقبته، فصارت الوصية به كناية عن إعتاقه بعد موته. وإن أوصى له ببعض رقبته، فهو تدبير لذلك الجزء، وهل يعتق جميعه إذا حمله الثلث؟ على روايتين، ذكرهما الخرقي فيما إذا دبر بعض عبده وهو مالك لكله. وقال أصحاب الرأي: يسعى في قيمة باقيه. وهذا شيء يأتي في باب العتق، إن شاء الله تعالى.

[فصل أوصى لمكاتبه أو مكاتب وارثه أو مكاتب أجنبي]

(٤٧٣٨) فصل: وإن وصى لمكاتبه، أو مكاتب وارثه، أو مكاتب أجنبي، صح، سواء أوصى له بجزء شائع أو معين؛ لأن ورثته لا يستحقون المكاتب، ولا يملكون ماله. وإن أوصى لأم ولده، صحت الوصية؛ لأنها حرة حين لزوم الوصية. وقد روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف. رواه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٢٠

سعيد. وروي ذلك عن عمران بن الحصين. وبه قال ميمون بن مهران، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وإن وصى لمدبره، صح؛ لأنه يصير حرا." [١]

"حين لزوم الوصية، فصحت الوصية له، كأم الولد. وإن لم يخرج من الثلث هو والوصية جميعا، قدم عتقه على الوصية؛ لأنه أنفع. وقال القاضي: يعتق بعضه، ويملك من الوصية بقدر ما عتق منه. **ولنا**، أنه وصى لعبده وصية صحيحة، فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال، كما لو وصى لعبده القن بمشاع من ماله.

[فصل أوصى لعبد غيره]

(٤٧٣٩) فصل: وإن أوصى لعبد غيره، صح، وتكون الوصية لسيده، والقبول في ذلك إلى العبد؛ لأن العقد مضاف إليه، فأشبه ما لو وهبه شيئا، فإذا قبل ثبت لسيده، لأنه من كسب عبده، وكسب العبد لسيده، ولا تفتقر في القبول إلى إذن السيد؛ لأنه كسب، فصح من غير إذن سيده، كالاحتطاب. وهذا قول أهل العراق، والشافعي. ولأصحابه وجه أخر، أن القبول يفتقر إلى إذن السيد، لأنه تصرف من العبد، فأشبه بيعه وشراءه. **ولنا**، أنه تحصيل مال بغير عوض، فلم يفتقر إلى إذنه، كقبول الهبة وتحصيل المباح. وإن وصى لعبد وارثه، فهي كالوصية لوارثه، يقف على إجازة الورثة. وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة. وقال مالك: إن كان يسيرا جاز؛ لأن العبد يملك، وإنما لسيده أخذه من يده، فإذا وصى له بشيء يسير، علم أنه قصد بذلك العبد، دون سيده. **ولنا**، أنها وصية لعبد وارثه، فأشبهت الوصية بالكثير، وما ذكروه من ملك العبد ممنوع، ولا اعتبار به، فإنه مع هذا القصد يستحق سيده أخذه، فهو كالكثير.

[فصل أوصى بعتق أمته على أن لا تتزوج ثم مات فقالت لا أتزوج]

(٤٧٤٠) فصل: وإذا أوصى بعتق أمته على، أن لا تتزوج. ثم مات، فقالت: لا أتزوج عتقت. فإن تزوجت بعد ذلك، لم يبطل عتقها. وهذا مذهب الأوزاعي، والليث، وأبي ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي؛ وذلك لأن العتق إذا وقع لا يمكن رفعه. وإن أوصى لأم ولده بألف، على أن لا تتزوج، أو على أن تثبت مع ولده، ففعلت وأخذت الألف، ثم تزوجت وتركت ولده، ففيها وجهان؛ أحدهما، تبطل وصيتها؛ لأنه فات الشرط، ففاتت الوصية، وفارق العتق، فإنه لا يمكن رفعه. والثاني، لا تبطل وصيتها. وهو قول أصحاب الرأي؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٢٢

وصيتها صحت، فلم تبطل بمخالفة ما شرط عليها كالأولى.

[فصل الوصية للقاتل]

(٤٧٤١) فصل: واختلف أصحابنا في الوصية للقاتل على ثلاثة أوجه؛ فقال ابن حامد: تجوز الوصية له. واحتج بقول." (١)

"أحمد، في من جرح رجلا خطأ فعفا المجروح. فقال أحمد: يعتبر من ثلثه. قال: وهذه وصية لقاتل. وهذا قول مالك، وأبي ثور، وابن المنذر، وأظهر قولي الشافعي - رضي الله عنه -؛ لأن الهبة له تصح، فصحت الوصية له، كالذمي وقال أبو بكر: لا تصح الوصية له؛ فإن أحمد قد نص على أن المدبر إذا قتل سيده، بطل تدبيره، والتدبير وصية. وهذا قول الثوري، وأصحاب الرأي؛ لأن القتل يمنع الميراث الذي هو آكد من الوصية، فالوصية أولى، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث، فيمنعها ما يمنعه. وقال أبو الخطاب: إن وصى له بعد جرحه، صح، وإن وصى له قبله، ثم طرأ القتل على الوصية، أبطلها جمعا بين نصي أحمد في الموضعين. وهو قول الحسن بن صالح. وهذا قول حسن؛ لأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها، ولم يطرأ عليها ما يبطلها، بخلاف ما إذا تقدمت، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها، لأنه يبطل ما هو آكد منها، يحققه أن القتل إنما منع الميراث، لكونه بالقتل استعجل الميراث الذي انعقد سببه فعورض بنقيض قصده، وهو منع الميراث، دفعا لمفسدة قتل الموروثين، ولذلك بطل التدبير بالقتل الطارئ عليه أيضا، وهذا المعنى متحقق في القتل الطارئ على الوصية، فإنه ربما استعجلها بقتله. وفارق القتل قبل الوصية، فإنه لم يقصد به استعجال مال، لعدم انعقاد سببه، والموصي راض بالوصية له بعد صدور ما صدر منه في حقه، ولا فرق بين العمد والخطأ في هذا، كما لا يفترق الحال بذلك في الميراث، وعلى هذا متى دبر عبده بعد جرحه إياه، صح تدبيره.

[مسألة قال أحد عبدي حر]

مسألة؛ قال: (وإذا قال: أحد عبدي حر. أقرع بينهما، فمن تقع عليه القرعة، فهو حر إذا خرج من الثلث) وجملة ذلك أنه إذا أعتق عبدا غير معين، فإنه يقرع بينهما، فيخرج الحر بالقرعة. وقال أبو حنيفة، والشافعي: له تعيين أحدهما بغير قرعة؛ لأنه عتق مستحق في غير معين، فكان التعيين إلى المعتق كالعتق في الكفارة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٢٣

وكما لو قال لورثته: أعتقوا عني عبدا. ولنا، أنه عتق استحقه واحد من جماعة معينين، فكان إخراجه بالقرعة، كما لو أعتقهما فلم يخرج من ثلثه إلا أحدهما، ودليل الحكم في الأصل، حديث عمران بن حصين. فأما العتق في الكفارة، فإنه لم يستحقه أحد، إنما استحق على المكفر التكفير. وأما إذا قال: أعتقوا عني عبدا. فإن لم يضفه إلى عبيده، ولا إلى جماعة سواهم، فهو كالمعتق في الكفارة. وإن قال: أعتقوا أحد عبيدي. احتمل أن نقول بإخراجه بالقرعة كمسألتنا، واحتمل أن يرجع فيه إلى اختيار الورثة. وأصل الوجهين ما لو وصى لرجل بعبد من عبيده، هل يعطى أحدهم بالقرعة، أو يرجع فيه إلى اختيار الورثة؟ وسيأتي الكلام عليها. والفرق." (١)

"بين مسألتنا وبين هذه المسألة على هذا الوجه، أنه جعل الأمر إلى الورثة، حيث أمرهم بالإعتاق فكانت الخيرة إليهم، وفي مسألتنا لم يجعل لهم من الأمر شيئا، فلا يكون لهم خيرة. (٤٧٤٣) فصل: ونقل صالح عن أبيه، في من له غلامان اسمهما واحد، فقال: فلان حر بعد موتي. وله مائتا درهم. ولم يعينه، يقرع بينهما، فيعتق من خرجت له القرعة وليس له من المائتين شيء. ووجه ذلك - والله أعلم - أن الوصية بالمائتين وقعت لغير معين، ولا تصح الوصية إلا لمعين، وقال القاضي: يجب أن تصح هذه الوصية؛ لأن مستحقها حر في حال استحقاقها. ونقل عن أحمد، في من قال: أعتقوا رقبة عني. فلا يعتق عنه إلا مسلم؛ وذلك لأن المطلق من كلام الآدمي يحمل على المطلق من كلام الله تعالى ولما أمر الله تعالى بتحرير رقبة، لم يتناول إلا المسلم، فكذلك الآدمي.

[مسألة أوصى أن يشترى عبد زيد بخمسمائة فيعتق فلم يبعه سيده]

(٤٧٤٤) مسألة؛ قال: (وإذا أوصى أن يشترى عبد زيد بخمسمائة، فيعتق، فلم يبعه سيده، فالخمسمائة للورثة. وإن اشتروه بأقل، فما فضل فهو للورثة) أما إذا تعذر شراؤه، إما لامتناع سيده من بيعه، أو من بيعه بالخمسمائة، وإما لموته، أو لعجز الثلث عن ثمنه، فالثمن للورثة؛ لأن الوصية بطلت لتعذر العمل بها، فأشبه ما لو وصى لرجل فمات قبل موت الموصي، أو بعده ولم يدع وارثا. ولا يلزمهم شراء عبد آخر؛ لأن الوصية لمعين، فلا تصرف إلى غيره. وأما إن اشتروه بأقل، فالباقي للورثة، وقال الثوري: يدفع جميع الثمن إلى سيد العبد؛ لأنه قصد إرفاقه بالثمن ومحاباته به، فأشبه ما لو قال: بيعوه عبدي بخمسمائة. وقيمته أكثر منها، وكما لو أوصى أن يحج عنه فلان حجة بخمسمائة. وقال إسحاق: يجعل بقية الثمن في العتق، كما

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٢٤

لو أوصى أن يحج عنه بخمسمائة، رد ما فضل في الحج. **ولنا**، أنه أمر بشرائه بخمسمائة، فكان ما فضل من الثمن راجعا إليه، كما لو وكل في شرائه في حياته، وفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه رجل بخمسمائة؛ لأن القصد ثم إرفاق الذي يحج بالفضلة، وفي مسألتنا المقصود العتق. ويفارق ما إذا أوصى أن يحج عنه بخمسمائة لغير معين؛ لأن الوصية ثم للحج مطلقا، فصرف جميعها فيه، وها هنا لمعين، فلا تتعداه. وقوله: إنه قصد إرفاق زيد بالثمن ومحاباته به. فنقول: الصحيح أنه إن كانت ثم قرينة تدل على ذلك، إما لكون البائع صديقا له، أو ذا حاجة، أو من أهل الفضل الذين يقصدون بهذا، أو عين هذا الثمن وهو يعلم حصول العبد بدونه؛ لقلة قيمته، فإنه يدفع جميع الثمن إلى زيد، كما لو صرح بذلك، فقال: وادفعوا إليه جميعها، وإن بذله بدونها. وإن." (١)

"انعدمت هذه القرائن، فالظاهر أنه إنما قصد العتق، وقد حصل، فكان الفاضل عائدا إليه، كما لو أمره بالشراء في حياته.

[فصل وصى أن يشترى عبد بألف فيعتق عنه فلم يخرج من ثلثه]

(٤٧٤٥) فصل: وإن وصى أن يشترى عبد بألف، فيعتق عنه، فلم يخرج من ثلثه، اشتري عبد بما يخرج من الثلث. وبه قال الشافعي، - رضي الله عنه -. وقال أبو حنيفة: تبطل الوصية؛ لأنه أمر بشراء عبد بألف، فلا يجوز للمأمور الشراء بدونه، كالوكيل. **ولنا**، أنها وصية يجب تنفيذها إذا احتملها الثلث، فإذا لم يحتملها وجب تنفيذها فيما حمله، كما لو وصى بعتق عبده فلم يحمله الثلث، وفارق الوكالة، فإنه لو وكله في إعتاق عبد لم يملك إعتاق بعضه، ولو أوصى بإعتاق عبد، لأعتق منه ما يحتمله الثلث. فأما إن حمله الثلث، فاشتراه وأعتقه، ثم ظهر على الميت دين يستغرق المال، فالوصية باطلة، ويرد العبد إلى الرق إن كان اشتراه بعين المال؛ لأننا تبينا أن الشراء باطل بكونه اشترى بمال مستحق للغرماء بغير إذنهم، وإن كان الشراء في الذمة، صح الشراء، ونفذ العتق وعلى المشتري غرامة ثمنه، ولا يرجع به على أحد؛ لأن البائع ما غره، إنما غره الموصي، ولا تركة له فيرجع عليها. وهذا مذهب الشافعي. ويحتمل أن يشارك الغرماء في التركة، ويضرب معهم بقدر دينه؛ لأن الدين لزمه بتغرير الموصي، فيرجع به عليه، فإذا كان ميتا لزمه في تركته، كأرش جنايته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٢٥

[فصل وصى بشراء عبد وأطلق أو وصى ببيع عبده وأطلق]

(٤٧٤٦) فصل: وإن وصى بشراء عبد وأطلق، أو وصى ببيع عبده وأطلق، فالوصية باطلة؛ لأن الوصية لا بد لها من مستحق، ولا مستحق، هاهنا. وإن وصى ببيعه بشرط العتق، صحت الوصية، وبيع كذلك؛ لأن في البيع هاهنا نفعا للعبد بالعتق. فإن لم يوجد من يشتريه كذلك، بطلت الوصية؛ لتعذرها، كما لو وصى بشراء عبد ليعتق، فلم يبعه سيده. وإن وصى ببيعه لرجل بعينه بثمن معلوم، بيع به؛ لأنه قد قصد إرفاقه بذلك في الغالب. وإن لم يسم ثمنا، بيع بقيمته، وتصح الوصية؛ لكونه قصد إيصال العبد بعينه إلى رجل بعينه، فيحتمل أن يتعلق الغرض بإرفاق العبد بإيصاله إلى من هو معروف بحسن الملكة، وإعتاق الرقاب، ويحتمل أن يريد إرفاق المشتري لمعنى يحصل له من العبد. فإن تعذر بيعه لذلك الرجل، أو أبى أن يشتريه بالثمن، أو بقيمته إن لم يعين الثمن، بطلت الوصية؛ لما ذكرنا.

[مسألة أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره وقيمته مائة ولآخر بثلث ماله]

(٤٧٤٧) مسألة؛ قال: (وإذا أوصى لرجل بعبد لا يملك غيره، وقيمته مائة، ولآخر بثلث ماله، وملكه غير العبد مائتا درهم، فأجاز الورثة ذلك، فلمن أوصى له بالثلث ثلث المائتين وربع العبد، ولمن أوصي له بالعبد ثلاثة." (١)

"للأعمام الثلثان، وللأخوال الثلث. وبه قال الحسن، قال: ويزاد الأقرب بعض الزيادة.

وقال مالك: يقسم على الأقرب فالأقرب بالاجتهاد. **ولنا**، أن هذا الاسم له عرف في الشرع، وهو ما ذكرناه، فيجب حمله عليه، وتقديمه على العرف اللغوي، كالوضوء والصلاة والصوم والحج، ولا وجه لتخصيصه بذي الرحم المحرم، فإن اسم القرابة يقع على غيرهم عرفا وشرعا، وقد تحرم على الرجل ربيبته، وأمهات نسائه، وحلائل آبائه وأبنائه، ولا قرابة لهم، وتحل له ابنة عمه، وعمته، وابنة خاله وخالته، وهن من أقاربه، وما ذكروه من التفصيل لا يقتضيه اللفظ، ولا يدل عليه دليل، فالمصير إليه تحكم، فأما إن كان في لفظه ما يدل على إرادة قرابة أمه، كقوله: وتفضل قرابتي من جهة أبي على قرابتي من جهة أمي. أو قوله: إلا ابن خالتي فلانا. أو نحو ذلك، أو قرينة تخرج بعضهم، عمل بما دلت عليه القرينة؛ لأنها تصرف اللفظ عن ظاهره إلى غيره.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٢٦

[فصل وصى لأقرب أقاربه أو أقرب الناس إليه أو أقربهم به رحما]

(٤٧٤٩) فصل: فإن وصى لأقرب أقاربه، أو أقرب الناس إليه، أو أقربهم به رحما، لم يدفع إلى الأبعد مع وجود الأقرب، فيقدم الأب على كل من أدلى به من الأجداد والإخوة والأعمام، والابن مقدم عليهم وعلى كل من أدلى به. ويستوي الأب والابن؛ لأن كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة. ويحتمل أن يقدم الابن؛ لأنه يسقط تعصيب الأب. والأول أولى؛ لأن إسقاط تعصيبه لا يمنع مساواته في القرب، ولا كونه أقرب منه، بدليل أن ابن الابن يسقط تعصيبه مع بعده، ويقدم الابن على الجد، والأب على ابن الابن. وقال أصحاب الشافعي - رضي الله عنه -: يقدم ابن الابن على الأب، في أحد الوجهين؛ لأنه يسقط تعصيبه. **ولنا**، أن الأب يدلي بنفسه، ويلي ابنه من غير حاجز، ولا يسقط ميراثه بحال، بخلاف ابن الابن. والأب والأم سواء، وكذلك الابن، والبنت، والجد أبو الأب، و أبو الأم، وأم الأب، وأم الأم، كلهم سواء، ثم من بعد الأولاد أولاد البنين وإن سفلوا، الأقرب فالأقرب، الذكور والإناث، وفي أولاد البنات وجهان، بناء على دخولهم في الوقف، ثم من بعد الولد الأجداد، الأقرب منهم فالأقرب؛ لأنهم العمود الثاني، ثم الإخوة والأخوات؛ لأنهم ولد الأب، أو من ولد الأم، ثم ولدهم وإن سفلوا، ولا شيء لولد الأخوات، إذا قلنا: لا يدخل ولد البنات. وإذا تساوت درجتهم فأولاهم ولد الأبوين، ويسوى بين ولد الأب وولد الأم؛ لأنهما على درجة واحدة وكذلك ولداهما. والأخ للأب أولى من ابن الأخ من الأبوين، كما في الميراث، ثم بعدهم الأعمام، ثم." (١)

"جميعا، يستوون فيها؛ لأن الاسم يشمل جميعهم. وقال أصحاب الرأي: الوصية باطلة؛ لأنها لغير معين. وقال أبو ثور: يقرع بينهما؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر. وقال ابن القاسم: هي للمولى من أسفل. ولأصحاب الشافعي أربعة أوجه، كق**ولنا**، وقول أصحاب الرأي، والثالث، هي للموالي من فوق؛ لأنهم أقوى، بدليل أنهم عصبة ويرثونه، بخلاف عتقائه. والرابع، يقف الأمر حتى يصطلحوا. **ولنا**، أن الاسم يتناول الجميع حقيقة وعرفا، فدخلوا في الوصية، كما لو وصى لإخوته. وقولهم: غير معين. غير صحيح؛ فإن مع التعميم يحصل التعيين، ولذلك لو حلف: لا كلمت موالي. حنث بكلام أيهم كان. وقولهم: إن المولى من فوق أقوى. قلنا: مع شمول الاسم لهم يدخل فيه الأقوى والأضعف. كإخوته، ولا شيء لابن العم، ولا للناصر، ولا لغير من ذكرنا؛ لأن الاسم إن لم يتناولهم حقيقة، لم يتناولهم عرفا، والأسماء العرفية

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٣٠

تقدم على الحقيقة. ولا يستحق مولى ابنه مع وجود مواليه. وقال زفر: يستحق. ولا يصح؛ لأن مولى ابنه ليس بمولى له حقيقة، إذا كان له مولى سواه، فإن لم يكن له مولى، فقال الشريف أبو جعفر: يكون لموالي أبيه. وقال أبو يوسف، ومحمد: لا شيء له؛ لأنه ليس بمولى له. واحتج الشريف بأن الاسم يتناول موالي أبيه مجازا، فإذا تعذرت الحقيقة، وجب صرف الاسم إلى مجازه، والعمل به، تصحيحا لكلام المكلف عند إمكان تصحيحه، ولأن الظاهر إرادته المجاز، لكونه محملا صحيحا، وإرادة الصحيح أغلب من إرادة الفاسد. فإن كان له موال وموالي أب حين الوصية، ثم انقرض مواليه قبل الموت، لم يكن لموالي الأب شيء على مقتضى ما ذكرناه، لأن الوصية كانت لغيرهم، فلا تعود إليهم إلا بعقد، ولم يوجد. ولا يشبه هذا قوله: أوصيت لأقرب الناس إلي. وله ابن وابن ابن، فمات الابن، حيث يستحق ابن الابن، وإن كان لا يستحق مع حياة الابن شيئا؛ لأن الوصية هاهنا لموصوف بصفة وجدت في ابن الابن، كوجودها في الابن حقيقة، وفي المولى يقع الاسم على مولى نفسه حقيقة، وعلى مولى أبيه مجازا، فمع وجودهم جميعا، لا يحمل اللفظ إلا على الحقيقة، وهذه الصفة لا توجد في مولى أبيه. قال الشريف: ويدخل في الوصية للموالي مدبره، وأم ولده؛ لأن الوصية إنما تستحق بعد الموت، وهم حينئذ موال في الحقيقة.

[فصل وصى لجيرانه]

(٤٧٥٣) فصل: وإن وصى لجيرانه، فهم أهل أربعين دارا من كل جانب. نص عليه أحمد. وبه قال الأوزاعي، والشافعي. وقال أبو حنيفة: الجار الملاصق؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الجار أحق بصقبه» . يعني الشفعة، وإنما تثبت للملاصق، ولأن الجار مشتق من المجاورة. وقال قتادة: الجار الدار والداران.." (١)

"وروي عن علي، - رضي الله عنه - في قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد» . قال: من سمع النداء. وقال سعيد بن عمرو بن جعدة: من سمع الإقامة. وقال أبو يوسف: الجيران أهل المحلة إن جمعهم مسجد، فإن تفرق أهل المحلة في مسجدين صغيرين متقاربين، فالجميع جيران، وإن كانا عظيمين، فكل أهل مسجد جيران، وأما الأمصار التي فيها القبائل، فالجوار على الأفخاذ. ولنا، ما روى أبو هريرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الجار أربعون دارا، هكذا وهكذا وهكذا وهكذا» . وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح، وإن لم يثبت الخبر، فالجار هو المقارب،

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٣٣

ويرجع في ذلك إلى العرف.

(٤٧٥٤) فصل: وإن وصى لأهل دربه أو سكته، فهم أهل المحلة الذين طريقهم في دربه.

[فصل وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن]

(٤٧٥٥) فصل: وإن وصى لأصناف الزكاة المذكورين في القرآن، فهم الذين يستحقون م ن الزكاة، وينبغي أن يجعل لكل صنف ثمن الوصية، كما لو وصى لثمان قبائل، والفرق بين هذا وبين الزكاة، حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد، أن آية الزكاة أريد بها بيان من يجوز الدفع إليه، والوصية أريد بها بيان من يجب الدفع إليه. ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد؛ لأنه لا يمكن استيعابهم. وحكي هذا عن أصحاب الرأي. وعن محمد بن الحسن أنه قال: لا يجوز الدفع إلى أقل من اثنين. وحكى أبو الخطاب رواية ثانية عن أحمد، أنه لا يجوز الدفع إلى أقل من ثلاثة من كل صنف. وهو مذهب الشافعي. وأصل هذا الاختلاف في الزكاة وقد ذكرناه. ولا يجوز الصرف إلا إلى المستحق من أهل بلده. وإن وصى للفقراء وحدهم، دخل فيه المساكين. وإن أوصى للمساكين دخل فيه الفقراء؛ لأنهم صنف واحد فيما عدا الزكاة، إلا أن يذكر الصنفين جميعا، فيدل ذلك على أنه أراد المغايرة بينهما. ويستحب تعميم من أمكن منهم، والدفع إليهم على قدر الحاجة، والبداية بأقارب الموصي، على ما ذكرنا في باب الزكاة.

[فصل أوصى بشيء لزيد وللمساكين]

(٤٧٥٦) فصل: وإن أوصى بشيء لزيد وللمساكين، فلزيد نصف الوصية. وبهذا قال أبو حنيفة، ومحمد: وعن محمد: لزيد ثلثه، وللمساكين ثلثاه؛ لأن أقل الجمع اثنان. وقال الشافعي: يكون كأحدهم، إن عمهم أعطاه." [١]

"كواحد منهم، وإن قسم على ثلاثة منهم جعله كأحدهم. وحكى أصحابه وجهين آخرين. أحدهما كمذهبنا. والثاني له ربع الوصية؛ لأن أقل الجمع ثلاثة، فإذا انضم إليهم صاروا أربعة. **ولنا**، أنه جعل الوصية لجهتين، فوجب أن يقسم بينهم، كما لو قال: لزيد وعمرو. ولأنه لو وصى لقريش وتميم، لم يشرك بينهم على قدر عددهم، ولا على قدر من يعطى منهم، بل يقسم بينهم نصفين، كذلك هاهنا. وإن كان زيد مسكينا، لم يدفع إليه من سهم المساكين شيء، وبه قال الحسن، وإسحاق؛ لأن عطفهم عليه يدل على

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٣٤

المغايرة بينهما، إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه، ولأن تجويز ذلك يفضي إلى تجويز دفع الجميع إليه، ولفظه يقتضي خلاف ذلك. فأما إن كانت الوصية لقوم يمكن استيعابهم وحصرهم، مثل أن يقول: هذا لزيد وإخوته. فيحتمل أنه يكون كأحدهم؛ لأنه شرك بينه وبينهم على وجه لا يجوز الإخلال ببعضهم، فتساووا فيه، كما لو قال: هذا لكم. ويحتمل أن يكون كالتي قبلها.

[فصل وصي وقال اشتروا بثلثي رقابا فأعتقوهم]

(٤٧٥٧) فصل: وإن قال اشتروا بثلثي رقابا، فأعتقوهم. لم يجز صرفه إلى المكاتبين؛ لأنه وصى بالشراء، لا بالدفع إليهم. فإن اتسع الثلث لثلاثة، لم يجز أن يشترى أقل منها؛ لأنها أقل الجمع. وإن قدرت على أن تشتري أكثر من ثلاثة بثمن ثلاثة غالية، كان أولى وأفضل؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من أعتق امرأ مسلما، أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار» . ولأنه يفرج عن نفس زائدة، فكان أفضل من عدم ذلك. وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة، وحصة من الرابعة، بثمن ثلاثة غالية، فالثلاثة أولى؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما سئل عن أفضل الرقاب، قال: «أغلاها ثمنا، وأنفسها عند أهلها» . والقصد من العتق تكميل الأحكام، من الولاية، والجمعة، والحج، والجهاد، وسائر الأحكام، التي تختلف بالرق والحرية، ولا يحصل ذلك إلا بإعتاق جميعه. وهذا التفضيل - والله أعلم من النبي - صلى الله عليه وسلم - للغالية، إنما يكون مع التساوي في المصلحة، فأما إن ترجح بعضهم بدين، وعفة، وصلاح، ومصلحة له في العتق، بأن يكون مضرورا بالرق، وله صلاح في العتق، وغيره له مصلحة في الرق، ولا مصلحة له في العتق، وربما تضرر به، من فوات نفقته، وكفالته، ومصالحه، وعجزه بعد العتق عن الكسب، وخروجه عن الصيانة والحفظ، فإن إعتاق من كثرت المصلحة في إعتاقه أفضل وأولى، وإن قلت قيمته، ولا يسوغ إعتاق من في إعتاقه مفسدة؛ لأن مقصود الموصي تحصيل الثواب والأجر، ولا أجر في إعتاق هذا. ولا يجوز أن يعتق إلا رقبة مسلمة؛ لأن الله تعالى لما قال: ﴿فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢]." (١)

"لم يتناول إلا المسلمة، ومطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى. ولا يجوز إعتاق معيبة عيبا يمنع الإجزاء في الكفارة؛ لما ذكرنا والله أعلم.

[فصل أوصى بثلثه في أبواب البر]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٥/٦

(٤٧٥٨) فصل: ونقل المروذي، عن أحمد، في من أوصى بثلثه في أبواب البر، يجزأ ثلاثة أجزاء؛ جزء في الجهاد، وجزء يتصدق به في قرابته، وجزء في الحج. وقال في رواية أبي داود: الغزو يبدأ به. وحكي عنه أنه جعل جزءا في فداء الأسرى. وهذا والله أعلم ليس على سبيل اللزوم والتحديد، بل يجوز صرفه في جهات البر كلها؛ لأن اللفظ للعموم، فيجب حمله على عمومه، ولا يجوز تخصيص العموم بغير دليل، وربما كان غير هذه الجهات أحوج من بعضها وأحق، وقد تدعو الحاجة إلى تكفين ميت، وإصلاح طريق، وفك أسر، وإعتاق رقبة وقضاء دين، وإغاثة ملهوف، أكثر من دعائها إلى حج من لا يجب عليه الحج، فيكلف وجوب ما لم يكن عليه واجبا وتعبا كان الله قد أراحه منه، من غير مصلحة تعود على أحد من خلق الله، فتقديم هذا على ما مصلحته ظاهرة، والحاجة إليه داعية، بغير دليل، تحكم لا معنى له. وإذا قال: ضع ثلثي حيث يريك الله. فله صرفه في أي جهة من جهات القرب، رأى وضعه فيها، عملا بمقتضى وصيته. وذكر القاضي أنه يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه، فإن لم يجد فإلى محارمه من الرضاع، فإن لم يكن فإلى جيرانه. وقال أصحاب الشافعي: يجب ذلك؛ لأنه رده إلى اجتهاده فيما فيه الحظ، وهذا أحظ. **ولنا**، أنه قد يرى غير هذا أهم منه وأصلح، فلا يجوز تقييده بالتحكم. ونقل أبو داود، عن أحمد، أنه سئل عن رجل أوصى بثلثه في المساكين، وله أقارب محاويج لم يوص لهم بشيء، ولم يرثوا، فإنه يبدأ بهم، فإنهم أحق. قال: وسئل عن النصراني يوصي بثلثه للفقراء من المسلمين، أيعطى إخوته وهم فقراء؟ قال: نعم، هم أحق، يعطون خمسون درهما لا يزادون على ذلك. يعني لا يزاد كل واحد منهم على ذلك؛ لأنه القدر الذي يحصل به الغنى.

[مسألة أوصى أن يحج عنه بقدر من المال]

(٤٧٥٩) مسألة؛ قال: (وإذا وصى أن يحج عنه بخمسمائة. فما فضل رد في الحج) وجملته أنه أوصى أن يحج عنه بقدر من المال، وجب صرف جميع ذلك في الحج إذا حمله الثلث؛ لأنه وصى بجميعه في جهة قربة، فوجب صرفه فيها، كما لو وصى به في سبيل الله، وليس." (١)

"للولي أن يصرف إلى من يحج أكثر من نفقة المثل؛ لأنه أطلق التصرف في المعاوضة، فاقتضى ذلك عوض المثل، كالتوكيل في البيع. ثم لا يخلو؛ إما أن يكون بقدر نفقة المثل لحجة واحدة، فيصرف فيها. أو ناقصا عنها، فيحج به من حيث يبلغ، في ظاهر منصوص أحمد، فإنه قال، في رواية حنبل، في رجل

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٣٦

أوصى أن يحج عنه، ولا تبلغ النفقة، فقال: يحج عنه من حيث تبلغ النفقة للراكب من أهل مدينته. وهذا قول العنبري. وقال القاضي: يعن به في الحج. وهو قول سوار القاضي، حكاه عنه العنبري. وعن أحمد، أنه مخير في ذلك. قال في رواية أبي داود، في امرأة أوصت بحج لا يجب عليها: أرى أن يؤخذ ثلث مالها، فيعان به في الحج، أو يحج من حيث يبلغ. الحال الثالث، أن يفضل عن الحجة، فيدفع في حجة ثانية، ثم في ثالثة، إلى أن ينفد، أو يبقى ما لا يبلغ حجة، فيحج به من حيث يبلغ، على ما ذكرنا من الخلاف فيه. ولا يستنيب في الحج مع الإمكان إلا من بلد المحجوج عنه؛ لأنه نائب عن الميت، وقائم مقامه، فينوب عنه من موضع لو حج المنوب عنه لحج. منه فإن كان الموصى به لا يحمله الثلث، لم يخل من أن يكون الحج فرضا أو تطوعا، فإن كان فرضا أخذ أكثر الأمرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض، فإن كان الثلث أكثر، أخذ، ثم يصرف منه في الفرض قدر ما يكفيه، ثم يحج بالباقي تطوعا حتى ينفد، كما ذكرنا من قبل، وإن كان الثلث أقل، تمم قدر ما يكفي الحج من رأس المال. وبهذا قال عطاء، وطاوس، والحسن، وسعيد بن المسيب، والزهري، والشافعي، وإسحاق. قال سعيد بن المسيب، والحسن: كل واجب من رأس المال. وقال ابن سيرين، والنخعي، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان، والثوري، وأبو حنيفة، وداود بن أبي هند: إن وصى بالحج، فمن ثلثه، وإلا فليس على ورثته شيء. فعلى قولهم، إن لم يف الثلث بالموصى به، وإلا لم يزد على الثلث؛ لأن الحج عبادة فلا تلزم الوارث، كالصلاة. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لو كان على أبيك دين، أكنت تقضيه؟ قال: نعم. قال: فدين الله أحق أن يقضى» . والدين من رأس المال، فما هو أحق منه أولى، ولأنه واجب، فكان من رأس المال، كدين الآدمي. وإن كان تطوعا، أخذ الثلث لا غير، إذا لم يجز الورثة، ويحج به، على ما ذكرنا فيما مضى.

[فصل أوصى بحج واجب أو غيره من الواجبات]
(٤٧٦٠) فصل: وإذا أوصى بحج واجب، أو غيره من الواجبات، كقضاء دين، وزكاة، وإخراج كفارة، لم يخل من أربعة أحوال؛." (١)

"الثالث، أن يوصي بالواجب، ويطلق، فهو من رأس المال، فيبدأ بإخراجه قبل التبرعات والميراث، فإن كان ثم وصية تبرع، فلصاحبها ثلث الباقي. وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي. وذهب بعضهم إلى أن الواجب من الثلث كالقسم الذي قبله؛ لأنه إنما يملك الوصية بالثلث. **ولنا**، أن الحج كان واجبا من رأس

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٣٧

المال، وليس في وصيته ما يقتضي تغييره، فيبقى على ما كان عليه، كما لو لم يوص به. وقولهم: لا تملك الوصية إلا بالثلث. قلنا: في التبرع، فأما في الواجبات فلا تنحصر في الثلث، ولا تتقيد به. القسم الرابع، أن يوصي بالواجب ويقرن الوصية بالتبرع، مثل أن يقول: حجوا عني، وأدوا ديني، وتصدقوا عني. ففيه وجهان؛ أصحهما، أن الواجب من رأس المال؛ لأن الاقتران في اللفظ لا يدل على الاقتران في الحكم، ولا في كيفيته، ولذلك قال الله تعالى: ﴿كلوا من ثمره إذا أثمر وآتوا حقه يوم حصاده﴾ [الأنعام: ١٤١] . والأكل غير واجب، و ا لإيتاء واجب، ولأنه هاهنا قد عطف غير الواجب عليه، فكما لم يستويا في الوجوب لا يلزم استواؤهما في محل الإخراج. والثاني، أنه من الثلث؛ لأنه قرن به ما مخرجه من الثلث.

[مسألة أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة وكان فيه فضل عن قدر ما يحج به]
(٤٧٦١) مسألة؛ قال: (وإن قال: حجة بخمسمائة. فما فضل فهو لمن يحج) وجملته أنه إذا أوصى أن يحج عنه بقدر من المال حجة واحدة، وكان فيه فضل عن قدر ما يحج به، فهو لمن يحج؛ لأنه قصد إرفاقه بذلك، فكأنه صرح، بأن قال: حجوا عني حجة واحدة بخمسمائة، وما فضل منها فهو لمن يحج. ثم إن عين من يحج عنه، فقال: يحج عني فلان بخمسمائة. صرف ذلك إليه. وإن لم يعين أحدا، فللوصي صرفها إلى من شاء؛ لأنه فوض إليه الاجتهاد، إلا أنه لا يملك صرفها إلى وارث، إذا كان فيها فضل إلا بإذن الورثة، وإن لم يكن فيها فضل، جاز؛ لأنها لا محاباة فيها، ثم ينظر؛ فإن كان الح ج الموصى به تطوعا، فجميع القدر الموصى به من الثلث، وإن كان واجبا فالزائد عن نفقة المثل يعتبر من الثلث. وإن لم يف الموصى به بالحج الواجب، أتم من رأس المال. وإن كان تطوعا، فإنه يحج به من حيث يبلغ، على ما مضى.

[فصل عين رجلا في وصيته أن يحج فأبى أن يحج]
(٤٧٦٢) فصل: وإن عين رجلا أن يحج، فأبى أن يحج، بطل التعيين، ويحج عنه بأقل ما يمكن إنسان ثقة سواه، ويصرف الباقي إلى الورثة. ولو قال المعين: اصرفوا الحجة إلى من يحج، وادفعوا الفضل إلي،." (١)

"ما استغنى عنه، فأما ما تعلقت به حاجته فلا. ولأنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد الموت، كمن نصب شبكة فسقط فيها صيد بعد موته، فإنه يملك بحيث تقضى ديونه منه، ويجهز، فكذلك دينه؛ لأن

---
(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٣٩

تنفيذ وصيته من حاجته، فأشبهت قضاء دينه. (٤٧٦٨) فصل: وإن كانت الوصية بمعين، فعلى الرواية الأولى، يعتبر خروجه من ثلث ماله وديته، وعلى الأخرى، يعتبر خروجه من أصل ماله دون ديته؛ لأنها ليست من ماله.

[فصل أوصى ثم استفاد مالا قبل الموت]

(٤٧٦٩) فصل: وإن أوصى، ثم استفاد مالا قبل الموت، فأكثر أهل العلم يقولون: إن الوصية تعتبر من جميع ما يخلفه من التلاد والمستفاد ويعتبر ثلث الجميع. هذا قول النخعي، والأوزاعي، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وسواء علم أو لم يعلم. وحكي عن أبان بن عثمان، وعمر بن عبد العزيز، وربيعة، ومالك لا يدخل في وصيته إلا ما علم، إلا المدبر فإنه يدخل في كل شيء. **ولنا**، أنه من ماله، فدخل في وصيته كالمعلوم.

[مسألة أوصى إلى رجل ثم أوصى بعده إلى آخر]

مسألة؛ قال: (وإذا أوصى إلى رجل، ثم أوصى بعده إلى آخر، فهما وصيان، إلا أن يقول: قد أخرجت الأول) معنى أوصى إلى رجل. أي جعل له التصرف بعد موته، فيما كان له التصرف فيه، من قضاء ديونه، واقتضائها، ورد الودائع، واستردادها، وتفريق وصيته، والولاية على أولاده الذين له الولاية عليهم من الصبيان والمجانين ومن لم يؤنس رشده، والنظر لهم في أموالهم بحفظها، والتصرف فيها بما لهم الحظ فيه. فأما من لا ولاية له عليهم، كالعقلاء الراشدين، وغير أولاده من الإخوة والأعمام وسائر من عدا الأولاد، فلا تصح الوصية عليهم؛ لأنه لا ولاية للموصي عليهم في الحياة، فلا يكون ذلك لنائبه بعد الممات. ولا نعلم في هذا كله خلافا. وبه يقول مالك، وأبو حنيفة، والشافعي، إلا أن أبا حنيفة والشافعي قالا: للجد ولاية على ابن ابنه وإن سفل؛ لأن له ولادة وتعصيبا، فأشبه الأب. ولأصحاب الشافعي في الأم عند عدم الأب والجد وجهان؛ أحدهما، أن لها ولاية؛ لأنها أحد الأبوين، فأشبهت الأب.." (١)

"**ولنا**، أن الجد يدلي بواسطة، فأشبه الأخ والعم وفارق الأب، فإنه يدلي بنفسه، ويحجب الجد، ويخالفه في ميراثه وحجبه، فلا يصح إلحاقه به، ولا قياسه عليه. وأما المرأة فلا تلي؛ لأنها قاصرة لا تلي النكاح بحال، فلا تلي مال غيرها، كالعبد، ولأنها لا تلي بولاية القضاء، فكذلك بالنسب. إذا ثبت هذا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٤٢

فإنه إذا أوصى إلى رجل، ثم أوصى إلى آخر، فهما وصيان، إلا أن يقول: قد أخرجت الأول أو قد عزلته؛ لما ذكرنا فيما إذا أوصى بجارية لبشر، ثم أوصى بها لبكر. ولأنه قد وجدت الوصية إليهما من غير عزل واحد منهما، فكانا وصيين، كما لو أوصى إليهما دفعة واحدة. فأما إن أخرج الأول انعزل، وكان الثاني هو الوصي، كما لو عزله بعد الوصية إلى الثاني.

[فصل يوصي إلى رجل بشيء دون شيء]

(٤٧٧١) فصل: ويجوز أن يوصي إلى رجل بشيء دون شيء، مثل أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته دون غيرها، أو بقضاء ديونه، أو بالنظر في أمر أطفاله حسب، فلا يكون له غير ما جعل إليه. ويجوز أن يوصي إلى إنسان بتفريق وصيته، وإلى آخر بقضاء ديونه، وإلى آخر بالنظر في أمر أطفاله، فيكون لكل واحد منهم ما جعل إليه دون غيره. ومتى أوصى إليه بشيء، لم يصر وصيا في غيره. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يصير وصيا في كل ما يملكه الوصي؛ لأن هذه ولاية تنتقل من الأب بموته، فلا تتبعض، كولاية الجد. **ولنا**، أنه استفاد التصرف بالإذن من جهة الآدمي، فكان مقصورا على ما أذن فيه، كالوكيل، وولاية الجد ممنوعة. ثم تلك ولاية استفادها بقرابته، وهي لا تتبعض، والإذن يتبعض، فافترقا.

[فصل يوصي إلى رجلين معا في شيء واحد ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفردا]

(٤٧٧٢) فصل: ويجوز أن يوصي إلى رجلين معا في شيء واحد، ويجعل لكل واحد منهما التصرف منفردا، فيقول: أوصيت إلى كل واحد منكما أن ينفرد بالتصرف. لأنه جعل كل واحد منهما وصيا منفردا، وهذا يقتضي تصرفه على الانفراد. وله أن يوصي إليهما ليتصرفا مجتمعين، وليس لواحد منهما الانفراد بالتصرف؛ ولأنه لم يجعل ذلك إليه، ولم يرض بنظره وحده. وهاتان الصورتان لا أعلم فيهما خلافا. وإن أطلق، فقال: أوصيت إليكما في كذا. فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف. وبه قال." (١)

"مالك، والشافعي. وقال: أبو يوسف: له ذلك؛ لأن الوصية والولاية لا تتبعض، فملك كل واحد منهما الانفراد بها كالأخوين في تزويج أختهما. وقال أبو حنيفة، ومحمد يستحسن على خلاف القياس، فيبيح أن ينفرد كل واحد منهما بسبعة أشياء: كفن الميت، وقضاء دينه، وإنفاذ وصيته، ورد الوديعة بعينها، وشراء ما لا بد للصغير منه من الكسوة والطعام، وقبول الهبة له، والخصومة عن الميت فيما يدعى له أو عليه؛ لأن

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٤٣

هذه يشق الاجتماع عليها ويضر تأخيرها، فجاز الانفراد بها. **ولنا**، أنه شرك بينهما في النظر، فلم يكن لأحدهما الانفراد، كالوكيلين. وما قاله أبو يوسف نقول به، فإنه جعل الولاية إليهما باجتماعهما، فليست متبعضة، كما لو وكل وكيلين، أو صرح للوصيين بأن لا يتصرفا إلا مجتمعين. ثم يبطل ما قاله بهاتين الصورتين، ويبطل ما قاله أبو حنيفة بهما أيضا، وإذا تعذر اجتماعهما، أقام الحاكم أمينا مقام الغائب.

[فصل في من تصح الوصية إليه ومن لا تصح]

(٤٧٧٣) فصل: في من تصح الوصية إليه، ومن لا تصح، تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل إجماعا. ولا تصح إلى مجنون، ولا طفل، ولا وصية مسلم إلى كافر. بغير خلاف نعلمه؛ لأن المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما، فلا يليان على غيرهما، والكافر ليس من أهل الولاية على مسلم. وتصح الوصية إلى المرأة في قول أكثر أهل العلم. وروي ذلك عن شريح. وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، والحسن بن صالح، وإسحاق، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ولم يجزه عطاء؛ لأنها لا تكون قاضية، فلا تكون وصية، كالمجنون. **ولنا**، ما روي أن عمر - رضي الله عنه - أوصى إلى حفصة. ولأنها من أهل الشهادة، فأشبهت الرجل، وتخالف القضاء، فإنه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد، بخلاف الوصية. وتصح الوصية إلى الأعمى. وقال أصحاب الشافعي فيه وجه أنه لا تصح الوصية إليه، بناء منهم على أنه لا يصح بيعه ولا شراؤه، فلا يوجد فيه معنى الولاية. وهذا لا يسلم لهم، مع أنه يمكنه التوكيل في ذلك، وهو من أهل الشهادة والولاية في النكاح، والولاية على أولاده الصغار، فصحت الوصية إليه كالبصير. وأما الصبي العاقل، فلا أعلم فيه نصا عن أحمد، فيحتمل أنه لا تصح الوصية إليه؛ لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار، ولا يصح تصرفه إلا بإذن، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الأولى. ولأنه مولى عليه، فلا يكون واليا، كالطفل والمجنون. وهذا مذهب الشافعي. وهو الصحيح إن شاء الله. وقال القاضي: قياس المذهب صحة الوصية إليه؛ لأن أحمد قد نص على صحة وكالته. وعلى هذا يعتبر أن يكون قد جاوز العشر. وأما الكافر، فلا تصح وصية مسلم إليه؛ لأنه لا يلي." (١)

"على مسلم، ولأنه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة، فلم تصح الوصية إليه، كالمجنون والفاسق. وأما وصية الكافر إليه، فإن لم يكن عدلا في دينه، لم تصح الوصية إليه؛ لأن عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه. فمع الكفر أولى. وإن كان عدلا في دينه، ففيه وجهان؛ أحدهما تصح الوصية إليه. وهو قول

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٤٤

أصحاب الرأي؛ لأنه يلي بالنسب، فيلي الوصية، كالمسلم. والثاني، لا تصح. وهو قول أبي ثور؛ لأنه فاسق، فلم تصح الوصية إليه، كفاسق المسلمين. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. وأما وصية الكافر إلى المسلم، فتصح إلا أن تكون تركته خمرا أو خنزيرا. وأما العبد، فقال أبو عبد الله بن حامد: تصح الوصية إليه، سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره. وبه قال مالك. وقال النخعي، والأوزاعي، وابن شبرمة: تصح الوصية إلى عبد نفسه، ولا تصح إلى عبد غيره. وقال أبو حنيفة: تصح إلى عبد نفسه إذا لم يكن في ورثته رشيد. وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي: لا تصح الوصية إلى عبد بحال؛ لأنه لا يكون وليا على ابنه بالنسب، فلا يجوز أن يلي الوصية، كالمجنون. **ولنا** أنه يصح استنابته في الحياة، فصح أن يوصى إليه كالحر. وقياسهم يبطل بالمرأة. والخلاف في المكاتب والمدبر والمعتق بعضه كالخلاف في العبد القن. وقد نص الخرقي على أن الوصية إلى أم ولده جائزة. نص عليه أحمد أيضا؛ لأنها تكون حرة عند نفوذ الوصية من أصل المال. وأما الفاسق، فقد روي عن أحمد ما يدل على أن الوصية إليه لا تصح. وهو قول مالك، والشافعي. وعن أحمد ما يدل على صحة الوصية إليه، فإنه قال، في رواية ابن منصور: إذا كان متهما، لم تخرج من يده. وقال الخرقي: إذا كان الوصي خائنا ضم إليه أمين. وهذا يدل على صحة الوصية إليه، ويضم الحاكم إليه أمينا. وقال أبو حنيفة: تصح الوصية إليه، وينفذ تصرفه، وعلى الحاكم عزله؛ لأنه بالغ عاقل، فصحت الوصية إليه، كالعدل، ووجه الأولى أنه لا يجوز إفراده بالوصية، فلم تجز الوصية إليه، كالمجنون. وعلى أبي حنيفة، لا يجوز إقراره على الوصية، فأشبه ما ذكرنا.

(٤٧٧٤) فصل: ويعتبر وجود هذه الشروط في الوصي حال العقد والموت، في أحد الوجهين، وفي الآخر يعتبر حال الموت حسب، كالوصية له. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. **ولنا**، أنها شروط لعقد، فتعتبر حال وجوده، كسائر العقود. فأما الوصية له، فهي صحيحة وإن كان وارثا، وإنما يعتبر عدم الإرث، وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم، فاعتبرت حالة اللزوم، بخلاف مسألتنا، فإنها شروط لصحة العقد، فاعتبرت حالة العقد، ولا ينفع وجودها بعده. وعلى الوجه." (١)

"التزام وصيته، ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره. وذكر ابن أبي موسى، في " الإرشاد " رواية عن أحمد، ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك. **ولنا**، أنه متصرف بالإذن، فكان له عزل نفسه، كالوكيل.

[فصل الرجل يوصي إلى الرجل ويجعل له دراهم مسماة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٤٥

(٤٧٨٠) فصل: ويجوز أن يجعل للوصي جعلا؛ لأنها بمنزلة الوكالة، والوكالة تجوز بجعل، فكذلك الوصية. وقد نقل إسحاق بن إبراهيم، في الرجل يوصي إلى الرجل، ويجعل له دراهم مسماة، فلا بأس. ومقاسمة الوصي الموصى له جائزة على الورثة؛ لأنه نائب عنهم، ومقاسمته للورثة على الموصى له لا تجوز؛ لأنه ليس بنائب عنه.

[فصل أوصى إلى رجل وأذن له أن يوصي إلى من يشاء]

(٤٧٨١) فصل: وإذا أوصى إلى رجل، وأذن له أن يوصي إلى من يشاء، نحو أن يقول: أذنت لك أن توصي إلى من شئت، أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه، أو فهو وصي صح، وله أن يوصي إلى من شاء؛ لأنه رضي باجتهاده واجتهاد من يراه، فصح، كما لو وصى إليهما معا. وهذا قول أكثر أهل العلم. وحكي عن الشافعي أنه قال في أحد القولين: ليس له أن يوصي؛ لأنه يلي بتولية، فلا يصح أن يوصي، كالوكيل. **ولنا**، أنه مأذون له في الإذن في التصرف، فجاز له أن يأذن لغيره، كالوكيل إذا أمر بالتوكيل، والوكيل حجة عليه من الوجه الذي ذكرناه. فأما إن أوصى إليه، وأطلق، ولم يأذن له في الإيصاء ولا نهاه عنه، ففيه روايتان؛ إحداهما، له أن يوصي إلى غيره. وهو قول مالك، وأبي حنيفة، والثوري، وأبي يوسف؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه فكان له الوصية، كالأب. والثانية، ليس له ذلك. وهو اختيار أبي بكر. ومذهب الشافعي، وإسحاق. وهو الظاهر من مذهب الخرقي؛ لقوله ذلك في الوكيل؛ لأنه يتصرف بتولية، فلم يكن له التفويض، كالوكيل، ويخالف الأب؛ لأنه يلي بغير تولية.

[مسألة كانا وصيين فمات أحدهما]

(٤٧٨٢) مسألة؛ قال: (وإن كانا وصيين، فمات أحدهما، أقيم مقام الميت أمين) وجملة ذلك، أنه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين، فمتى أوصى إليهما مطلقا، لم يجز لواحد منهما الانفراد بالتصرف، فإن مات أحدهما، أو جن، أو وجد منه ما يوجب عزله، أقام الحاكم مقامه أمينا؛ لأن الموصي." (١)

"لم يرض بنظر هذا الباقي منهما وحده. فإن أراد الحاكم رد النظر إلى الباقي منهما، لم يكن له ذلك. وذكر أصحاب الشافعي وجها في جوازه؛ لأن النظر لو كان له لموت الموصي عن غير وصية، كان له رده إلى واحد، كذلك هاهنا، فيكون ناظرا بالوصية من الموصي، والأمانة من جهة الحاكم. **ولنا**، أن الموصي

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٤٨

لم يرض بتصرف هذا وحده، فوجب ضم غيره إليه؛ لأن الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده. وإن تغيرت حالهما جميعا بموت أو غيره، فللحاكم أن ينصب مكانهما. وهل له نصب واحد؟ فيه وجهان؛ أحدهما، له ذلك لأنه لما عدم الوصيان، صار الأمر إلى الحاكم بمنزلة ما لم يوص، ولو لم يوص لاكتفي بواحد، كذا هاهنا. ويفارق ما إذا كان أحدهما حيا؛ لأن الموصي بين أنه لا يرضى بها وحده، بخلاف ما إذا ماتا معا. والثاني، لا يجوز أن ينصب إلا اثنين؛ لأن الموصي لم يرض بواحد، فلم يقتنع به، كما لو كان أحدهما حيا. فأما إن جعل لكل واحد منهما التصرف منفردا، فمات أحدهما أو خرج من الوصية، لم يكن للحاكم أن يقيم مقامه أمينا؛ لأن الباقي منهما له النظر بالوصية، فلا حاجة إلى غيره. وإن ماتا معا، أو خرجا عن الوصية، فللحاكم أن يقيم واحدا يتصرف. وإن تغيرت حال أحد الوصيين تغييرا لا يزيله عن الوصية، كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك، وكانا ممن لكل واحد منهما التصرف منفردا، فليس للحاكم أن يضم إليهما أمينا؛ لأن الباقي منهما يكفي، إلا أن يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده؛ لكثرة العمل ونحوه، فله أن يقيم أمينا. وإن كانا ممن ليس لأحدهما التصرف على الانفراد، فعلى الحاكم أن يقيم مقام من ضعف عنها أمينا، يتصرف معه على كل حال، فيصيرون ثلاثة؛ الوصيان والأمين معهما، ولكل واحد منهم التصرف وحده.

[فصل اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما]

(٤٧٨٣) فصل: وإذا اختلف الوصيان عند من يجعل المال منهما، لم يجعل عند واحد منهما، ولم يقسم بينهما، وجعل في مكان تحت أيديهما جميعا؛ لأن الموصي لم يأمن أحدهما على حفظه، ولا التصرف فيه. وقال مالك: يجعل عند أعدلهما. وقال أصحاب الرأي: يقسم بينهما. وهو المنصوص عن الشافعي، إلا أن أصحابه اختلفوا في مراده بكلامه؛ فقال بعضهم: إنما أراد إذا كان كل واحد منهما موصى إليه على الانفراد. وقال بعضهم: بل هو عام فيهما.." (١)

"يصرف إليهم ذلك، أو عادته الأخذ من مثله، فله الأخذ منه، وإلا فلا. ويحتمل أن له إعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه؛ لأنه مأمور بالتفريق، وقد فرق في من يستحق، فأشبه ما لو دفع إلى أجنبي. ولنا، أنه تمليك ملكه بالإذن فلا يجوز أن يكون قابلا، كما لو وكله في بيع سلعة، لم يجز له بيعها من نفسه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٩/٦

[فصل وصى إليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم]

(٤٧٨٧) فصل: وإن وصى إليه بتفريق ثلثه، فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم، فعنه روايتان؛ إحداهما، يخرج الثلث كله مما في يده. نقلها أبو طالب؛ لأن حق الموصى له متعلق بأجزاء التركة، فجاز أن يدفع إليه مما في يده، كما يدفع إلى بعض الورثة. والأخرى، يدفع إليه ثلث ما في يده، ولا يعطيهم شيئا مما في يده حتى يخرجوا ثلث ما في أيديهم. نقلها أبو الحارث؛ لأن صاحب الدين إذا كان للمدين في يديه مال، لم يملك استيفاءه مما في يديه، كذا هاهنا. ويمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين، فالرواية الأولى محمولة على ما إذا كان المال جنسا واحدا، فللموصي أن يخرج الثلث كله مما في يديه؛ لأنه لا فائدة في انتظار إخراجهم مما في أيديهم، مع اتحاد الجنس. والرواية الثانية محمولة على ما إذا كان المال أجناسا، فإن الوصية تتعلق بثلث كل جنس، فليس له أن يخرج عوضا عن ثلث ما في أيديهم مما في يده؛ لأنه معاوضة لا تجوز إلا برضاهم، والله أعلم.

[فصل علم الوصي أن على الميت دينا]

(٤٧٨٨) فصل: إذا علم الوصي أن على الميت دينا، إما بوصية الميت أو غيرها، فقال أحمد: لا يقضيه إلا ببينة. قيل له: فإن كان ابن الميت يصدقه؟ قال: يكون ذلك في حصة من أقر بقدر حصته. وقال في من استودع رجلا ألف درهم، وقال: إن أنا مت، فادفعها إلى ابني الكبير. وله ابنان، أو قال: ادفعها إلى أجنبي. فقال: إن دفعها إلى أحد الابنين، ضمن للآخر قدر حصته، وإن دفعها إلى الآخر، ضمن. ولعل هذا من أحمد فيما إذا لم يصدق الورثة الوصي، ولم يقروا، فلا يقبل قوله عليهم، وليس له الدفع بغير إذنهم؛ لأن قوله أقر عندي وأذن لي، إثبات ولاية، فلا يقبل قوله فيه، ولا شهادته؛ لأنه يشهد لنفسه بالولاية. وقد نقل أبو داود، في رجل أوصى أن لفلان علي كذا، ينبغي للوصي أن ينفذه، ولا يحل له إن لم ينفذه. فهذه المسألة محمولة على أن الورثة يصدقون الوصي أو المدعي، أو له بينة بذلك، جمعا بين الروايتين، وموافقة للدليل. قيل لأحمد: فإن علم الموصى إليه لرجل حقا على الميت، فجاء الغريم يطالب الوصي،." (١)

"له أن يوصي بثلث ماله، فعدل إلى المعين. وليس له ذلك؛ لأنه يؤدي إلى أن يأخذ الموصى له المعين، فينفرد بالتركة على تقدير تلف الباقي قبل وصوله إلى الورثة، فيقال للورثة: إن رضيتم بذلك، وإلا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٥١

فعودوا إلى ما كان له أن يوصي به، وهو الثلث. **ولنا**، أنه أوصى بما لا يزيد على الثلث لأجنبي، فوقع لازما، كما لو وصى له بمشاع. وما قاله لا يصح؛ لأن جعل حقه في قدر الثلث إشاعة، وإبطال لما عينه، فلا يجوز إسقاط ما عينه الموصي للموصى له، ونقل حقه إلى ما لم يوص به، كما لو وصى له بمشاع، لم يجز نقله إلى معين، وكما لو كان المال كله حاضرا أو غائبا. إذا ثبت هذا، فإن للموصى له ثلث المعين الحاضر، وكلما اقتضي من دينه شيء أو حضر من الغائب شيء فللموصى له بقدر ثلثه من الموصى به، كذلك حتى يكمل للموصى له الثلث، أو يأخذ المعين كله. فلو خلف تسعة عينا، وعشرين دينا وابنا، ووصى بالتسعة لرجل، فللوصي ثلثه، ثلاثة، وكلما اقتضي من الدين شيء فللوصي ثلثه، فإذا اقتضي ثلثه فله من التسعة واحد، حتى يقتضي ثمانية عشر، فيكمل له التسعة. وإن جحد الغريم، أو مات، أو يئس من استيفاء الدين، أخذ الورثة الستة الباقية من العين. ولو كان الدين تسعة، فإن الابن يأخذ ثلث العين، ويأخذ الوصي ثلثها، ويبقى ثلثها موقوفا، كلما استوفي من الدين شيء فللوصي من العين قدر ثلثه، فإذا استوفي الدين كله، كمل للموصى له ستة، وهي ثلث الجميع. وإن كانت الوصية بنصف العين، أخذ الوصي ثلثها، وأخذ الابن نصفها، وبقي سدسها موقوفا، فمتى اقتضى من الدين مثليه، كملت الوصية.

[فصل كان الدين مثل العين فوصى لرجل بثلثه]

(٤٨٠٤) فصل: فإن كان الدين مثل العين، فوصى لرجل بثلثه، فلا شيء له قبل استيفاء الوصية، فكلما اقتضي منه شيء فله ثلثه، وللابن ثلثاه. وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته. وهذا قول أهل العراق؛ لأن ذلك يخرج من ثلث المال الحاضر. **ولنا**، أن الورثة شركاؤه في الدين، وليس معهم شركة في العين، فلا يختص بما خرج منه دونهم، كما لو كان شريكه في الدين وصيا آخر، أو كما لو وصى لرجل بالعين، وله ولآخر بالدين، فإن المنفرد بوصية الدين لا يختص بما خرج منه له دون صاحبه، كذا هاهنا.

[فصل وصى لرجل بثلث ماله وله مائتان دينا وعبد يساوي مائة ووصى لآخر بثلث العبد]

(٤٨٠٥) فصل: ولو وصى لرجل بثلث ماله، وله مائتان دينا، وعبد يساوي مائة، ووصى لآخر بثلث العبد، اقتسما ثلث العبد نصفين، وكلما اقتضي من الدين شيء، فللموصى له بثلث المال ربعه، وله وللآخر من

العبد بقدر ربع ما استوفي بينهما نصفين. فإذا استوفي الدين كله كمل للوصيين نصف العبد. ولصاحب الثلث ربع المائتين." (١)

"إنما كان كذلك؛ لأنه عين للوصية جهة، فإذا فاتت، عاد الموصى له إلى الورثة، كما لو أوصى بشراء عبد زيد يعتق، فمات العبد، أو لم يبعه سيده. وإن أنفق بعض الدراهم، ثم مات الفرس، بطلت الوصية في الباقي، كما لو وصى بشراء عبدين، فمات أحدهما قبل شرائه. قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوصى بألف درهم في السبيل، أيجعل في الحج منها شيء؟ فقال: لا إنما يعرف الناس السبيل الغزو.

[فصل أوصى فقال يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حر]

(٤٨١٢) فصل: وإذا قال: يخدم عبدي فلانا سنة، ثم هو حر. صحت الوصية، فإن قال الموصى له بالخدمة: لا أقبل الوصية. أو قال: قد وهبت الخدمة له. لم يعتق في الحال. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: إن وهب الخدمة للعبد، عتق في الحال. **ولنا**، أنه أوقع العتق بعد مضي السنة، فلم يقع قبله، كما لو رد الوصية.

[فصل أوصى لعمه بثلث ماله ولخاله بعشره فردت وصيتهما]

(٤٨١٣) فصل: وإذا أوصى لعمه بثلث ماله، ولخاله بعشره، فردت وصيتهما، فتحاصا في الثلث، فأصاب الخال ستة، فاضرب الذي أصابه في وصيته، وذلك ستة في عشرة، تكن ستين، واقسمه على الفاضل بينهما، يخرج بالقسم خمسة عشر، فهي الثلث. وإن شئت قلت قد أصاب الخال ثلاثة أخماس وصيته، يبقى من الثلث خمساه، وهي تعدل ما أصاب الخال، فزد على ما أصاب الخال مثل نصفه، وهو ثلثه، يصر تسعة، فهي للذي أصاب العم. وإن قال: أصاب العم الربع، فقد أصابه ثلاثة أرباع وصيته، وبقي من الثلث نصف سدس، يعدل ثلاثة أرباع وصية الخال، وذلك سبعة ونصف، وللعم ثلاثة أمثالها، اثنان وعشرون ونصف، والمال كله تسعون. وإن قال: أصاب الخال خمس المال، فقد بقي من الثلث خمساه للعم، فيكون الحاصل للخال خمسا وصيته أيضا. وذلك أربعة دنانير، ووصية العم مثل ثلثيها، ديناران وثلثان، والثلث كله ستة وثلثان، والمال كله عشرون. فإن كان معهما وصية بسدس الـمـال، وأصاب الخال ستة، فهي ثلاثة أخماس وصيته، فلكل واحد من الآخرين ثلاثة أخماس وصيته، وذلك تسعة أعشار الثلث، يبقى

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٦٠

منه عشر تعدل ما حصل للعم وهو ستة، والثلث ستون. وإن أصاب صاحب السدس عشر المال، فقد أصاب صاحب الثلث خمسه، يبقى من الثلث أيضا عشره، فهو وصية الخال، وذلك ثلاثة أخماس وصيته ستة، فيكون الثلث ستين كما ذكرنا.." (١)

"ابن عمهن، عصبهن في الباقي، فجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وهذا قول عامة العلماء. يروى ذلك عن علي، وزيد، وعائشة – رضي الله عنهم –. وبه قال مالك، والثوري، والشافعي – رضي الله عنهم – وإسحاق، وأصحاب الرأي. وبه قال سائر الفقهاء إلا ابن مسعود ومن تبعه؛ فإنه خالف الصحابة في ست مسائل من الفرائض، هذه إحداهن، فجعل الباقي للذكر دون أخواته. وهو قول أبي ثور؛ لأن النساء من الأولاد لا يرثن أكثر من الثلثين؛ بدليل ما لو انفردن، وتوريثهن هاهنا يفضي إلى توريثهن أكثر من ذلك. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١] . وهؤلاء يدخلون في عموم هذا اللفظ؛ بدليل تناوله لهم لو لم يكن بنات. وعدم البنات لا يوجب لهم هذا الاسم. ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض، يجب أن يقتسما الفاضل عنه، كأولاد الصلب، والإخوة مع الأخوات وما ذكروه فهو في الاستحقاق للفرض. فأما في مسألتنا فإنما يستحقون بالتعصيب، فكان معتبرا بأولاد الصلب، والإخوة والأخوات ثم، ويبطل ما ذكروه بما إذا خلف ابنا وست بنات، فإنهن يأخذن ثلاثة أرباع المال. وإن كن ثمانيا، أخذن أربعة أخماسه. وإن كن عشرا، أخذن خمسة أسداسه. وكلما زدن في العدد، زاد استحقاقهن.

[فصل ابن ابن الابن يعصب من في درجته]

(٤٨٢٠) فصل: وابن ابن الابن يعصب من في درجته من أخواته، وبنات عمه، وبنات ابن عم أبيه، على كل حال. ويعصب من هو أعلى منه من عماته، وبنات عم أبيه، ومن فوقهن بشرط أن لا يكن ذوات فرض، ويسقط من هو أنزل منه، كبناته، وبنات أخيه، وبنات ابن عمه. فلو خلف الميت خمس بنات ابن. بعضهن أنزل من بعض، لا ذكر معهن، وعصبة، كان للعليا النصف، وللثانية السدس، وسقط سائرهن، والباقي للعصبة. فإن كان مع العليا أخوها، أو ابن عمها، فالمال بينهما على ثلاثة، وسقط سائرهن. فإن كان مع الثانية عصبها، وكان للعليا النصف، والباقي بينه وبين الثانية على ثلاثة. وإن كان مع الثالثة، فللعليا النصف، وللثانية السدس، والباقي بينه وبين الثالثة على ثلاثة. وإن كان مع الرابعة فللعليا النصف، وللثانية السدس،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٦٣

والباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة. وإن كان مع الخامسة، فالباقي بعد فرض الأولى والثانية، بينه وبين الثالثة والرابعة والخامسة على خمسة وتصح من ثلاثين. وإن كان أنزل من الخامسة، فكذلك. ولا أعلم في هذا خلافا بين القائلين بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين.." (١)

"وسقط الإخوة من الأب والأم) . هذه المسألة تسمى المشركة، وكذلك كل مسألة اجتمع فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعدا من ولد الأم وعصبة من ولد الأبوين. وإنما سميت المشركة؛ لأن بعض أهل العلم شرك فيها بين ولد الأبوين وولد الأم في فرض ولد الأم، فقسمه بينهم بالسوية، وتسمى الحمارية؛ لأنه يروى أن عمر - رضي الله عنه - أسقط ولد الأبوين، فقال بعضهم: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارا أليست أمنا واحدة؟ فشرك بينهم. ويقال: إن بعض الصحابة قال ذلك فسميت الحمارية لذلك. واختلف أهل العلم فيها قديما وحديثا، فذهب أحمد - رضي الله عنه - فيها إلى أن للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث، وسقط الإخوة من الأبوين؛ لأنهم عصبة وقد تم المال بالفروض. ويروى هذا القول عن علي وابن مسعود، وأبي بن كعب، وابن عباس، وأبي موسى - رضي الله عنهم -. وبه قال الشعبي، والعنبري، وشريك، وأبو حنيفة، وأصحابه - رضي الله عنهم - ويحيى بن آدم، ونعيم بن حماد، وأبو ثور، وابن المنذر وروي عن عمر، وعثمان، وزيد بن ثابت، - رضي الله عنهم -، أنهم شركوا بين ولد الأبوين وولد الأم في الثلث، فقسموه بينهم بالسوية، للذكر مثل حظ الأنثيين. وبه قال مالك، والشافعي - رضي الله عنهما -، وإسحاق؛ لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة التي يرثون بها، فوجب أن يساووهم في الميراث؛ فإنهم جميعا من ولد الأم، وقرابتهم من جهة الأب إن لم تزدهم قربا واستحقاقا فلا ينبغي أن تسقطهم؛ ولهذا قال بعض الصحابة وبعض ولد الأبوين لعمر وقد أسقطهم: هب أن أباهم كان حمارا، فما زادهم ذلك إلا قربا فشرك بينهم. وحرر بعض أصحاب الشافعي فيها قياسا، فقال: فريضته جمعت ولد الأب والأم وولد الأم، وهم من أهل الميراث فإذا ورث ولد الأم، وجب أن يرث ولد الأب والأم، كما لو لم يكن فيها زوج. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] . ولا خلاف في أن المراد بهذه الآية ولد الأم على الخصوص، فمن شرك بينهم فلم يعط كل واحد منهما السدس، فهو مخالفة لظاهر القرآن، ويلزم منه مخالفة ظاهر الآية الأخرى، وهي قوله: ﴿وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١٧٦] . يراد بهذه الآية سائر الإخوة والأخوات، وهم يسوون بين ذكرهم وأنثاهم. وقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٧٢

النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ألحقوا الفرائض، بأهلها، فما بقي فلأولى رجل ذكر» . ومن شرك فلم يلحق الفرائض بأهلها، ومن جهة المعنى أن ولد الأبوين عصبة لا فرض لهم، وقد تم المال بالفروض، فوجب أن يسقطوا، كما لو كان مكان ولد الأم ابنتان. وقد انعقد الإجماع على أنه لو كان في هذه المسألة واحد من ولد الأم، ومائة من ولد الأبوين، لكان للواحد السدس، وللمائة السدس الباقي، لكل واحد عشر عشره، وإذا جاز أن يفضلهم الواحد هذا الفضل كله، لم لا يجوز لاثنين إسقاطهم؟ وقولهم: تساووا في قرابة الأم. قلنا: فلم لم يساووهم في الميراث في هذه المسألة؟ وعلى أنا نقول: إن ساووهم في قرابة الأم فقد فارقوهم في كونهم عصبة من غير ذوي الفروض. وهذا الذي افترقوا فيه هو المقتضي لتقديم ولد الأم، وتأخير ولد الأبوين. فإن الشرع ورد بتقديم ذوي الفروض، وتأخير العصبة، ولذلك يقدم ولد الأم على ولد الأبوين في القدر في المسألة المذكورة وشبهها، فكذلك يقدم وإن سقط ولد الأبوين كغيره." (١)

"عنده، فأتيناه، فتحدثنا عنده، فكان من حديثه، أنه قال: سبحان الذي أحصى رمل عالج عددا، ثم يجعل في مال نصفا، ونصفا، وثلثا، ذهب النصفان بالمال، فأين موضع الثلث، وأيم الله، لو قدموا من قدم الله، وأخروا من أخر الله، ما عالت فريضة أبدا، فقال زفر: فمن الذي قدمه الله، ومن الذي أخره الله؟ فقال: الذي أهبطه من فرض إلى فرض، فذلك الذي قدمه الله، والذي أهبطه من فرض إلى ما بقي، فذلك الذي أخره الله. فقال زفر: فمن أول من أعال الفرائض؟ قال: عمر بن الخطاب. فقلت: ألا أشرت عليه؟ فقال: هبته، وكان امرأ مهيبا. قوله: من أهبطه من فريضة إلى فريضة، فذلك الذي قدمه الله. يريد أن الزوجين والأم لكل واحد منهم فرض، ثم يحجب إلى فرض آخر لا ينقص منه، وأما من أهبطه من فرض إلى ما بقي، يريد البنات والأخوات، فإنهن يفرض لهن، فإذا كان معهن إخوتهن، ورثوا بالتعصيب، فكان لهم ما بقي، قل أو كثر، فكان مذهبه، أن الفروض إذا ازدحمت رد النقص على البنات والأخوات. ولنا، أن كل واحد من هؤلاء لو انفرد أخذ فرضه، فإذا ازدحموا وجب أن يقتسموا على قدر الحقوق، كأصحاب الديون والوصايا، ولأن الله تعالى فرض للأخت النصف، كما فرض للزوج النصف، وفرض للأختين الثلثين،.

كما فرض الثلث للأختين من الأم، فلا يجوز إسقاط فرض بعضهم، مع نص الله تعالى عليه، بالرأي والتحكم، ولم يمكن الوفاء بها، فوجب أن يتساووا في النقص على قدر الحقوق، كالوصايا، والديون، وقد يلزم ابن عباس على قوله مسألة فيها زوج، وأم، وأخوان من أم، فإن حجب الأم إلى السدس خالف مذهبه في حجب الأم بأقل من ثلاثة من الإخوة، وإن نقص الأخوين من الأم، رد النقص على من لم يهبطه الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٨٠

من فرض إلى ما بقي، وإن أعال المسألة، رجع إلى قول الجماعة.
وترك مذهبه، ولا نعلم اليوم قائلا بمذهب ابن عباس، ولا نعلم خلافا بين فقهاء الأمصار في القول بالعول، بحمد الله ومنه.

[فصل في مسألتين أحدهما زوج وأبوان والثانية امرأة وأبوان]
(٤٨٣٥) فصل: حصل خلاف ابن عباس للصحابة في خمس مسائل، اشتهر قوله فيها؛ أحدها، زوج وأبوان. والثانية، امرأة وأبوان، للأم ثلث الباقي عندهم، وجعل هو لها ثلث المال فيها. والثالثة، أنه لا يحجب الأم إلا بثلاثة من الإخوة. والرابعة، لم يجعل الأخوات مع البنات عصبة. والخامسة، أنه لا يعيل المسائل. فهذه الخمس صحت الرواية عنه فيها، واشتهر عنه القول بها، وشذت عنه روايات سوى هذه، ذكرنا بعضها فيما مضى.

[مات وترك ابني عم أحدهما أخ لأم]
(٤٨٣٦) مسألة قال: وإذا كانا ابنا عم، أحدهما أخ لأم، فللأخ للأم السدس، وما بقي بينهما نصفين.." (١)

"وعليه العمل اليوم في الأمصار، إلا أنه يروى عن ابن مسعود أنه كان لا يرد على بنت ابن مع بنت، ولا على أخت من أب مع أخت من أبوين، ولا على جدة مع ذي سهم وروى ابن منصور عن أحمد أنه لا يرد على ولد مع الأم، ولا على الجد مع ذي سهم.
والذي ذكر الخرقي أظهر في المذهب وأصح، وهو قول عامة أهل الرد؛ لأنهم تساووا في السهام، فيجب أن يتساووا فيما يتفرع عليها، ولأن الفريضة لو عالت، لدخل النقص على الجميع، فالرد ينبغي أن ينالهم أيضا. فأما الزوجان، فلا يرد عليهما باتفاق من أهل العلم، إلا أنه روي عن عثمان - رضي الله عنه - أنه رد على زوج.
ولعله كان عصبة، أو ذا رحم، فأعطاه لذلك، أو أعطاه من مال بيت المال، لا على سبيل الميراث، وسبب ذلك، إن شاء الله، أن أهل الرد كلهم من ذوي الأرحام، فيدخلون في عموم قول الله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥] . والزوجان خارجان من ذلك. وذهب زيد بن ثابت إلى أن الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال، ولا يرد على أحد فوق فرضه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٨٣

وبه قال مالك، والأوزاعي، والشافعي – رضي الله عنهم –؛ لأن الله تعالى قال في الأخت: ﴿فلها نصف ما ترك﴾ [النساء: ١٧٦] . ومن رد عليها جعل لها الكل، ولأنها ذات فرض مسمى. فلا يرد عليها، كالزوج. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥] . وهؤلاء من ذوي الأرحام، وقد ترجحوا بالقرب إلى الميت، فيكونون أولى من بيت المال.

لأنه لسائر المسلمين، وذو الرحم أحق من الأجانب، عملا بالنص، وقد قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من ترك مالا فلورثته، ومن ترك كلا فإلي» . وفي لفظ: «من ترك دينا فإلي، ومن ترك مالا فللوارث» . متفق عليه. وهذا عام في جميع المال، وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «تحرز المرأة ثلاثة مواريث، لقيطها، وعتيقها، والولد الذي لاعنت عليه» . أخرجه ابن ماجه.

فجعل لها ميراث ولدها المنفي باللعان كله، خرج من ذلك ميراث غيرها من ذوي الفروض بالإجماع، بقي الباقي على مقتضى العموم، ولأنها من وراثه بالرحم، فكانت أحق بالمال من بيت المال، كعصباته. فأما قوله تعالى: ﴿فلها نصف ما ترك﴾ [النساء: ١٧٦] . فلا ينفي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر، كقوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء: ١١] .

لا ينفي أن يكون للأب السدس، وما فضل عن البنت بجهة التعصيب، وقوله: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾ [النساء: ١٢] . لم ينف أن يكون للزوج ما فضل إذا كان ابن عم أو مولى، وكذلك الأخ من الأم إذا كان ابن عم، والبنت وغيرها من ذوي." (١)

"زوجة وبنت وبنت ابن وأم، أو جدة. أخت من أبوين وأخت، أو أخوات من أب وأخت من أم، أو أم، أو جدة أختان من أبوين، أو من أب وأم، أو جدة وأخ من أم، وفي جميع ذلك إذا انكسرت سهام فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت إليه المسألة، ومثال ذلك، أربع زوجات وإحدى وعشرون بنتا وأربع عشرة جدة، مسألة الزوجات من ثمانية، فتضرب فيها فريضة الرد وهي خمسة، تكن أربعين، للزوجات فريضة أهل الرد خمسة، على أربعة، لا تصح.

ولا توافق، ويبقى خمسة وثلاثون، للجدات خمسها سبعة، على أربعة عشر، توافق بالأسباع، فيرجعن إلى اثنين، ويبقى للبنات ثمانية وعشرون، توافقهن بالأسباع، فيرجعن إلى ثلاث، والاثنان ثم تدخلان في عدد الزوجات، فتضرب ثلاثا في أربع، تكن اثني عشر، ثم في أربعين، تكن أربعمائة وثمانين، ومتى كان مع أحد الزوجين واحد من أهل الرد، أخذ الفاضل كله، كأنه عصبة، ولا تنتقل المسألة. وإن كان معهم فريق واحد

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٩٦

من أهل الرد، كالبنات، أو الأخوات، قسمت الفاضل عليهم، كأنهم عصبة.
فإن انكسر عليهم، ضربت عددهم في مسألة الزوج.

[مسألة للجدة إذا لم تكن أم السدس]

باب الجدات (٤٨٥٨) مسألة قال أبو القاسم - رحمه الله -: وللجدة إذا لم تكن أم السدس قال أبو بكر بن المنذر: أجمع أهل العلم على أن للجدة السدس إذا لم يكن للميت أم. وحكى غيره رواية شاذة عن ابن عباس أنها بمنزلة الأم؛ لأنها تدلي بها، فقامت مقامها، كالجد يقوم مقام الأب. **ولنا**، ما روى قبيصة بن ذؤيب، قال: «جاءت الجدة إلى أبي بكر، تطلب ميراثها، فقال: ما لك في كتاب الله عز وجل شيء، وما أعلم لك في سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - شيئا، ولكن ارجعي حتى أسأل الناس. فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أعطاها السدس. فقال: هل معك غيرك؟ فشهد له محمد بن مسلمة، فأمضاه لها أبو بكر، فلما كان عمر، جاءت الجدة الأخرى، فقال: ما لك في كتاب الله شيء، فما كان القضاء الذي قضي به إلا في غيرك، وما أنا بزائد في الفرائض شيئا، ولكن هو ذاك السدس، فإن اجتمعتما فهو لكما، وأيتكما خلت به فهو لها.» رواه مالك في موطئه، وأبو داود، والترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

وأما الجد فلا يقوم مقام الأب في جميع أحواله على ما ذكرناه. وأجمع أهل العلم على أن الأم تحجب الجدات من جميع الجهات. وقد روى ابن بريدة، عن أبيه، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل للجدة السدس إذا لم يكن دونها أم.»." (١)

"رواه أبو داود. وهذا يدل على أنها لا ترث معها شيئا. ولأن الجدة تدلي بالأم، فسقطت بها، كسقوط الجد بالأب، وابن الابن به.

فأما أم الأب، فإنها أيضا إنما ترث ميراث أم؛ لأنها أم، ولذلك ترث وابنها حي، ولو كان ميراثها من جهته ما ورثت مع وجوده.

[مسألة الجدات إن كثرن لم يزدن على السدس فرضا]

(٤٨٥٩) مسألة قال: (وكذلك إن كثرن، لم يزدن على السدس فرضا) أجمع أهل العلم على أن ميراث

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٢٩٩

الجدات السدس، وإن كثرن، وذلك لما روينا من الخبر، وأن عمر شرك بينهما. وقد روي نحو ذلك عن أبي بكر – رضي الله عنه – فروى سعيد، ثنا سفيان، وهشيم، عن يحيى بن سعيد، عن القاسم بن محمد، قال: جاءت الجدتان إلى أبي بكر – رضي الله عنه – فأعطى أم الأم الميراث دون أم الأب. فقال له عبد الرحمن بن سهيل بن حارثة وكان شهد بدرا: يا خليفة رسول الله، أعطيت التي إن ماتت لم يرثها، ومنعت التي لو ماتت ورثها، فجعل أبو بكر السدس بينهما.

ولأنهن ذوات عدد لا يشركهن ذكر، فاستوى كثيرهن وواحدتهن، كالزوجات. وقول الخرقي لم يزدن على السدس فرضا. يريد به التحرز من زيادتهن بالرد، فإنهن يأخذن في الرد زيادة على السدس، على ما قد مضى ذكره.

[فصل توريث جدتين أم الأم وأم الأب]

(٤٨٦٠) فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في توريث جدتين؛ أم الأم، وأم الأب. وكذلك إن علتا وكانتا في القرب سواء، كأم أم وأم أم أب، إلا ما حكي عن داود أنه لا يورث أم أم الأب شيئا؛ لأنه لا يرثها فلا ترثه، ولأنها غير مذكورة في الخبر. **ولنا**، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أعطى ثلاث جدات.

ومن ضرورته أن يكون فيهن أم أم الأب، أو من هي أعلى منها. وما ذكره داود فهو قياس، وهو لا يقول بالقياس، ثم هو باطل بأم الأم، فإنها ترثه ولا يرثها. وقوله: ليست مذكورة في الخبر. قلنا: وكذلك أم أم الأم. واختلفوا في توريث ما زاد عليهما؛ فذهب أبو عبد الله إلى توريث ثلاث جدات، من غير زيادة عليهن. وروي ذلك عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود – رضي الله عنهم – وروي نحوه عن مسروق والحسن وقتادة وبه قال الأوزاعي وإسحاق وروي عن سعد بن أبي وقاص ما يدل على أنه لا يورث أكثر من جدتين. وحكي ذلك عن أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام، وسليمان بن يسار، وطلحة بن عبد الله بن عوف، وربيعة وابن هرمز، ومالك وابن أبي ذئب وأبي ثور وداود وقاله الشافعي في القديم،." (١)

"وحكي عن الزهري أنه قال: لا نعلم ورث في الإسلام إلا جدتين.

وحكي عن سعد بن أبي وقاص، أنه أوتر بركعة، فعابه ابن مسعود فقال سعد أتعيبني وأنت تورث ثلاث جدات؟ وروي عن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن، إذا كن في درجة واحدة، إلا من أدلت بأب غير

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٠٠

وارث، كأم أب الأم. قال ابن سراقة: وبهذا قال عامة الصحابة إلا شاذا.

وإليه ذهب الحسن، وابن سيرين، والثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه، وهو رواية المزني عن الشافعي، - رضي الله عنه - وهو ظاهر كلام الخرقي، فإنه سمى ثلاث جدات متحاذيات. ثم قال: " وإن كثرن فعلى ذلك ". واحتجوا بأن الزائدة جدة أدلت بوارث فوجب أن ترث، كإحدى الثلاث. **ولنا**، ما روى سعيد، عن ابن عيينة، عن منصور، عن إبراهيم، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ورث ثلاث جدات، ثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم.» وأخرجه أبو عبيد والدارقطني.

وروى سعيد أيضا، عن إبراهيم أنه قال: كانوا يورثون من الجدات ثلاثا، ثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم. وهذا يدل على التحديد بثلاث، وأنه لا يرث أكثر منهن. وإذا ثبت هذا، فإن الوارثات هي أم الأم وإن علت درجتها، وأم الأب وأمهاتها وإن علت درجتهن، وأم الجد وأمهاتها.

ولا ترث أم أب الجد، ولا كل جدة أدلت بأكثر من ثلاثة آباء. وهؤلاء الجدات المختلف فيهن. وأجمع أهل العلم على أن الجدة المدلية بأب غير وارث لا ترث، وهي كل جدة أدلت بأب بين أمين، كأم أبي الأم، إلا ما حكي عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين أنهم قالوا: ترث.

وهو قول شاذ، لا نعلم اليوم به قائلا، وليس بصحيح؛ فإنها تدلي بغير وارث، فلم ترث، كالأجانب، وأمثلة ذلك، أم أم وأم أب، السدس بينهما إجماعا، أم أم أم، وأم أم أب، وأم أبي أب، وأم أبي أم، السدس للثلاث الأول، إلا عند مالك وموافقيه، فإنه للأوليين. وعند داود هو للأولى وحدها. ولا ترث الرابعة إلا في قول شاذ عن ابن عباس وموافقيه، أم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب، وأم أم أبي أم، وأم أبي أم أم، وأم أبي أبي أم، وأم أبي أم أب. السدس للأولى عند داود وللأوليين عند مالك وموافقيه. وللثلاث الأول عند أحمد وموافقيه. وللأربع الأول عند أبي حنيفة وموافقيه. وتسقط الأربع الباقيات إلا في الرواية الشاذة. وفي الجملة لا يرث من قبل الأم إلا واحدة.

ولا من قبل الأب إلا اثنتان، وهما اللتان جاء ذكرهما في الخبر، إلا عند أبي حنيفة وموافقيه، فإنه كلما علون درجة، زاد في عددهن من قبل الأب واحدة.." (١)

"[مسألة كان بعض الجدات أقرب من بعض]

(٤٨٦١) مسألة قال: (وإن كان بعضهن أقرب من بعض كان الميراث لأقربهن) أما إذا كانت إحدى الجدتين أم الأخرى، فأجمع أهل العلم على أن الميراث للقربى وتسقط البعدى بها، وإن كانتا من جهتين

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٠١

والقربى من جهة الأم، فالميراث لها، وتحجب البعدي في قول عامتهم، إلا ما روي عن ابن مسعود ويحيى بن آدم وشريك أن الميراث بينهما. وعن ابن مسعود إن كانتا من جهتين فهما سواء، وإن كانتا من جهة واحدة فهو للقربى.

يعني به أن الجدتين من قبل الأب إذا كانت إحداهما أم الأب والأخرى أم الجد، سقطت أم الجد بأم الأب. وسائر أهل العلم على أن القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب. فأما القربى من جهة الأب فهل تحجب البعدى من جهة الأم؟ فعن أحمد فيها روايتان؛ إحداهما، أنها تحجبها، ويكون الميراث للقربى.

وهذا قول علي – عليه السلام – وإحدى الروايتين عن زيد وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، وأهل العراق، وهو قول الشافعي والرواية الثانية عن أحمد هو بينهما. وهي الرواية الثابتة عن زيد وبه قال مالك والأوزاعي وهو القول الثاني للشافعي – رضي الله عنه – لأن الأب الذي تدلي به الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم، فالتي تدلي به أولى أن لا يحجبها، وبهذا فارقتها القربى من قبل الأم، فإنها تدلي بالأم.

وهي تحجب جميع الجدات. **ولنا**، أنها جدة قربى، فتحجب البعدى، كالتي من قبل الأم، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراثا واحدا من جهة واحدة، فإذا اجتمعن فالميراث لأقربهن، كالآباء والأبناء والإخوة والبنات. وكل قبيل إذا اجتمعوا فالميراث لأقربهم. وقولهم: إن الأب لا يسقطها. قلنا: لأنهن لا يرثن ميراثه، إنما يرثن ميراث الأمهات، لكونهن أمهات.

ولذلك أسقطتهن الأم. والله أعلم. مسائل: من ذلك أم أم وأم أم أب، المال للأولى، إلا في قول ابن مسعود هو بينهما. أم أب وأم أم أم، المال للأولى في قول الخرقي وفي الرواية الأخرى هو بينهما. أم أب وأم أم وأم جد، المال للأوليين في قول الجميع، إلا في قول شريك وموافقيه هو بينهن. أم أب وأم أم وأم أم أم وأم أبي أب، هو للأوليين في قول الجميع.

[فصل اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى]

(٤٨٦٢) فصل: إذا اجتمعت جدة ذات قرابتين مع أخرى، فقياس قول أبي عبد الله أن السدس بينهما أثلاثا، لذات القرابتين ثلثاه، وللأخرى ثلثه. كذلك قال أبو الحسن التميمي، وأبو عبد الله العرني، ولعلهما أخذا." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٠٢

"ذلك من قوله في توريث المجوس بجميع قراباتهم.

وهذا قول يحيى بن آدم، والحسن بن صالح، ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد، وزفر وشريك وقال الثوري والشافعي وأبو يوسف: السدس بينهما نصفان. وهو قياس قول مالك لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة، لم يرث بهما جميعا، كالأخ من الأب والأم. **ولنا**، أنها شخص ذو قرابتين، ترث بكل واحدة منهما منفردة، ولا يرجح بها على غيره.

فوجب أن يرث بكل واحدة منهما، كابن العم إذا كان أخا أو زوجا، وفارق الأخ من الأبوين، فإنه رجح بقرابتيه على الأخ من الأب، ولا يجمع بين الترجيح بالقرابة الزائدة والتوريث بها؛ فإذا وجد أحدهما انتفى الآخر، ولا ينبغي أن يخل بهما جميعا، بل إذا انتفى أحدهما وجد الآخر، وها هنا قد انتفى الترجيح فيثبت التوريث. وصورة ذلك، أن يتزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها، فيولد لهما ولد، فتكون المرأة أم أم أمه، وهي من أم أبي أبيه. وإن تزوج ابن بنتها بنت بنتها، فهي أم أم أمه وأم أم أبيه.

وإن أدلت الجدة بثلاث جهات، ترث بهن، لم يمكن أن يجتمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يورث أكثر من ثلاث.

[مسألة الجدة ترث وابنها حي]

(٤٨٦٣) مسألة قال: والجدة ترث وابنها حي وجملته أن الجدة من قبل الأب إذا كان ابنها حيا وارثا، فإن عمر وابن مسعود وأبا موسى وعمران بن الحصين وأبا الطفيل - رضي الله عنهم - ورثوها مع ابنها.

وبه قال شريح، والحسن، وابن سيرين، وجابر بن زيد، والعنبري، وإسحاق، وابن المنذر، وهو ظاهر مذهب أحمد بن حنبل - رضي الله عنه - وقال زيد بن ثابت: لا ترث. وروي ذلك عن عثمان، وعلي - رضي الله عنهما - وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، وسعيد بن عبد العزيز، والشافعي، وابن جابر، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وهو رواية عن أحمد رواه عنه جماعة من أصحابه. ولا خلاف في توريثها مع ابنها إذا كان عما أو عم أب؛ لأنها لا تدلي به. واحتج من أسقطها بابنها بأنها تدلي به، فلا ترث معه، كالجد مع الأب، وأم الأم مع الأم. **ولنا**، ما روى ابن مسعود - رضي الله عنه - قال «أول جدة أطعمها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - السدس، أم أب مع ابنها، وابنها حي.» أخرجه الترمذي. ورواه سعيد بن منصور، إلا أن لفظه: (أول جدة أطعمت السدس أم أب مع ابنها)

وقال ابن سيرين أول جدة أطعمها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – السدس أم أب مع ابنها. ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم، لا ميراث الأب، فلا يحجبن به كأمهات الأم.." [1]

"[مسألة لا ينقص الجد أبدا من سدس جميع المال]

مسألة قال: (ولا ينقص الجد أبدا من سدس جميع المال، أو تسميته إذا زادت السهام) هذا قول عامة أهل العلم، إلا أنه روي عن الشعبي أنه قال: إن ابن عباس كتب إلى علي في ستة إخوة وجد. فكتب إليه: اجعل الجد سابعهم، وامح كتابي هذا. وروي عنه في سبعة إخوة وجد، أن الجد ثامنهم. وحكي عن عمران بن حصين والشعبي المقاسمة إلى نصف سدس المال.

ولنا، أن الجد لا ينقص عن السدس مع البنين، وهم أقوى ميراثا من الإخوة؛ فإنهم يسقطونهم، فلأن لا ينقص عنه مع الإخوة أولى، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أطعم الجد السدس، فلا ينبغي أن ينقص منه. وأما قوله: " أو تسميته إذا زادت السهام ". فإنه يعني إذا عالت المسألة، فإنه يسمى له السدس، وهو ناقص عن السدس، ألا ترى أنا نقول في زوج وأم وابنتين وجد: له السدس. ونعطيه سهمين من خمسة عشر سهما وهما ثلثا الخمس.

ومتى أفضت المسألة إلى العول، سقط الإخوة والأخوات، إلا في الأكدرية. ولا ينقص الجد عن السدس الكامل في مسألة يرث فيها أحد من الإخوة والأخوات.

[مسألة مات وترك أخا لأب وأما وأخا لأب وجد]

(٤٨٧١) مسألة قال: (وإذا كان أخ لأب وأم، وأخ لأب، وجد، قاسم الجد الأخ للأب والأم، والأخ للأب، على ثلاثة أسهم، ثم رجع الأخ للأب والأم على ما في يد أخيه لأبيه، فأخذه) قد ذكرنا أن الجد يقاسم الإخوة كأخ، ما لم تنقصه المقاسمة عن الثلث، وأن ولد الأبوين يعادون الجد بولد الأب، ثم يأخذون ما حصل لهم، وأنه متى كان اثنان من الإخوة وجد، استوى الثلث والمقاسمة.

ففي هذه المسألة قد استوى الثلث والمقاسمة، ولذلك اقتسما على ثلاثة، لكل واحد سهم، ثم أخذ الأخ للأبوين ما حصل لأخيه من أبيه. وإن شئت فرضت للجد الثلث، والباقي لولد الأبوين. وإن زاد عدد الإخوة على اثنين أو من يعدلهما من الأخوات، فافرض للجد الثلث، والباقي لولد الأبوين. هذا مذهب زيد وأما علي وابن مسعود فإنهما يقاسمان به ولد الأبوين، ويسقطان ولد الأب، ولا يعتدان به؛ لأنه محجوب بولد

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٠٣

الأبوين.

فلا يعتد به كولد الأم، وقسما هذه المسألة بين الجد والأخ من الأبوين نصفين، وأسقطا الأخ من الأب.

ولنا، أن الجد والد، فإذا حجبه أخوان وارثان، جاز أن يحجبه أخ وارث، وأخ غير وارث، كالأم، ولأن ولد الأب يحجبونه إذا انفردوا، فيحجبونه مع غيرهم، كالأم، ويفارق ولد الأم؛ لأن الجد يحجبهم، فلا ينبغي أن يحجبوه بخلاف ولد الأب؛ فإن الجد لا يحجبهم، فجاز أن يحجبوه إذا حجبهم غيره، كما يحجبون الأم، وإن كانوا محجوبين بالأب.

وأما الأخ من الأبوين، فهو أقوى تعصيبا." (١)

"في ثمانية عشر، تكن تسعين، وتسمى تسعينية زيد.

وفي هذا الفصل كله؛ الجدة كالأم، لأن لكل واحدة منهما السدس.

[مسألة مات وترك بنتا وأختا وجدا]

(٤٨٨٣) مسألة قال: (وإذا كانت بنت وأخت وجد، فللبنت النصف، وما بقي فبين الجد والأخت، على ثلاثة أسهم، للجد سهمان، وللأخت سهم) إنما كان كذلك؛ لأن المقاسمة هاهنا أحظ للجد. وقال علي - رضي الله عنه - للبنت النصف، وللجد السدس، والباقي للأخت. وعند ابن مسعود الباقي بعد فرض البنت بين الجد والأخت نصفين؛ لأن كل واحد منهما لو انفرد أخذ المال بالتعصيب، فإذا اجتمعا اقتسما، كما لو كان مكانها أخ.

فأما علي فبنى على أصله في أن الأخوات لا يقاسمن الجد، وإنما يفرض لهن، فلم يفرض لها هاهنا؛ لأن الأخت مع البنت عصبة، وأعطى الجد السدس، كما لو انفرد معها، وجعل لها الباقي. **ولنا**، أن الجد يقاسم الأخت، فيأخذ مثلها إذا كان معها أخ، فكذلك إذا انفردت. وهذه إحدى مربعات ابن مسعود.

[فصل مات وترك بنتا وأخا وجدا]

(٤٨٨٤) فصل: بنت وأخ وجد؛ الباقي بعد فرض البنت بينهما نصفين. وإن كان معه أخته، فالباقي بينهم على خمسة. وإن كان أخوان، أو أخ وأختان، أو أربع أخوات، استوى ثلث الباقي والسدس والمقاسمة، فإن زادوا فلا حظ له في المقاسمة، ويأخذ السدس، والباقي لهم. فإن كانوا من الجهتين فليس لولد الأب

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣١٠

شيء، ويأخذ ولد الأبوين جميع الباقي. بنت وأختان وجد، الباقي بين الجد والأختين على أربعة، وتصح من ثمانية.

فإن كن ثلاث أخوات، فالباقي بينهم على خمسة. فإن كن أكثر من أربع، فله السدس، أو ثلث الباقي، والباقي لهن.

[فصل مات وترك بنتين أو أكثر أو بنت ابن وأختا وجدا]

(٤٨٨٥) فصل: بنتان، أو أكثر، أو بنت ابن وأخت وجد، للبنتين الثلثان، والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة، وتصح من تسعة. وإن كان مكانها أخ، فالباقي بينهما على اثنين، وتصح من ستة. وإن ك١ن مكانه أختان، صحت من اثني عشر. ويستوي في هاتين المسألتين السدس والمقاسمة. فإن زادوا عن أخ أو عن أختين، فرضت للجد السدس، وكان الباقي لهم، فإن كان معهم أم أو جدة، فللجد السدس، ولا شيء للإخوة والأخوات.." (١)

"لأن الجدة أمها. والصحيح من ذلك تنزيل العمة أبا، والخالة أما، لوجوه ثلاثة؛ أحدها، ما روى الزهري، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «العمة بمنزلة الأب، إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم» . رواه الإمام أحمد.

الثاني، أنه قول عمر، وعلي، وعبد الله، في الصحيح عنهم، ولا مخالف لهم في الصحابة. الثالث، أن الأب أقوى جهات العمة، والأم أقوى جهات الخالة، فتعين تنزيلهما بهما دون غيرهما، كبنت الأخ، وبنت العم، فإنهما ينزلان منزلة أبويهما دون أخويهما. ولأنه إذا اجتمع لهما قرابات، ولم يمكن توريثهما بجميعهما، ورثنا بأقواهما، كالمجوس عند من لم يورثهم بجميع قراباتهم، وكالأخ من الأبوين، فإنا نورثه بالتعصيب، وهي جهة أبيه، دون قرابة أمه.

فأما أبو حنيفة وأصحابه، فإنهم ورثوهم على ترتيب العصبات، فجعلوا أولاهم من كان من ولد الميت وإن سفلوا، ثم ولد أبـ؛يه أو أحدهما وإن سفلوا، ثم ولد أبوي أبويه وإن سفلوا كذلك أبدا، لا يرث بنو أب أعلى، وهناك بنو أب أقرب منه، وإن نزلت درجتهم. وعن أبي حنيفة، أنه جعل أبا الأم وإن علا أولى من ولد البنات، ويسمى مذهبهم مذهب أهل القرابة. ولنا، أنهم فرع في الميراث على غيرهم، فوجب إلحاقهم بمن هم فرع له، وقد ثبت أن ولد الميت من الإناث لا يسقط ولد أبيه، فأولى أن لا يسقطهم ولده.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣١٦

مسائل: من ذلك؛ بنت بنت وبنت بنت ابن، المال بينهما على أربعة. فإن كان معهما بنت أخ، فالباقي لها، وتصح من ستة. فإن كان معهما خالة، فلبنت البنت النصف، ولبنت بنت الابن السدس، تكملة الثلثين، وللخالة السدس، والباقي لبنت الأخ. فإن كان مكان الخالة عمة، حجبت بنت الأخ، وأخذت الباقي؛ لأن العمة كالأب، فتسقط من هو بمنزلة الأخ، ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الأخ، وأسقط العمة، ومن نزلها جدا قاسم بنت الأخ الثلث الباقي بينهما نصفين، ومن نزلها جدة جعل لها السدس، ولبنت الأخ الباقي.
وفي قول أهل القرابة، أنه لا ترث بنت الأخ مع بنت البنت، ولا مع بنت بنت الابن شيئا.

[فصل انفراد أحد من ذوي الأرحام]
(٤٨٨٩) فصل: إذا انفرد أحد من ذوي الأرحام، أخذ المال كله، في قول جميع من ورثهم. وإن كانوا جماعة، لم يخل؛ إما أن يدلوا بشخص واحد، أو بجماعة، فإن أدلوا بشخص واحد، وكانوا في درجة واحدة، فالمال بينهم على حسب مواريثهم منه. فإن أسقط بعضهم بعضا، كأبي الأم، والأخوال، فأسقط الأخوال؛ لأن الأب يسقط الإخوة والأخوات. فإن كان بعضهم أقرب من بعض، فالميراث لأقربهم، كخالة،." (١)

"الخنثى هو الذي له ذكر وفرج امرأة، أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول. وينقسم إلى مشكل وغير مشكل، فالذي يتبين فيه علامات الذكورية، أو الأنوثية، فيعلم أنه رجل، أو امرأة، فليس بمشكل، وإنما هو رجل فيه خلقة زائدة، أو امرأة فيها خلقة زائدة،
وحكمه في إرثه وسائر أحكامه حكم ما ظهرت علاماته فيه، ويعتبر بمباله في قول من بلغنا قوله من أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول، إن بال من حيث يبول الرجل، فهو رجل، وإن بال من حيث تبول المرأة، فهو امرأة
وممن روي عنه ذلك؛ علي، ومعاوية، وسعيد بن المسيب، وجابر بن زيد، وأهل الكوفة، وسائر أهل العلم. قال ابن اللبان: روى الكلبي، عن أبي صالح، عن ابن عباس، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - سئل عن مولود له قبل وذكر، من أين يورث؟ قال: من حيث يبول» . وروي أنه - عليه السلام - «أتي بخنثى من الأنصار، فقال: ورثوه من أول ما يبول منه.» ولأن خروج البول أعم العلامات؛ لوجودها من الصغير والكبير.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٢٠

وسائر العلامات إنما يوجد بعد الكبر، مثل نبات اللحية، وتفلك الثدي، وخروج المني، والحيض، والحبل. وإن بال منهما جميعا، اعتبرنا أسبقهما. نص عليه أحمد. وروي ذلك عن سعيد بن المسيب. وبه قال الجمهور. فإن خرجا معا، ولم يسبق أحدهما، فقال أحمد، في رواية إسحاق بن إبراهيم: يرث من المكان الذي ينزل منه أكثر. وحكي هذا عن الأوزاعي، وصاحبي أبي حنيفة

ووقف في ذلك أبو حنيفة، ولم يعتبره أصحاب الشافعي – رضي الله عنه – في أحد الوجهين. **ولنا**، أنها مزية لإحدى العلامتين، فيعتبر بها، كالسبق. فإن استويا فهو حينئذ مشكل. فإن مات له من يرثه، فقال الجمهور: يوقف الأمر حتى يبلغ، فيتبين فيه علامات الرجل؛ من نبات اللحية، وخروج المني من ذكره، وكونه مني رجل، أو علامات النساء؛ من الحيض.

والحبل، وتفلك الثديين. نص عليه أحمد، في رواية الميموني. وحكي عن علي، والحسن، أنهما قالا: تعد أضلاعه، فإن أضلاع المرأة أكثر من أضلاع الرجل بضلع.

قال ابن اللبان: ولو صح هذا، لما أشكل حاله، ولما احتيج إلى مراعاة المبال. وقال جابر بن زيد: يوقف إلى جنب حائط، فإن بال عليه فهو رجل، وإن شلشل بين فخذيه فهو امرأة

وليس على هذا تعويل، والصحيح ما ذكرناه، إن شاء الله تعالى وإنه يوقف أمره ما دام صغيرا، فإن احتيج إلى قسم الميراث، أعطي هو ومن معه اليقين، ووقف الباقي إلى حين بلوغه، فتعمل." (١)

"المسألة على أنه ذكر، ثم على أنه أنثى، وتدفع إلى كل وارث أقل النصيبين، ويقف الباقي حتى يبلغ. فإن مات قبل بلوغه، أو بلغ مشكلا، فلم تظهر فيه علامة، ورث نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى نص عليه أحمد، وهذا قول ابن عباس، والشعبي، وابن أبي ليلى، وأهل المدينة، ومكة، والثوري، واللؤلؤي وشريك، والحسن بن صالح، وأبي يوسف، ويحيى بن آدم، وضرار بن صرد، ونعيم بن حماد. وورثه أبو حنيفة بأسوأ حالاته، وأعطى الباقي لسائر الورثة. وأعطاه الشافعي ومن معه اليقين، ووقف الباقي حتى يتبين الأمر، أو يصطلحوا

وبه قال أبو ثور، وداود، وابن جرير. وورثه بعض أهل البصرة على الدعوى فيما بقي بعد اليقين، وبعضهم بالدعوى من أصل المال. وفيه أقوال شاذة سوى هذه. **ولنا**، قول ابن عباس، ولم نعرف له في الصحابة منكرا، ولأن حالتيه تساوتا، فوجبت التسوية بين حكميهما، كما لو تداعى نفسان دارا بأيديهما، ولا بينة لهما

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٦/٦

وليس توريثه بأسوأ أحواله بأولى من توريث من معه بذلك، فتخصيصه بهذا تحكم لا دليل عليه، ولا سبيل إلى الوقف؛ لأنه لا غاية له تنتظر، وفيه تضييع المال مع يقين استحقاقهم له.

[فصل كيفية توريثهم الخنثى المشكل]

(٤٩١١) فصل: واختلف من ورثه نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى في كيفية توريثهم، فذهب أكثرهم إلى أن يجعلوا مرة ذكورا، ومرة إناثا، وتعمل المسألة على هذا مرة، وعلى هذا مرة، ثم تضرب إحداهما في الأخرى إن تباينتا، أو في وفقهما إن اتفقتا، وتجتزئ بإحداهما إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا، فتضربهما في اثنين، ثم تجمع ما لكل واحد منهما إن تماثلتا، وتضرب ما لكل واحد منهما في الأخرى إن تباينتا، أو في وفقهما إن اتفقتا، فتدفعه إليه

ويسمى هذا مذهب المنزلين، وهو اختيار أصحابنا. وذهب الثوري واللؤلؤي، في الولد إذا كان فيهم خنثى، إلى أن يجعل للأنثى سهمين، وللخنثى ثلاثة، وللذكر أربعة؛ وذلك لأننا نجعل للأنثى أقل عدد له نصف، وهو اثنان، وللذكر ضعف ذلك أربعة، وللخنثى نصفهما، وهو ثلاثة فيكون معه نصف ميراث ذكر، ونصف ميراث أنثى. وهذا قول لا بأس به

وهذا القول يوافق الذي قبله في بعض المواضع، ويخالفه في بعضها، وبيان اختلافهما، أننا لو قدرنا ابنا وبنتا وولدا خنثى، لكانت المسألة على هذا القول من تسعة، للخنثى الثلث، وهو ثلاثة، وعلى القول الأول مسألة الذكورية من خمسة، والأنوثية من أربعة، تضرب إحداهما في الأخرى تكن عشرين، ثم في اثنين تكن أربعين، للبنت سهم في خمسة، وسهم في أربعة، يكن لها تسعة، وللذكر ثمانية عشر، وللخنثى سهم في خمسة، وسهمان في أربعة، يكن لها ثلاثة عشر، وهي دون ثلث الأربعين

وقول من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد." (١)

"ليس لهما في قبلهما مخرج، لا ذكر، ولا فرج، أما أحدهما فذكروا أنه ليس في قبله إلا لحمة ناتئة كالربوة، يرشح البول منها رشحا على الدوام، وأرسل إلينا يسألنا عن حكمه في الصلاة، والتحرز من النجاسة في هذه السنة، وهي ستة عشر وستمائة. والثاني، شخص ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين، منه يتغوط، ومنه يبول.

وسألت من أخبرني عنه عن زيه، فأخبرني أنه إنما يلبس لباس النساء، ويخالطهن، ويغزل معهن، ويعد نفسه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٧/٦

امرأة. وحدثت أن في بعض بلاد العجم شخصا ليس له مخرج أصلا، لا قبل، ولا دبر، وإنما يتقايأ ما يأكله وما يشربه، فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى، إلا أنه لا يمكن اعتباره بمباله، فإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل، ينبغي أن يثبت له حكم الخنثى المشكل في ميراثه وأحكامه كلها. والله تعالى أعلم.

[مسألة ابن الملاعنة ترثه أمه وعصبتها]

(٤٩١٥) مسألة؛ قال: (وابن الملاعنة ترثه أمه وعصبتها. فإن خلف أما وخالا فلأمه الثلث، وما بقي فللخال) وجملته، أن الرجل إذا لاعن امرأته، ونفى ولدها، وفرق الحاكم بينهما؛ انتفى ولدها عنه، وانقطع تعصيبه من جهة الملاعن، فلم يرثه هو ولا أحد من عصباته، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم، وينقطع التوارث بين الزوجين، لا نعلم بين أهل العلم في هذه الجملة خلافا

وأما إن مات أحدهم قبل تمام اللعان من الزوجين، ورثه الآخران في قول الجمهور. وقال الشافعي – رضي الله عنه –: إذا أكمل الزوج لعانه لم يتوارثا. وقال مالك: إن مات الزوج بعد لعانه، فإن لاعنت المرأة لم ترث، ولم تحد، وإن لم تلاعن، ورثت، وحدت. وإن ماتت هي بعد لعان الزوج، ورثها في قول جميعهم، إلا الشافعي – رضي الله عنه –. وإن تم اللعان بينهما، فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم بينهما

ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يتوارثان، وهو قول مالك، وزفر، وروي نحو ذلك عن الزهري، وربيعة، والأوزاعي، وداود؛ لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد، فلم يعتبر في حصول الفرقة به التفريق بينهما، كالرضاع. والرواية الثانية، يتوارثان ما لم يفرق الحاكم بينهما. وهو قول أبي حنيفة، وصاحبيه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – فرق بين المتلاعنين، ولو حصل التفريق باللعان لم يحتج إلى تفريقه. وإن فرق الحاكم بينهما قبل تمام اللعان، لم تقع الفرقة، ولم ينقطع التوارث في قول الجمهور

وقال أبو حنيفة وصاحباه: إن فرق بينهما بعد أن تلاعنا ثلاثا، وقعت الفرقة، وانقطع التوارث؛ لأنه وجد منهما معظم اللعان، وإن فرق بينهما قبل ذلك، لم تقع الفرقة، ولم ينقطع التوارث. **ولنا**، أنه تفريق قبل تمام اللعان، فأشبه التفريق قبل الثلاث. وهذا الخلاف في توارث الزوجين. فأما الولد، فالصحيح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم.

لأن انتفاءه." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٤٠

"لا يلحقه النسب بعد موته، إلا أن يكونا توأمين، مات أحدهما، وأكذب نفسه، والآخر باق، فيلحقه نسب الباقي والميت معا، وقد مضى الكلام معه في غير هذا الموضع.

[فصل كان المنفي باللعان توأمين ولهما ابن آخر من الزوج لم ينفه فمات أحد التوأمين]

(٤٩١٩) فصل: ولو كان المنفي باللعان توأمين، ولهما ابن آخر من الزوج لم ينفه، فمات أحد التوأمين، فميراث توأمه منه كميراث الآخر، في قول الجمهور. وقال مالك: يرثه توأمه ميراث أخ لأبوين؛ لأنه أخوه لأبويه، بدليل أن الزوج لو أقر بأحدهما لحقه الآخر. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي - رضي الله عنه - ولنا، أنهما توأمان، لم يثبت لهما أب ينتسبان إليه، فأشبها توأمي الزانية، ولا خلاف في توأمي الزانية، وفارق هذا ما إذا استلحق أحدهما؛ لأنه يثبت باستلحاقه أنه أبوه.

[فصل الأم عصبة ولدها في الميراث]

(٤٩٢٠) فصل: قولهم: إن الأم عصبة ولدها، وإن عصبتها عصبته. إنما هو في الميراث خاصة، كقولنا في الأخوات مع البنات، فعلى هذا لا يعقلون عنه، ولا يثبت لهم ولاية التزويج، ولا غيره. وهذا قول الأكثرين. وروي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال لأولياء المرجومة في ولدها: هذا ابنكم يرثكم ولا ترثونه، وإن جنى فعليكم.

وروي هذا عن عبد الله، وإبراهيم. ولنا، أنهم إنما ينتسبون إليه بقرابة الأم، فلم يعقلوا عنه، ولم يثبت عنهم ولاية التزويج، كما لو علم أبوه، ولا يلزم من التعصيب في الميراث التعصيب في العقل والتزويج، بدليل الأخوات مع البنات. فأما إن أعتق ابن الملاعنة عبدا، ثم مات، ثم مات المولى، وخلف أم مولاه، وأخا مولاه، احتمل أن يثبت لهما الإرث بالولاء؛ لأن التعصيب ثابت. وحكي ذلك عن أبي يوسف

وهل يكون للأم أو للأخ؟ على الروايتين، ويحتمل أن

لا يثبت لهما ميراث؛ لأن النساء لا يرثن من الولاء، إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، فكذلك من يدلي بهن، وما ذكرناه للاحتمال الأول يبطل بالأخوات مع البنات، وبمن عصبهن أخوهن من الإناث.

[فصل ميراث ابن ابن الملاعنة]

فصل: في ميراث ابن ابن الملاعنة إذا خلف أمه وأم أبيه، وهي الملاعنة، فلأمه الثلث، والباقي لها بالرد. وهذا قول علي. وعلى الرواية الأخرى؛ الباقي لأم أبيه؛ لأنها عصبة أبيه. وهذا قول ابن مسعود ويعابا بها

فيقال: جدة ورثت مع أم أكبر منها. وإن خلف جدتيه، فالمال بينهما بالفرض والرد، على قول علي وفي قول ابن مسعود، السدس بينهما فرضا، وباقي المال لأم أبيه. أم أم وخال أب لأم؛ للأم السدس وفي الباقي قولان؛." (١)

"نصف الثمن، وثلثه. وقال قوم: تجمع الحرية فيهن، فيكون فيهن حرية ونصف، لهن بها ثلث وربع للأولى، وللثانية ربعان، وللثالثة نصف سدس، فإن كان معهن رابعة كان لها نصف سدس آخر

ثلاث أخوات متفرقات نصف كل واحدة حر وأم حرة وعم، للتي من قبل الأبوين الربع، وللتي من قبل الأب السدس، وللتي من قبل الأم نصف السدس، وللأم الثلث؛ لأنها لا تحجب إلا باثنين من الإخوة والأخوات، ولم تكمل الحرية في اثنتين، وللعم ما بقي. وهكذا لو كانت أخت حرة وأخرى نصفها حر وأم حرة، فللأم الثلث؛ لما ذكرناه

وقال الخبري: للأم الربع، وحجبها بالجزء، كما تحجب بنصف البنت، والفرق بينهما أن الحجب بالولد غير مقدر، بل هو مطلق في الولد والجزء من الولد، وفي الإخوة مقدر باثنين، فلا يثبت بأقل منهما، ولذلك لم تحجب بالواحد عن شيء أصلا. وهذا قول ابن اللبان. وحكى القول الأول عن الشعبي، وقال: هذا غلط. وفي الباب اختلاف كثير، وفروع قل ما تتفق، وقل ما تجيء مسألة إلا ويمكن عملها بقياس ما ذكرناه.

[مسألة مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بأخ]

(٤٩٣٠) مسألة؛ قال: (وإذا مات، وخلف ابنين، فأقر أحدهما بأخ، فله ثلث ما في يده، وإن أقر بأخت، فلها خمس ما في يده) قد ذكرنا في باب الإقرار من يثبت النسب بقوله، ومن لا يثبت، ونذكر هاهنا ما يستحق المقر به من الميراث، إذا لم يثبت نسبه، فنقول، إذا أقر بعض الورثة لمشارك في الميراث، فلم يثبت نسبه، لزم المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه

وهذا قول مالك، والأوزاعي، والثوري، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، وشريك، ويحيى بن آدم، ووكيع، وإسحاق، وأبي عبيد، وأبي ثور، وأهل البصرة. وقال النخعي، وحماد، وأبو حنيفة، وأصحابه: يقاسمه ما في يده؛ لأنه يقول: أنا وأنت سواء في ميراث أبينا، وكأن ما أخذه المنكر تلف، أو أخذته يد عادية، فيستوي فيما بقي

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٤٤

وقال الشافعي، - رضي اللہ عنه - وداود: لا يلزمه في الظاهر دفع شيء إليه، وهل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى؟ على قولين: أصحهما لا يلزمه؛ لأنه لا يرث من لا يثبت نسبه. وعلى قول الذي يلزمه دفع شيء إليه، ففي قدره وجهان، كالمذهبين المتقدمين. **ولنا**، على الشافعي، أنه أقر بحق لمدعيه، يمكن صدقه فيه، ويد المقر عليه، وهو متمكن من دفعه إليه، فيلزمه ذلك، كما لو أقر بمعين، ولأنه إذا علم أن هذا أخوه، وله ثلث التركة.

ويتعين استحقاقه لها، وفي يده بعضه وصاحبه يطلبه، لزمه دفعه إليه، وحرم عليه منعه منه، كما في سائر المواضع،." (١)

"وعدم ثبوت نسبه في الظاهر، لا يمنع وجوب دفعه إليه، كما لو غصبه شيئا، ولم تقم البينة بغصبه. **ولنا** على أبي حنيفة، أنه أقر له بالفاضل عن ميراثه، فلم يلزمه أكثر مما أقر به، كما لو أقر له بشيء معين، ولأنه حق يتعلق بمحل مشترك بإقرار أحد الشريكين، فلم يلزمه أكثر من قسطه، كما لو أقر أحد الشريكين على العبد بجناية، فعلى هذا، إذا خلف ابنين، فأقر أحدهما بأخ، فللمقر له ثلث ما في يد المقر، وهو سدس المال.

لأنه يقول: نحن ثلاثة، لكل واحد منا الثلث، وفي يدي النصف، ففضل في يدي لك السدس، فيدفعه إليه، وهو ثلث ما في يده. وفي قول أبي حنيفة يدفع إليه نصف ما في يده، وهو الربع، وإن أقر بأخت دفع إليها خمس ما في يده؛ لأنه يقول: نحن أخوان وأخت، فلك الخمس من جميع المال، وهو خمس ما في يدي، وخمس ما في يد أخي. فيدفع إليها خمس ما في يده، وفي قولهم يدفع إليها ثلث ما في يده.

[فصل أقر جميع الورثة بوارث أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه]

(٤٩٣١) فصل: وإن أقر جميع الورثة بوارث، أو أقر به الميت ليثبت نسبه منه، ثبت نسبه، سواء كان الورثة واحدا، أو جماعة. وبهذا قال النخعي، والشافعي. وقال أبو حنيفة، ومالك، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح: لا يثبت نسبه. والمشهور عن أبي يوسف، أنه لا يثبت النسب إلا بإقرار ابنين ذكرين كانا أو أنثيين، عدلين أو غير عدلين. ونحوه عن مالك

وروى ابن اللبان، قال أشعث بن سوار، عن رجل من أهل المدينة، قال: جاء رجل وأخته إلى عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - ومعهما صبي، فقالا: هذا أخونا. فقال عمر: لا ألحق بأبيكما من لم يقر به.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٥٤

ولنا، أن عبد الله بن زمعة ادعى نسب ولد وليدة أبيه، وقال: هذا أخي، ولد على فراش أبي. فقبل النبي – صلى الله عليه وسلم – قوله، وأثبت النسب به

ولأن الوارث يقوم مقام موروثه، بدليل أنه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين، وغيره، كذا النسب، ولأن الوارث يخلف الموروث في حقوقه، وهذا منها. ولا خلاف بينهم في وجوب دفع ميراثه إليه، إلا أن يكون المقر به يسقط المقر، كأخ يقر بابن، أو ابن ابن، أو أخ من أب يقر بأخ من أبوين، فإن الشافعي في ظاهر مذهبه أثبت النسب، ولم يورثه؛ لئلا يكون إقرارا من غير وارث، فثبوت ميراثه يفضي إلى سقوط نسبه وميراثه

ولنا، أنه إقرار من كل الورثة، يثبت به النسب بمن يرث، لو ثبت نسبه بغير إقراره، فيجب أن يرث، كما لو لم يسقطه، ولأنه ابن ثابت النسب، لم يمنع إرثه مانع متفق عليه، أشبه ما لو ثبت ببينة، والاعتبار بكونه وارثا حالة الإقرار، أو بكونه وارثا لولا الإقرار، بدليل أنه لو اعتبر الحال الثاني، لم." (١)

"يثبت النسب، إذا أقر بمشارك في الميراث؛ لأنه يكون إقرارا من بعض الورثة، فإن قالوا: إنما ثبت؛ لأن المقر به أيضا مقر بنفسه مدع لنسبه. قلنا: هاهنا مثله، فاستويا.

[فصل خلف ابنا واحدا فأقر بأخ من أبيه]

(٤٩٣٢) فصل: إذا خلف ابنا واحدا، فأقر بأخ من أبيه، دفع إليه نصف ما في يده. في قول الجميع. فإن أقر بعد بآخر، فاتفقا عليه، دفعا إليه ثلث ما في أيديهما. في قول الجميع. فإن أنكر المقر به ثانيا المقر به الأول، لم يثبت نسبه. قال القاضي: هذا مثل للعامة، تقول: أدخلني أخرجك.

وليس له أن يأخذ أكثر من ثلث ما في أيديهما؛ لأنه لم يقر له بأكثر منه. وقال الشافعي: – رضي الله عنه – يلزم المقر أن يغرم له نصف التركة؛ لأنه أتلفه عليه بإقراره الأول ويحتمل أن لا يبطل نسب الأول؛ لأنه ثبت بقول من هو كل الورثة حال الإقرار. فإن لم يصدق الأول بالثاني، لم يثبت نسبه، ويدفع إليه المقر ثلث ما بقي في يده؛ لأنه الفضل الذي في يده. ويحتمل أن يلزمه دفع ثلث جميع المال؛ لأنه فوته عليه بدفع النصف إلى الأول، وهو يقر أنه لا يستحق إلا الثلث

وسواء دفعه إليه بحكم الحاكم، أو بغير حكمه؛ لأن إقراره علة حكم الحاكم. وسواء علم بالحال عند إقراره الأول، أو لم يعلم، لأن العمد والخطأ واحد في ضمان ما يتلف. وحكى نحو هذا عن شريك، ويحتمل أنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٥٥

إن علم بالثاني حين أقر بالأول، وعلم أنه إذا أقر به بعد الأول لا يقبل، ضمن؛ لتفويته حق غيره بتفريطه، وإن لم يعلم، لم يضمن؛ لأنه يجب عليه الإقرار بالأول إذا علمه، ولا يحوجه إلى حاكم، ومن فعل الواجب فقد أحسن، وليس بخائن، فلا يضمن. وقيل: هذا قياس قول الشافعي

وقال أبو حنيفة: إن كان الدفع بحكم حاكم، دفع إلى الثاني نصف ما بقي في يده؛ لأن حكم الحاكم كالأخذ منه كرها، وإن دفعه بغير حاكم، دفع إلى الثاني ثلث جميع المال؛ لأنه دفع إلى الأول ما ليس له تبرعا. **ولنا** على الأول، أنه أقر بما يجب عليه الإقرار به، فلم يضمن ما تلف به كما لو قطع الإمام يد السارق، فسرى إلى نفسه. وإن أقر بعدهما بثالث، فصدقاه، ثبت نسبه، وأخذ ربع ما في يد كل واحد منهم، إذا كان مع كل واحد ثلث المال، وإن كذباه، لم يثبت نسبه

وأخذ ربع ما في يد المقر به، وفي ضمانه له ما زاد التفصيل في التي قبلها. وعلى مثل ق**ولنا** قال ابن أبي ليلى، وأهل المدينة، وبعض أهل البصرة.

[فصل معرفة الفضل في الميراث]

(٤٩٣٣) فصل: ومتى أردت معرفة الفضل، فاضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار، ثم تضرب ما للمقر من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار، إذا كانتا متباينتين، وتضرب ما للمنكر في مسألة الإنكار في مسألة." (١)

"الإمام أحمد بإسناده،

ولأن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل؛ لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه، ليأخذ ماله، كما فعل الإسرائيلي الذي قتل عمه، فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة. وقيل: ما ورث قاتل بعد عاميل، وهو اسم القتيل. فأما القتل خطأ، فذهب كثير من أهل العلم إلى أنه لا يرث أيضا. نص عليه أحمد

ويروى ذلك عن عمر، وعلي، وزيد، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عباس، وروي نحوه عن أبي بكر - رضي الله عنه -. وبه قال شريح، وعروة، وطاوس وجابر بن زيد، والنخعي، والشعبي، والثوري، وشريك، والحسن بن صالح، ووكيع، والشافعي ويحيى بن آدم، وأصحاب الرأي. وورثه قوم من المال دون الدية

وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، وعمرو بن شعيب، وعطاء، والحسن، ومجاهد، والزهري، ومكحول، والأوزاعي، وابن أبي ذئب، وأبي ثور، وابن المنذر، وداود. وروي نحوه عن علي؛ لأن ميراثه ثابت بالكتاب

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٥٦

والسنة، تخصص قاتل العمد بالإجماع، فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه. **ولنا**؛ الأحاديث المذكورة، ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها، كقاتل العمد، والمخالف في الدين، والعمومات مخصصة بما ذكرناه.

[فصل القتل المانع من الإرث]

(٤٩٤٤) فصل: والقتل المانع من الإرث هو القتل بغير حق، وهو المضمون بقود، أو دية، أو كفارة كالعمد، وشبه العمد، والخطأ، وما جرى مجرى الخطأ؛ كالقتل بالسبب، وقتل الصبي، والمجنون، والنائم، وما ليس بمضمون بشيء مما ذكرنا لم يمنع الميراث؛ كالقتل قصاصا أو حدا، أو دفعا عن نفسه، وقتل العادل الباغي، أو من قصد مصلحة موليه بما له فعله؛ من سقي دواء، أو ربط جراح، فمات

ومن أمره إنسان عاقل كبير ببط خراجه، أو قطع سلعة منه، فتلف بذلك، ورثه في ظاهر المذهب. قال أحمد: إذا قتل العادل الباغي في الحرب يرثه. ونقل محمد بن الحكم عن أحمد، في أربعة شهدوا على أختهم بالزنا، فرجمت، فرجموا مع الناس: يرثونها هم غير قتلة. وعن أحمد، رواية أخرى، تدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال، فإنه قال، في رواية ابنيه صالح، وعبد الله: لا يرث العادل." [١]

"الباغي، ولا يرث الباغي العادل

وهذا يدل على أن القتل يمنع الميراث بكل حال. وهذا ظاهر مذهب الشافعي، أخذا بظاهر لفظ الحديث، ولأنه قاتل، فأشبه الصبي، والمجنون والنائم، والساقط على إنسان من غير اختيار منه، وسائق الدابة، وقائدها، وراكبها، إذا قتلت بيدها، أو فيها، فإنه يرثه؛ لأنه قتل غير متهم فيه، ولا مأثم فيه، فأشبه القتل في الحد. **ولنا**، على أبي حنيفة وأصحابه عموم الأخبار، خصصنا منها القتل الذي لا يضمن، ففيما عداه يبقى على مقتضاها، ولأنه قتل مضمون فيمنع الميراث كالخطأ

ولنا، على الشافعي، أنه فعل مأذون فيه، فلم يمنع الميراث، كما لو أطعمه أو سقاه باختياره، فأفضى إلى تلفه، ولأنه حرم الميراث في محل الوفاق، كي لا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم، وزجرا عن إعدام النفس المعصومة، وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود الواجبة، واستيفاء الحقوق المشروعة، ولا يفضي إلى إيجاد قتل محرم، فهو ضد ما ثبت في الأصل ولا يصح القياس على قتل الصبي، والمجنون؛ لأنه قتل محرم، وتفويت نفس معصومة، والتوريث يفضي إليه، بخلاف مسألتنا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٦٥

إذا ثبت هذا، فالمشارك في القتل في الميراث كالمنفرد به؛ لأنه يلزمه من الضمان بحسبه، فلو شهد على موروثه مع جماعة ظلما فقتل، لم يرثه، وإن شهد بحق، ورثه؛ لأنه غير مضمون.

[فصل أربعة إخوة قتل أكبرهم الثاني ثم قتل الثالث الأصغر]

(٤٩٤٥) فصل: أربعة إخوة قتل أكبرهم الثاني، ثم قتل الثالث الأصغر، سقط القصاص عن الأكبر؛ لأن ميراث الثاني صار للثالث والأصغر نصفين، فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه، وورثه الأكبر، فرجع إليه نصف دم نفسه، وميراث الأصغر جميعه، فسقط عنه القصاص، لميراثه بعض دم نفسه، وله القصاص على الأصغر، ويرثه في ظاهر المذهب، فإن اقتص منه ورثه، ويرث إخوته الثلاثة

ولو أن ابنين قتل أحدهما أحد أبويهما، وهما زوجان، ثم قتل الآخر أب ا ه الآخر، سقط القصاص عن القاتل الأول، ووجب على القاتل الثاني؛ لأن الأول لما قتل أباه، ورث ماله ودمه أخوه وأمه، فلما قتل الثاني أمه، ورثها قاتل الأب، فصار له من دم نفسه ثمنه، فسقط القصاص عنه لذلك، وله القصاص على الآخر، فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب. وإن جرح أحدهما أباه، والآخر أمه، وماتا في حال واحدة، ولا وارث لهما سواهما، فلكل واحد منهما مال الذي لم يقتله، ولكل واحد منهما القصاص على صاحبه

وكذلك لو قتل كل واحد منهما أحد الأبوين، ولم يكونا زوجين، فلكل واحد منهما القصاص على أخيه، إلا أنه لا يمكن أحدهما الاستيفاء إلا بإبطال حق الآخر فيسقطان. وإن عفا أحدهما عن الآخر، فللآخر قتل العافي، ويرثه." (١)

"في الظاهر. وإن بادر أحدهما فقتل أخاه، سقط القصاص عنه، وورثه في الظاهر عنه، ويحتمل ألا يرثه، ويجب القصاص عليه بقتله؛ لأن القصاصين لما تساويا، وتعذر الجمع بين استيفائهما، سقطا، فلم يبق لهما حكم، فيكون المستوفي منها معتديا باستيفائه، فلا يرث أخاه، ويجب القصاص عليه بقتله

وإن أشكل كيفية موت الأبوين، وادعى كل واحد منهما أن قتيله أولهما موتا، خرج في توريثهما، ما ذكرناه في الغرقى، من توريث كل واحد من الميتين من الآخر، ثم يرث كل واحد منهما بعض دم نفسه، فيسقط القصاص عنهما. ومن لا يرى ذلك، فالجواب فيها كالتي قبلها. ويحتمل أن يسقط القصاص بكل حال؛ للشبهة، وأن يكون لكل واحد دية الأخر وماله.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٦٦

[مسألة لا يرث مسلم كافرا ولا كافر مسلما]

(٤٩٤٦) مسألة؛ قال: (ولا يرث مسلم كافرا، ولا كافر مسلما، إلا أن يكون معتقا، فيأخذ ماله بالولاء) أجمع أهل العلم على أن الكافر لا يرث المسلم. وقال جمهور الصحابة والفقهاء: لا يرث المسلم الكافر. يروى هذا عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعلي، وأسامة بن زيد، وجابر بن عبد الله - رضي الله عنهم -. وبه قال عمرو بن عثمان، وعروة، والزهري، وعطاء، وطاوس، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وعمرو بن دينار، والثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه، ومالك، والشافعي، وعامة، الفقهاء. وعليه العمل. وروي عن عمر، ومعاذ، ومعاوية - رضي الله عنهم -، أنهم ورثوا المسلم من الكافر، ولم يورثوا الكافر من المسلم. وحكي ذلك عن محمد بن الحنفية، وعلي بن الحسين، وسعيد بن المسيب، ومسروق، وعبد الله بن معقل، والشعبي، والنخعي، ويحيى بن يعمر، وإسحاق. وليس بموثوق به عنهم. فإن أحمد قال: ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر. وروي أن يحيى بن يعمر احتج لقوله، فقال: حدثني أبو الأسود، أن معاذا حدثه، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «الإسلام يزيد ولا ينقص» ولأننا ننكح نساءهم، ولا ينكحون نساءنا، فكذلك نرثهم، ولا يرثوننا. **ولنا**؛ ما روى أسامة بن زيد، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا يرث الكافر المسلم، ولا المسلم الكافر» . متفق عليه. وروى أبو داود بإسناده: عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا يتوارث أهل ملتين شتى» . ولأن الولاية منقطعة بين المسلم والكافر، فلم يرثه، كما لا يرث الكافر المسلم. فأما حديثهم فيحتمل أنه أراد أن الإسلام يزيد بمن يسلم، وبما يفتح من البلاد لأهل الإسلام، ولا ينقص بمن يرتد، لقلة من يرتد، وكثرة من يسلم، وعلى أن حديثهم مجمل، وحديثنا مفسر، وحديثهم لم يتفق على صحته، وحديثنا متفق عليه، فتعين تقديمه. والصحيح عن عمر، أنه قال: لا نرث أهل الملل، ولا يرثوننا. وقال في عمة الأشعث:." (١)

"[مسألة المرتد لا يرث أحدا]

(٤٩٤٩) مسألة؛ قال: (والمرتد لا يرث أحدا، إلا أن يرجع قبل قسمة الميراث) لا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن المرتد لا يرث أحدا. وهذا قول، مالك والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم؛ وذلك لأنه لا يرث مسلما، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يرث كافر مسلما» . ولا يرث كافرا؛ لأنه يخالفه في حكم الدين؛ لأنه لا يقر على كفره، فلم يثبت له حكم أهل الدين الذي انتقل إليه، ولهذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٧/٦

لا تحل ذبيحتهم، ولا نكاح نسائهم، وإن انتقلوا إلى دين أهل الكتاب. ولأن المرتد تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها، فلأن لا يثبت له ملك أولى. ولو ارتد متوارثان، فمات أحدهما، لم يرثه الآخر، فإن المرتد لا يرث. ولا يورث. وإن رجع المرتد إلى الإسلام قبل قسم الميراث، قسم له، على ما سنذكره في المسألة التي بعدها، إن شاء الله تعالى.

[فصل مال الزنديق في بيت المال]

(٤٩٥٠) فصل: والزنديق كالمرتد فيما ذكرنا. والزنديق هو الذي يظهر الإسلام ويستتر بالكفر، وهو المنافق، كان يسمى في عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - منافقا، ويسمى اليوم زنديقا. قال أحمد: مال الزنديق في بيت المال.

[فصل حكم الميراث ارتد أحد الزوجين قبل الدخول]

(٤٩٥١) فصل: إذا ارتد أحد الزوجين قبل الدخول، انفسخ النكاح في الحال، ولم يرث أحدهما الآخر، وإن كانت ردته بعد الدخول، ففيه روايتان؛ إحداهما، يتعجل الفرقة. والأخرى يقف على انقضاء العدة وأيهما مات لم يرثه الآخر. وحكم ردتهما جميعا كحكم ردة أحدهما، في فسخ النكاح، وامتناع الميراث. وقال أهل العراق: إذا ارتد الزوجان معا، فهما على النكاح؛ لأن دينهما لم يختلف، فأشبها الكافرين الأصليين، إلا أنهما لا يتوارثان في دار الإسلام؛ لأن المرتد لا يرث المرتد ما داما في دار الإسلام، فإن لحقا بدار الحرب توارثا؛ لأن حكمهما صار كحكم أهل دار الحرب. ولنا، أنهما لا يتوارثان في دار الحرب كالمسلم مع الكافر.

[مسألة أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم]

(٤٩٥٢) مسألة؛ قال: (وكذلك من أسلم على ميراث قبل أن يقسم، قسم له) اختلفت الرواية في من أسلم قبل قسم ميراث موروثه المسلم؛ فنقل الأثرم، ومحمد بن الحكم، أنه يرث. وروي نحو هذا عن عمر، وعثمان، والحسن بن علي، وابن مسعود. وبه قال جابر بن زيد، والحسن، ومكحول، وقتادة، وحميد، وإياس بن معاوية، وإسحاق، فعلى هذا إن أسلم قبل قسم بعض المال ورث مما بقي. وبه قال الحسن. ونقل أبو طالب، في من أسلم بعد الموت: لا يرث، قد وجبت المواريث لأهلها. وهذا المشهور عن علي

- رضي الله عنه -. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، والزهري، وسليمان بن يسار، والنخعي، والحكم، وأبو الزناد، وأبو حنيفة، ومالك، والشافعي - رضي الله عنهم -. وعامة." [1]

"الفقهاء؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يرث الكافر المسلم» . ولأن الملك قد انتقل بالموت إلى المسلمين، فلم يشاركهم من أسلم، كما لو اقتسموا، ولأن المانع من الإرث متحقق حال وجود الموت، فلم يرث، كما لو كان رقيقا فأعتق، أو كما لو بقي على كفره. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أسلم على شيء فهو له» . رواه سعيد من طريقين عن عروة، وابن أبي مليكة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وروى أبو داود، بإسناده: عن ابن عباس، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم، وكل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام.» وروى ابن عبد البر، بإسناده في " التمهيد "، عن زيد بن قتادة العنبري، أن إنسانا من أهله مات على غير دين الإسلام، فورثته أختي دوني، وكانت على دينه، ثم إن جدي أسلم، وشهد مع النبي - صلى الله عليه وسلم - حنينا، فتوفي، فلبثت، سنة، وكان ترك ميراثا، ثم إن أختي أسلمت، فخاصمتني في الميراث إلى عثمان - رضي الله عنه - فحدثه عبد الله بن أرقم، أن عمر قضى أنه من أسلم على ميراث قبل أن يقسم، فله نصيبه، فقضى به عثمان، فذهبت بذاك الأول، وشاركتني في هذا. وهذه قضية انتشرت فلم تنكر فكانت إجماعا، ولأنه لو تجدد له صيد بعد موته وقع في شبكته التي نصبها في حياته، لثبت له الملك فيه، ولو وقع إنسان في بئر حفرها، لتعلق ضمانه بتركته بعد موته، فجاز أن يتجدد حق من أسلم من ورثته بتركته، ترغيبا في الإسلام، وحثا عليه، فأما إذا قسمت التركة، وتعين حق كل وارث، ثم أسلم، فلا شيء له، وإن كان الوارث واحدا، فإذا تصرف في التركة واحتازها، كان بمنزلة قسمتها.

[فصل كان رقيقا حين موت موروثه فأعتق قبل القسمة]

(٤٩٥٣) فصل: ومن كان رقيقا حين موت موروثه، فأعتق قبل القسمة، لم يرث. نص عليه أحمد - رضي الله عنه - في رواية محمد بن الحكم، وفرق بين الإسلام والعتق، وعلى هذا جمهور الفقهاء من الصحابة، ومن بعدهم. وروي عن ابن مسعود أنه سئل عن رجل مات، وترك أباه عبدا، فأعتق قبل أن يقسم ميراثه، فقال: له ميراثه. وحكي عن مكحول، وقتادة، أنهما ورثا من أعتق قبل القسمة؛ لأن المانع من الميراث زال

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٧٠

قبل القسمة فأشبه ما لو أسلم، قال أبو الحسن التميمي: يخرج على قول من ورث المسلم، أن يورث العبد إذا." (١)

"ورثموه للمسلمين. قلنا: لا يأخذونه ميراثا، بل يأخذونه فيئا، كما يؤخذ مال الذمي إذا لم يخلف وارثا، وكالعشور.

[فصل الزنديق لا يرث ولا يورث]

(٤٩٥٥) فصل: والزنديق، كالمرتد؛ لا يرث ولا يورث. وقال مالك في الزنديق الذي يتهم بذمي ورثته عند موته: ماله لورثته من المسلمين، مثل من يرتد إذا حضره الموت. قال: وترثه زوجته، سواء انقضت عدتها، أو لم تنقض، كالتي يطلقها زوجها في مرض موته؛ ليحرمها الميراث؛ لأنه فار من ميراث من انعقد سبب ميراثه، فورثه، كالمطلقة في مرض الموت. **ولنا**؛ قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يرث المسلم الكافر.» وقياس المذهب أن أحد الزوجين إذا ارتد في مرض موته، يرثه الآخر؛ لأنه فعل ما يفسخ النكاح في مرض موته، فأشبه الطلاق، وفعل المرأة ما يفسخ نكاحها، ويخرج في ميراث سائر الورثة مثل الزوجين، فيكون مثل مذهب مالك. وقال أبو يوسف: إذا ارتدت المريضة، فماتت في عدتها، أو لحقت بدار الحرب، ورثها زوجها. وروى اللؤلؤي، عن أبي حنيفة: إذا ارتد الرجل، فقتل على ردته، أو لحق بدار الحرب، بانت منه امرأته، فإن كانت مدخولا بها، ورثته، إذا كان ذلك قبل انقضاء عدتها، وإن كانت غير مدخول بها، بانت ولم ترثه. وإن ارتدت المرأة من غير مرض، فماتت، لم يرثها زوجها؛ لأنها عندهم لا تقتل، فلم تكن فارة من ميراثه، بخلاف الرجل.

[فصل ميراث الزوجين إذا ارتداد معا]

(٤٩٥٦) فصل: وارتداد الزوجين معا، كارتداد أحدهما؛ في فسخ نكاحهما، وعدم ميراث أحدهما من الآخر، سواء لحقا بدار الحرب، أو أقاما بدار الإسلام. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا ما ارتدا معا، لم ينفسخ النكاح، ولم يتوارثا؛ لأن المرتد لا يرث المرتد ما داما في دار الإسلام، فإن لحقا بدار الحرب توارثا. **ولنا**؛ أنهما مرتدان، فلم يتوارثا، كما لو كانا في دار الإسلام

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧١/٦

ولو ارتدا جميعا، ولهما أولاد صغار، لم يتبعوهم في ردتهم، ولم يرثوا منهم شيئا، ولم يجز استرقاقهم، سواء لحقوهم بدار الحرب، أو لم يلحقوهم.." (١)

"تزوج امرأة في عدتها، توارثا، في ظاهر مذهب أحمد – رضي الله عنه – فإنه قال: إذا أسلما، وقد نكحها في العدة أقرا عليه. وهذا قول أبي حنيفة. وقال القاضي: إن أسلما بعد انقضاء العدة، أقرا، وإن أسلما قبل لم يقرا

فعلى هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة، لم يتوارثا، وإن مات بعده، توارثا. وهذا قول الشافعي – رضي الله عنه –. وتأول القاضي رواية أحمد، على من أسلم بعد انقضاء العدة. وإن تزوجها وهي حبلى من زوج، أو زنا، فالحكم فيه كالتي قبلها سواء؛ لأن الزنى موجب للعدة. وبهذا قال الشافعي – رضي الله عنه – في الحامل من زوج. وقال أبو حنيفة، وأصحابه، في الحامل من زوج: لا يتوارثان. وقال أبو حنيفة، والشافعي، في الحامل من الزنا: يتوارثان

وقال أبو يوسف، وزفر، واللؤلؤي: لا يتوارثان. وأصل الخلاف في الميراث الاختلاف فيما يقران عليه إذا أسلما، أو تحاكما إلينا، ونذكر ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى.

[فصل ميراث القرابة]

(٤٩٦٠) فصل: فأما القرابة فيرثون بجميعها، إذا أمكن ذلك. نص عليه أحمد. وهو قول عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وزيد في الصحيح عنه. وبه قال النخعي، والثوري، وقتادة، وابن أبي ليلى، وأبو حنيفة، وأصحابه، ويحيى بن آدم، وإسحاق، وداود، والشافعي – رضي الله عنهم –، في أحد قوليه. واختاره ابن اللبان.

وعن زيد، أنه ورثه بأقوى القرابتين، وهي التي لا تسقط بحال. وبه قال الحسن، والزهري، والأوزاعي، ومالك، والليث، وحماد، وهو الصحيح عن الشافعي. وعن عمر بن عبد العزيز، ومكحول، والشعبي، القولان جميعا، واحتجوا بأنهما قرابتان، لا يورث بهما في الإسلام، فلا يورث بهما في غيره، كما لو أسقطت إحداهما الأخرى. **ولنا**، أن الله تعالى فرض للأم الثلث، وللأخت النصف، فإذا كانت الأم أختا، وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين، كالشخصين.

ولأنهما قرابتان، ترث بكل واحدة منهما منفردة، لا تحجب إحداهما الأخرى، ولا ترجح بها، فترث بهما،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٧٣

مجتمعين، كزوج هو ابن عم، أو ابن عم هو أخ من أم، وكذوي الأرحام المدلين بقرابتين. وقياسهم فاسد؛ لأن القرابتين في الأصل تسقط إحداهما الأخرى إذا كانتا في شخصين، فكذلك إذا كانتا في شخص. وقولهم: لا يورث بهما في الإسلام. ممنوع، فإنه إذا وجد ذلك من وطء شبهة في الإسلام ورث بهما، ثم إن امتناع الإرث بهما في الإسلام لعدم وجودهما، ولو تصور وجودهما لورث بهما، بدليل أنه قد ورث بنظيرهما في ابن عم هو زوج، أو أخ من أم

قال ابن اللبان: واعتبارهم عندي فاسد، من قبل أن الجدة تكون أختا لأب، فإن ورثوها بكونها جدة، لكون الابن يسقط الأخت دونها، لزمهم توريثها، بكونها أختا، لكون الأم تسقط الجدة دونها.." (١)

"وهؤلاء أولاد، وإخوة، وعدم إرثهم لا يمنع حجبهم، كالإخوة مع الأبوين يحجبون الأم، ولا يرثون

ولنا، أنه ولد لا يحجب الإخوة من الأم، ولا يحجب ولده، ولا الأب إلى السدس، فلم يحجب غيرهم، كالميت، ولأنه لا يؤثر في حجب غير الأم والزوجين، فلم يؤثر في حجبهم، كالميت، والآية أريد بها ولد من أهل الميراث، بدليل أنه لما قال ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١] أراد به الوارث، ولم يدخل هذا فيهم، ولما قال ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت﴾ [النساء: ١٧٦] . لم يدخل هذا فيهم. وأما الإخوة مع الأب، فهم من أهل الميراث، بدليل أنه لولا الأب لورثوا، وإنما قدم عليهم غيرهم، ومنعوا مع أهليتهم؛ لأن غيرهم أولى منهم، فامتناع إرثهم لمانع، لا لانتفاء المقتضي.

[فصل من لا يرث لحجب غيره له فإنه يحجب وإن لم يرث]

(٤٩٦٦) فصل: فأما من لا يرث لحجب غيره له، فإنه يحجب، وإن لم يرث، كالإخوة يحجبون الأم، وهم محجوبون بالأب؛ لأن عدم إرثهم لم يكن لمعنى فيهم، ولا لانتفاء أهليتهم، بل لتقديم غيرهم عليهم، والمعنى الذي حجبوا به في حال إرثهم موجود، مع حجبهم عن الميراث، بخلاف مسألتنا. فعلى هذا، إذا اجتمع أبوان وأخوان أو أختان؛ فللأم السدس، والباقي للأب، ويحجب الأخوان الأم عن السدس، ولا يرثون شيئا

ولو مات رجل، وخلف أباه وأم أبيه وأم أم أمه، لحجب الأب أمه عن الميراث، وحجبت أمه أم أم الأم، على قول من يحجب الجدة بابنها، والبعدى من الجدات بمن هي أقرب منها، ويكون المال جميعه للأب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٧٥

[فصل ميراث الحمل]

(٤٩٦٧) فصل: في ميراث الحمل: إذا مات الإنسان عن حمل يرثه، وقف الأمر حتى يتبين، فإن طالب الورثة بالقسمة، لم يعطوا كل المال، بغير خلاف، إلا ما حكي عن داود، والصحيح عنه مثل قول الجماعة، ولكن يدفع إلى من لا ينقصه الحمل كمال ميراثه، وإلى من ينقصه أقل ما يصيبه، ولا يدفع إلى من يسقطه شيء، فأما من يشاركه، فأكثر أهل العلم قالوا: يوقف للحمل شيء، ويدفع إلى شركائه الباقي. وبهذا قال أبو حنيفة، وأصحابه والليث، وشريك ويحيى بن آدم وهو رواية الربيع عن الشافعي

والمشهور عنه أنه لا يدفع إلى شركائه شيء؛ لأن الحمل لا حد له ولا نعلم كم يترك له. وقد حكى الماوردي، قال: أخبرني رجل من أهل اليمن، ورد طالبا للعلم، وكان من أهل الدين والفضل، أن امرأة ولدت باليمن شيئا كالكرش، فظن أن لا ولد فيه، فألقي على قارعة الطريق، فلما." (١)

"جابر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مثله. واختلفوا فيما سوى الاستهلال، فقالت طائفة: لا يرث حتى يستهل، ولا يقوم غيره مقامه، ثم اختلفوا في الاستهلال ما هو؟ فقالت طائفة: لا يرث حتى يستهل صارخا

فالمشهور عن أحمد - رضي الله عنه - أنه لا يرث حتى يستهل. وروي ذلك عن ابن عباس، والحسن بن علي، وأبي هريرة، وجابر، وسعيد بن المسيب، وعطاء، وشريح، والحسن، وابن سيرين، والنخعي، والشعبي، وربيعة، ويحيى بن سعيد، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، ومالك، وأبي عبيد، وإسحاق؛ لأن مفهوم قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا استهل المولود ورث»

أنه لا يرث بغير الاستهلال، وفي لفظ ذكره ابن سراقة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال في الصبي المنفوس: «إذا وقع صارخا فاستهل ورث، وتمت ديته، وسمي، وصلي عليه، وإن وقع حيا ولم يستهل صارخا، لم تتم ديته، وفيه غرة؛ عبد، أو أمة، على العاقلة» . ولأن الا ستهلال لا يكون إلا من حي، والحركة تكون من غير حي، فإن اللحم يختلج سيما إذا خرج من مكان ضيق، فتضامت أجزاؤه، ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك من غير حياة فيه، ثم إن كانت فيه حياة، فلا نعلم كونها مستقرة.

لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح، فإن الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة، وهي في حكم الميت، واختلف في الاستهلال ما هو؟ فقيل: هو الصراخ خاصة. وهذا قول من ذكرنا في هذه المسألة. ورواه أبو طالب، عن أحمد، فقال: لا يرث إلا من استهل صارخا. وإنما سمي الصراخ من الصبي الاستهلال تجوزا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٢/٦

والأصل فيه أن الناس إذا رأوا الهلال صاحوا عند رؤيته، واجتمعوا، وأراه بعضهم بعضا، فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالا، ثم سمي الصوت من الصبي المولود استهلالا؛ لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له، ويفرح به

وروى يوسف بن موسى، عن أحمد، أنه قال: يرث السقط ويورث، إذا استهل. فقيل له: ما استهلاله؟ قال: إذا صاح أو عطس أو بكى. فعلى هذا كل صوت يوجد منه، تعلم به حياته، فهو استهلال. وهذا قول الزهري، والقاسم بن محمد؛ لأنه صوت علمت به حياته، فأشبه الصراخ. وعن أحمد رواية ثالثة، إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره، ورث، وثبت له أحكام المستهل، لأنه حي فتثبت له أحكام الحياة، كالمستهل. وبهذا قال الثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابه، وداود

وإن خرج بعضه حيا فاستهل، ثم انفصل باقيه ميتا، لم يرث. وبهذا قال الشافعي – رضي الله عنه –. وقال أبو حنيفة، وأصحابه: إذا خرج أكثره فاستهل ثم مات، ورث؛ لقوله – عليه السلام –: «إذا استهل المولود ورث» . ولنا، أنه لم يخرج جميعه، فأشبه ما لو مات قبل خروج أكثره.." (١)

"[فصل ميراث المفقود]

(٤٩٧٣) فصل: في ميراث المفقود، وهو نوعان؛ أحدهما، الغالب من حاله الهلاك، وهو من يفقد في مهلكة، كالذي يفقد بين الصفين، وقد هلك جماعة، أو في مركب انكسر، فغرق بعض أهله، أو في مفازة يهلك فيها الناس، أو يفقد من بين أهله، أو يخرج لصلاة العشاء أو غيرها من الصلوات أو لحاجة قريبة، فلا يرجع، ولا يعلم خبره، فهذا ينتظر به أربع سنين، فإن لم يظهر له خبر، قسم ماله، واعتدت امرأته عدة الوفاة، وحلت للأزواج، نص عليه الإمام أحمد. وهذا اختيار أبي بكر

وذكر القاضي أنه لا يقسم ماله، حتى تمضي عدة الوفاة بعد الأربع سنين؛ لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه. والأول أصح؛ لأن العدة إنما تكون بعد الوفاة، فإذا حكم بوفاته فلا وجه للوقوف عن قسم ماله.

وإن مات للمفقود من يرثه قبل الحكم بوفاته، وقف للمفقود نصيبه من ميراثه، وما يشك في مستحقه، وقسم باقيه؛ فإن بان حيا، أخذه، ورد الفضل إلى أهله، وإن علم أنه مات بعد موت موروثه، دفع نصيبه مع ماله إلى ورثته.

وإن علم أنه كان ميتا حين موت موروثه، رد الموقوف إلى ورثة الأول، وإن مضت المدة، ولم يعلم خبره، رد أيضا إلى ورثة الأول؛ لأنه مشكوك في حياته حين موت موروثه، فلا نورثه مع الشك، كالجنين الذي يسقط

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٨٥

ميتا، وكذلك إن علمنا أنه مات، ولم يدر متى مات. ولم يفرق سائر أهل العلم بين هذه الصورة وبين سائر صور الفقدان فيما علمنا، إلا أن مالكا، والشافعي - رضي الله عنهما -، في القديم، وافقا في الزوجة أنها تتزوج خاصة

والأظهر من مذهبه مثل قول الباقين، فأما ماله فاتفقوا على أنه لا يقسم حتى تمضي مدة لا يعيش في مثلها، على ما سنذكره في الصورة الأخرى، إن شاء الله تعالى؛ لأنه مفقود لا يتحقق موته، فأشبه التاجر والسائح.

ولنا، اتفاق الصحابة - رضي الله عنهم - على تزويج امرأته على ما ذكرناه في العدد، وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع، ففي المال أولى ولأن الظاهر هلاكه، فأشبه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها

النوع الثاني، من ليس الغالب هلاكه، كالمسافر لتجارة، أو طلب علم، أو سياحة، ونحو ذلك، ولم يعلم خبره ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يقسم ماله، ولا تتزوج امرأته، حتى يتيقن موته، أو يمضي عليه مدة لا يعيش مثلها، وذلك مردود إلى اجتهاد الحاكم. وهذا قول الشافعي - رضي الله عنه - ومحمد بن الحسن، وهو المشهور عن مالك، وأبي حنيفة، وأبي يوسف؛ لأن الأصل حياته، والتقدير لا يصار إليه إلا بتوقيف، ولا توقيف هاهنا، فوجب التوقف عنه

والرواية الثانية، أنه ينتظر به تمام تسعين سنة مع سنة يوم فقد. وهذا قول عبد الملك بن الماجشون؛." (١)

"لا يمنع الصلح عليه لذلك، ولأن تجويز أخذ الإنسان حق غيره برضاه وصلحه، لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه

وظاهر قول الوني هذا أن تقسم المسألة على أنه حي، ويقف نصيبه لا غير. وقال بعض أصحاب الشافعي - رضي الله عنه -: يقسم المال على الموجودين؛ لأنهم متحققون، والمفقود مشكوك فيه، فلا يورث مع الشك. وقال محمد بن الحسن: القول قول من المال في يده، فلو مات رجل، وخلف ابنتيه، وابن ابن، أبوه مفقود، والمال في يد الابنتين، فاختصموا إلى القاضي، فإنه لا ينبغي للقاضي أن يحول المال عن موضعه، ولا يقف منه شيئا، سواء اعترفت الابنتان بفقده، أو ادعتا موته

وإن كان المال في يد ابن المفقود، لم يعط الابنتان إلا النصف أقل ما يكون لهما، وإن كان المال في يد أجنبي، فأقر بأن الابن مفقود، وقف له النصف في يديه، وإن قال الأجنبي: قد مات المفقود، لزمه دفع الثلثين إلى البنتين، ويوقف الثلث، إلا أن يقر ابن الابن بموت أبيه، فيدفع إليه الباقي. والجمهور على القول

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٩/٦

الأول. ومن مسائل ذلك: زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود، مسألة الموت، من سبعة وعشرين؛ لأنها مسألة الأكدرية، ومسألة الحياة من ثمانية عشر، وهما يتفقان بالأتساع

، فتضرب تسع إحداهما في الأخرى، تكن أربعة وخمسين، للزوج النصف من مسألة الحياة، والثلث من مسألة الموت، فيعطى الثلث، وللأم التسعان من مسألة الموت، والسدس من مسألة الحياة، فتعطى السدس، وللجد ستة عشر سهما من مسألة الموت، وتسعة من مسألة الحياة، فيأخذ التسعة، وللأخت ثمانية من مسألة الموت، وثلاثة من مسألة الحياة، فتأخذ ثلاثة، ويبقى خمسة عشر موقوفة، إن بان أن الأخ حي، وأخذ ستة، وأخذ الزوج تسعة، وإن بان ميتا، أو مضت المدة قبل قدومه، أخذت الأم ثلاثة، والأخت خمسة، والجد سبعة

واختار الخبري أن المدة إذا مضت، ولم يتبين أمره، أن يقسم نصيبه من الموقوف على ورثته؛ فإنه كان محكوما بحياته، لأنها اليقين، وإنما حكمنا بموته بمضي المدة. **ولنا**، أنه مال موقوف لمن ينتظر ممن لا يعلم حاله، فإذا لم تتبين حياته، لم يكن لورثته، كالموقوف للحمل، وللمورثة أن يصطلحوا على التسعة قبل مضي المدة. زوج وأبوان وابنتان مفقودتان

مسألة حياتهما من خمسة عشر، وفي حياة إحداهما من ثلاثة عشر، وفي موتهما من ستة، فتضرب ثلث الستة في خمسة عشر، ثم في ثلاثة عشر، تكن ثلاثمائة وتسعين، ثم تعطي الزوج والأبوين حقوقهم من مسألة الحياة مضروبا في اثنين، ثم في ثلاثة عشر، وتقف الباقي. وإن كان في المسألة ثلاثة مفقودون، عملت لهم أربع مسائل. وإن كانوا أربعة عملت لهم مسائل. وعلى هذا. وإن كان المفقود يحجب ولا يرث، كزوج وأخت من أبوين وأخت من أب وأخ لها مفقود، وقفت السبع بينهما وبين الزوج والأخت من الأبوين وقيل:." (١)

"لا يوقف هاهنا شيء، وتعطى الأخت من الأب السبع؛ لأنها لا تحجب بالشك، كما لا ترث بالشك. والأول أصح؛ لأن دفع السبع إليها توريث بالشك، وليس في الوقف حجب يقينا، إنما هو توقف عن صرف المال إلى إحدى الجهتين المشكوك فيها. ويعارض قول هذا القائل قول من قال: إن اليقين حياته، فيعمل على أنه حي، ويدفع المال إلى الزوج والأخت من الأبوين. والتوسط بما ذكرناه أولى. والله أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩١/٦

[فصل ميراث الأسير]

(٤٩٧٤) فصل: والأسير كالمفقود، إذا انقطع خبره. وإن علمت حياته، ورث، في قول الجمهور. وحكي عن سعيد بن المسيب أنه لا يرث؛ لأنه عبد، وحكي ذلك عن النخعي، وقتادة والصحيح الأول. والكفار لا يملكون الأحرار. والله أعلم.

[فصل حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه]

(٤٩٧٥) فصل: في التزويج في المرض والصحة. حكم النكاح في المرض والصحة سواء في صحة العقد، وتوريث كل واحد منهما من صاحبه، في قول الجمهور. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي - رضي الله عنهما -. وقال مالك: أي الزوجين كان مريضا مرضا مخوفا حال عقد النكاح، فالنكاح فاسد لا يتوارثان به إلا أن يصيبها، فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدما على الوصية

وعن الزهري، ويحيى بن سعيد مثله. واختلف أصحاب مالك في نكاح من لم يرث، كالأمة والذمية، فقال بعضهم: يصح؛ لأنه لا يتهم بقصد توريثها. ومنهم من أبطله؛ لجواز أن تكون وارثة. وقال ربيعة، وابن أبي ليلى: الصداق والميراث من الثلث. وقال الأوزاعي: النكاح صحيح، ولا ميراث بينهما

وعن القاسم بن محمد والحسن: إن قصد الإضرار بورثته، فالنكاح باطل، وإلا فهو صحيح **ولنا**، أنه عقد معاوضة يصح في الصحة، فيصح في المرض كالبيع، ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه، فيصح كحال الصحة، وقد روينا أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة، أصدق كل واحدة ألفا ليضيق بهن على امرأته، ويشركنها في ميراثها، فأجيز ذلك. وإذا ثبت صحة النكاح، ثبت الميراث بعموم الآية.

[فصل لا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده]

(٤٩٧٦) فصل: ولا فرق في ميراث الزوجين بين ما قبل الدخول وبعده؛ لعموم الآية، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى لبروع بنت واشق بالميراث، وكان زوجها مات عنها قبل أن يدخل بها، ولم يفرض لها صداقا. ولأن النكاح صحيح ثابت، فيورث به، كما بعد الدخول.." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٩٢

"بائنا أو رجعيا، فبانت بانقضاء عدتها، لم يتوارثا إجماعا

وإن كان الطلاق في المرض المخوف، ثم مات من مرضه ذلك في عدتها، ورثته ولم يرثها إن ماتت. يروى هذا عن عمر، وعثمان – رضي الله عنهما –. وبه قال عروة، وشريح، والحسن، والشعبي، والنخعي، والثوري، وأبو حنيفة في أهل العراق، ومالك في أهل المدينة، وابن أبي ليلى. وهو قول الشافعي – رضي الله عنه – في القديم

وروي عن عتبة بن عبد الله بن الزبير: لا ترث مبتوتة. وروي ذلك عن علي، وعبد الرحمن بن عوف. وهو قول الشافعي الجديد؛ لأنها بائن، فلا ترث، كالبائن في الصحة، أو كما لو كان الطلاق باختيارها، ولأن أسباب الميراث محصورة في رحم ونكاح وولاء، وليس لها شيء من هذه الأسباب. **ولنا**، أن عثمان – رضي الله عنه – ورث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبد الرحمن بن عوف، وكان طلقها في مرضه فبتها. واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر، فكان إجماعا

ولم يثبت عن علي ولا عبد الرحمن خلاف في هذا، بل قد روى عروة عن عثمان أنه قال لعبد الرحمن: لئن مت لأورثنها منك. قال: قد علمت ذلك. وما روي عن ابن الزبير إن صح، فهو مسبوق بالإجماع. ولأن هذا قصد قصدا فاسدا في الميراث، فعورض بنقيض قصده، كالقاتل القاصد استعجال الميراث يعاقب بحرمانه

إذا ثبت هذا، فالمشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج. قال أبو بكر: لا يختلف قول أبي عبد الله في المدخول بها إذا طلقها المريض، أنها ترثه في العدة، وبعدها ما لم تتزوج. روي ذلك عن الحسن. وهو قول البتي، وحميد، وابن أبي ليلى، وبعض البصريين، وأصحاب الحسن، ومالك في أهل المدينة. وذكر عن أبي بن كعب، لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن، أن أباه طلق أمه وهو مريض، فمات، فورثته بعد انقضاء العدة

ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة. وروي عن أحمد ما يدل على أنها لا ترث بعد العدة فإنه قال، في رواية الأثرم: يلزم من قال: له أن يتزوج أربعا قبل انقضاء عدة مطلقاته. أنه لو طلق أربع نسوة في مرضه، ثم تزوج أربعا، ثم مات من مرضه ذلك، أن الثماني يرثنه كلهن، فيكون مسلما يرثه ثمان نسوة. وهذا القول يلزم منه توريث ثمان، وتوريثها بعد العدة يلزم منه ذلك، ولأنه قال في المطلقة قبل الدخول: لا ترث؛ لأنها لا عدة لها

وهذه كذلك فلا ترث. وهذا قول عروة، وأبي حنيفة وأصحابه، وقول الشافعي القديم؛ لأنها تباح لزوج آخر،

فلم ترثه، كما لو كان في الصحة، ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة، فلم يجز ذلك، كما لو تزوجت، وإن تزوجت المبتوتة لم ترثه، سواء كانت في." [١]

"وقال تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب: ٤٩] . ولا يجوز مخالفة نص الكتاب بالرأي والتحكم. وأما الميراث، فإنها ليست بزوجة ولا معتدة من نكاح، فأشبهت المطلقة في الصحة. والله أعلم. ولو خلا بها، وقال: لما أطأها. وصدقته، فلها الميراث، وعليها العدة للوفاة، ويكمل لها الصداق؛ لأن الخلوة تكفي في ثبوت هذه الأحكام. وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه.

[فصل طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها ومات بعد انقضائها]

(٤٩٨١) فصل: ولو طلق المدخول بها طلاقا رجعيا ثم مرض في عدتها، ومات بعد انقضائها، لم ترثه؛ لأنه طلاق صحة. وإن طلقها واحدة في صحته، وأبانها في مرضه، ثم مات بعد انقضاء عدتها، فحكمها حكم ما لو ابتدأ طلاقها في مرضه لأنه فر من ميراثها. وإن طلقها واحدة في صحته، وأخرى في مرضه، ولم يبنها حتى بانت بانقضاء عدتها، لم ترث؛ لأن طلاق المرض لم يقطع ميراثها، ولم يؤثر في بينونتها.

[فصل طلقها ثلاثا في مرضه فارتدت ثم أسلمت ثم مات في عدتها]

(٤٩٨٢) فصل: وإن طلقها ثلاثا في مرضه، فارتدت، ثم أسلمت، ثم مات في عدتها ففيه وجهان؛ أحدهما، ترثه. وهو قول مالك؛ لأنها مطلقة في المرض، أشبه ما لو لم ترتد. والثاني، لا ترثه

وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنها فعلت ما ينافي النكاح، أشبه ما لو تزوجت. ولو كان هو المرتد، ثم أسلم ومات، ورثته. وبه قال أبو حنيفة، وأصحابه. وقال الشافعي - رضي الله عنه -: لا ترثه. **ولنا**، أنها مطلقة في المرض، لم تفعل ما ينافي نكاحها، مات زوجها في عدتها، فأشبه ما لو لم ترتد. ولو ارتد أحد الزوجين بعد الدخول من غير طلاق، ثم عاد إلى الإسلام قبل انقضاء العدة، ورثه الآخر؛ لأن النكاح باق فإن انقضت العدة قبل رجوعه، انفسخ النكاح، ولم يرث أحدهما الآخر. وإن قلنا: إن الفرقة تتعجل عند اختلاف الدين، لم يرث أحدهما الآخر. ويتخرج أن يرثه الآخر إذا كان ذلك في مرض موته؛ لأنه تحصل به البينونة، فأشبه الطلاق. وهو قول مالك. قال أبو حنيفة وأصحابه: إذا ارتدت المرأة، ثم ماتت في عدتها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٩٥

ورثها الزوج.

[فصل طلق زوجته الأمة والذمية طلاقا بائنا ثم عتقت الأمة ثم مات في عدتهما]

(٤٩٨٣) فصل: إذا طلق المسلم المريض زوجته الأمة والذمية طلاقا بائنا، ثم أسلمت الذمية، وعتقت الأمة، ثم مات في عدتهما، لم ترثاه؛ لأنه لم يكن عند الطلاق فارا. وإن قال لهما في المرض: إذا عتقت أنت أو أسلمت." (١)

"أنت، فأنتما طالقتان. فعتقت الأمة، وأسلمت الذمية، ومات، ورثتاه؛ لأنه فار فإن قال لهما: أنتما طالقتان غدا. فعتقت الأمة، وأسلمت الذمية، لم ترثاه؛ لأنه غير فار. وإن قال سيد الأمة: أنت حرة غدا. وقال الزوج: أنت طالق غدا. وهو يعلم بقول السيد.

ورثته؛ لأنه فار. وإن لم يعلم، لم ترثه؛ لعدم الفرار. وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، والشافعي ولم أعلم لهم مخالفا.

[فصل قال لامرأته في صحته إذا مرضت فأنت طالق]

(٤٩٨٤) فصل: وإذا قال لامرأته في صحته: إذا مرضت فأنت طالق. فحكمه حكم طلاق المرض سواء. فإن أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثا، لم يقبل إقراره عليها، وكان حكمه حكم طلاقه في مرضه. وبهذا قال مالك، وأبو حنيفة. وقال الشافعي – رضي الله عنه –: يقبل إقراره. **ولنا**، أنه إقرار بما يبطل به حق غيره، فلم يقبل، كما لو أقر بمالها.

[فصل سألته الطلاق في مرضه فأجابها]

(٤٩٨٥) فصل: وإن سألته الطلاق في مرضه، فأجابها، فقال القاضي: فيه روايتان؛ إحداهما، لا ترثه؛ لأنه ليس بفار. والثانية، ترثه لأنه طلقها في مرضه. وهو قول مالك. وكذلك الحكم إن خالعها، أو علق الطلاق على مشيئتها فشاءت، أو على فعل من جهتها لها منه بد ففعلته، أو خيرها فاختارت نفسها. والصحيح في هذا كله أنها لا ترثه؛ لأنه لا فرار منه

وهذا قول أبي حنيفة، والشافعي. وإن لم تعلم بتعليق طلاقها، ففعلت ما علق عليه، ورثته؛ لأنها معذورة فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٩٧

ولو سألته طلقة، فطلقها ثلاثا، ورثته؛ لأنه أبانها بما لم تطلبه منه. وإن علق طلاقها على فعل لا بد لها منه، كصلاة مكتوبة، وصيام واجب في وقته، ففعلته، فحكمه حكم طلاقها ابتداء، في قولهم جميعا. وكذلك إن علقه على كلامها لأبويها أو لأحدهما. وإن قال في مرضه أنت طالق إن قدم زيد. ونحوه مما ليس من فعلها، ولا فعله، فوجد الشرط فطلقت به.
ورثته.

[فصل علق طلاقها في الصحة على شرط وجد في المرض]

(٤٩٨٦) فصل: فإن علق طلاقها في الصحة على شرط وجد في المرض، كقدوم زيد، ومجيء غد، وصلاتها الفرض، بانت ولم ترث؛ لأن اليمين كانت في الصحة. وذكر القاضي رواية أخرى، أنها ترث، وهو قول مالك؛ لأن الطلاق وقع في المرض. والأول أصح

وإن علقه على فعل نفسه، ففعله في المرض ورثته؛ لأنه أوقع الطلاق بها في المرض، فأشبه ما لو كان التعليق في المرض. ولو قال في الصحة: أنت طالق إن لم أضرب غلامي. فلم يضربه حتى مات،." (١)

"مال الثاني، وفي حال ثلاثة أعشاره من مال الأول، فتدفع إليها أقلهما، ويبقى باقي التركة موقوفا بينهم حتى يصطلحوا عليه

ومن الناس من يقسمه بينهم على حسب الدعاوى. ومتى اختلف أجناس التركة، ولم يصر بعضها قصاصا عن بعض، قومت، وعمل في قيمتها على ما بينا في الدراهم إن تراضوا على ذلك، أو يبيع الحاكم عليهم ليصير الحق كله من جنس واحد، لما فيه من الصلاح لهم، ويوقف الفضل المشكوك فيه بينهم على الصلح.

ولو ادعى اثنان غلاما، فألحقته القافة بهما، ثم مات أحدهما، وترك ألفا وبنتا وعما، ثم مات الآخر، وترك ألفين وابن ابن، ثم مات الغلام، وترك ثلاثة آلاف وأما، كان للبنت من تركة أبيها ثلثها، وللغلام ثلثاها، وتركة الثاني كلها له؛ لأنه ابنه، فهو أحق من ابن الابن.

ثم مات الغلام عن خمسة آلاف وثلثي ألف، فلأمه ثلث، ذلك، ولأخته نصفه، وباقيه لابن الابن؛ لأنه ابن أخيه، ولا شيء للعم. وإن لم يثبت نسبه، فلابنة الأول ثلث الألف، ويوقف ثلثاها وجميع تركة الثاني. فإذا مات الغلام، فلأمه من تركته ألف وتسعا ألف؛ لأن أقل أحواله أن يكون ابن الأول، فيكون قد مات عن ثلاثة آلاف وثلثي ألف، ويرد الموقوف من مال أبي البنت على البنت والعم، فيصطلحان عليه؛ لأنه لهما،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٣٩٨

إما عن صاحبهما أو الغلام، ويرد الموقوف من مال الثاني إلى ابن ابنه.

لأنه له إما عن جده وإما عن عمه، وتعطى الأم من تركة الغلام ألفا وتسعي ألف لأنه أقل مالها، ويبقى ألف وسبعة أتساع ألف تدعي الأم منها أربعة أتساع ألف، تمام ثلث خمسة آلاف، ويدعي منها ابن الابن ألفا وثلثا، تمام ثلثي خمسة آلاف، وتدعي البنت والعم جميع الباقي، فيكون ذلك موقوفا بينهم حتى يصطلحوا. ولو كان المولود في يدي امرأتين فادعياه معا، أري القافة معهما، فإن ألحقته بإحداهما، لحق بها وورثها، وورثته في إحدى الروايات. وإن ألحقته بهما، أو نفته عنهما، لم يلحق بواحدة منهما

وإن قامت لكل واحدة منهما بينة، تعارضتا، ولم تسمع بينتهما. وبهذا قال أبو يوسف، واللؤلؤي. وقال أبو حنيفة: يثبت نسبه منهما، ويرثانه ميراث أم واحدة، كما يلحق برجلين. **ولنا**، أن إحدى البنتين كاذبة يقينا، فلم تسمع، كما لو علمت، ومن ضرورة ردها ردهما؛ لعدم العلم بعينها، ولأن هذا محال، فلم يثبت ببينة ولا غيرها، كما لو كان الولد أكبر منهما. ولو أن امرأة معها صبي، ادعاه رجلان، كل واحد يزعم أنه ابنه منها، وهي زوجته، فكذبتهما، لم يلحقهما، وإن صدقت أحدهما، لحقه، كما لو كان بالغا، فادعياه، فصدق أحدهما

ولو أن صبيا مع امرأة، فقال زوجها: هو ابني من غيرك. فقالت: بل هو ابني منك. لحقهما جميعا.." [1]

"**ولنا**، أنه بمنزلة ما لو كان الأقرب من العصبة مخالفا لدين الميت والأبعد على، دينه ورث دون القريب.

[فصل أعتق حربي حربيا]

(٤٩٩٧) فصل: وإن أعتق حربي حربيا، فله عليه الولاء؛ لأن الولاء مشبه بالنسب، والنسب ثابت بين أهل الحرب، فكذلك الولاء. وهذا قول عامة أهل العلم، إلا أهل العراق، فإنهم قالوا: العتق في دار الحرب والكتابة والتدبير لا يصح، ولو استولد أمته، لم تصر أم ولد، مسلما كان السيد أو ذميا أو حربيا. **ولنا**، أن ملكهم ثابت، بدليل قول الله تعالى: ﴿وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم﴾ [الأحزاب: ٢٧] فنسبها إليهم، فصح عتقهم كأهل الإسلام، وإذا صح عتقهم ثبت الولاء لهم؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الولاء لمن أعتق» فإن جاءنا المعتق مسلما، فالولاء بحاله

فإن سبي مولى النعمة، لم يرث مادام عبدا، فإن أعتق، فعليه الولاء لمعتقه، وله الولاء على معتقه، وهل يثبت

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٠٨

لمعتق السيد ولاء على معتقه؟ يحتمل أن يثبت؛ لأنه مولى مولاه. ويحتمل أن لا يثبت؛ لأنه ما حصل منه إنعام عليه ولا سبب لذلك. فإن كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه، فكل واحد منهما مولى صاحبه يرثه بالولاء. وإن أسره مولاه فأعتقه، فكذلك. وإن أسره مولاه وأجنبي فأعتقاه، فولاؤه بينهما نصفين. فإن مات بعده المعتق الأول فلشريكه نصف ماله؛ لأنه مولى نصف مولاه على أحد الاحتمالين

والآخر لا شيء له؛ لأنه لم ينعم عليه وإن سبي المعتق فاشتراه رجل، فأعتقه، بطل ولاء الأول وصار الولاء للثاني. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقيل: الولاء بينهما. واختاره ابن المنذر؛ لأنه ليس أحدهما أولى من الآخر. وقيل: الولاء للأول؛ لأنه أسبق. **ولنا**، أن السبي يبطل ملك الأول الحربي، فالولاء التابع له أولى، ولأن الولاء بطل باسترقاقه، فلم يعد بإعتاقه

وإن أعتق ذمي عبدا كافرا، فهرب إلى دار الحرب فاسترق، فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أعتقه الحربي سواء. وإن أعتق مسلم كافرا، فهرب إلى دار الحرب، ثم سباه المسلمون، فذكر أبو بكر والقاضي، أنه لا يجوز استرقاقه. وهو قول الشافعي؛ لأن في استرقاقه إبطال ولاء المسلم المعصوم. قال ابن اللبان: ولأن له أمانا بعتق المسلم إياه. والصحيح، إن شاء الله، جواز استرقاقه؛ لأنه كافر أصلي كتابي، فجاز استرقاقه كمعتق الحربي، وكغير المعتق

وقولهم: في استرقاقه إبطال ولاء المسلم. قلنا: لا نسلم، بل متى أعتق عاد الولاء للأول، وإنما امتنع عمله في حال رقه لمانع، وإن سلمنا أن فيه إبطال ولائه، فكذلك في قتله، وقد جاز إبطال ولائه بالقتل، فكذلك بالاسترقاق، ولأن القرابة يبطل عملها بالاسترقاق، فكذلك الولاء. وقول ابن اللبان: له أمان. لا يصح؛ فإنه لو كان له أمان، لم يجز قتله ولا سبيه.." (١)

"أجنبي فأعتقه.

وكان قتادة يقول من لم يشترط ولاء المكاتب، فلمكاتبه أن يوالي من شاء

وقال مكحول: أما المكاتب إذا اشترط ولاءه مع رقبته، فجائز. **ولنا**، أن السيد هو المعتق للمكاتب؛ لأنه يتبعه بماله، وماله وكسبه لسيده، فجعل ذلك له، ثم باعه به حتى عتق، فكان هو المعتق، وهو المعتق للمدبر بلا إشكال، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الولاء لمن أعتق» . ويدل على ذلك أن المكاتبين يدعون موالي مكاتبيهم، فيقال: أبو سعيد مولى أبي أسيد، وسيرين مولى أنس، وسليمان بن يسار مولى ميمونة، وقد وهبت ولاءه لابن عباس، وكانوا مكاتبين، وكذلك أشباههم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١١/٦

ويدل على ذلك أن في حديث بريرة، «أنها جاءت عائشة فقالت: يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق فأعينيني فقالت عائشة: إن شاءوا عددت لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت. فأبوا أن يبيعوها إلا أن يكون الولاء لهم، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: اشتريها واشترطي لهم الولاء» . وهذا يدل على أن الولاء كان لهم لو لم تشترها منهم عائشة.

[فصل اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال]

(٥٠٠٦) فصل: وإن اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال، عتق والولاء لسيده؛ لأنه يبيع ماله بماله، فهو مثل المكاتب سواء، والسيد هو المعتق لهما فالولاء له عليهما.

[مسألة ولاء أم الولد]

(٥٠٠٧) مسألة؛ قال: (وولاء أم الولد لسيدها إذا ماتت) يعني إذا عتقت بموت سيدها، فولاؤها له يرثها أقرب عصبته. وهذا قول عمر، وعثمان. وبه قال عامة الفقهاء. وقال ابن مسعود تعتق من نصيب ابنها، فيكون ولاؤها له. وعن ابن عباس نحوه. وعن علي لا تعتق ما لم يعتقها وله بيعها. وبه قال جابر بن زيد، وأهل الظاهر

وعن ابن عباس نحوه ولذكر الدليل على عتقها موضع غير هذا، ولا خلاف بين القائلين بعتقها أن ولاءها لمن عتق عليه. ومذهب الجمهور أنها تعتق بموت سيدها من رأس المال، فيكون ولاؤها له؛ لأنها عتقت بفعله من ماله، فكان ولاؤها له، كما لو عتقت بقوله. ويختص ميراثها بالولاء بالذكور من عصبة السيد، كالمدبر والمكاتب.

[مسألة أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره]

مسألة؛ قال: (ومن أعتق عبده عن رجل حي بلا أمره، أو عن ميت، فالولاء للمعتق) هذا قول الثوري والأوزاعي، والشافعي، وأبي حنيفة، وأبي يوسف، وداود وروي عن." (١)

"ابن عباس أن ولاءه للمعتق عنه. وبه قال الحسن، ومالك، وأبو عبيد؛ لأنه أعتقه عن غيره، فكان الولاء للمعتق عنه، كما لو أذن له. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الولاء للمعتق»

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤١٦

ولأنه أعتق عبده من غير إذن غيره، فكان الولاء له كما لو لم يقصد شيئا.

[مسألة أعتق عبده عن رجل حي بأمره]

(٥٠٠٩) مسألة؛ قال: (وإن أعتقه عنه بأمره، فالولاء للمعتق عنه بأمره) وبهذا قال جميع من حكينا قوله في المسألة الأولى إلا أبا حنيفة، ووافقه أبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وداود، فقالوا: الولاء للمعتق، إلا أن يعتقه عنه على عوض فيكون له الولاء، ويلزمه العوض، ويصير كأنه اشتراه ثم وكله في إعتاقه، أما إذا كان عن غير عوض فلا يصح تقدير البيع، فيكون الولاء للمعتق؛ لعموم قوله – عليه السلام –: «الولاء للمعتق» . وعن أحمد مثل ذلك

ولنا، أنه وكيل في الإعتاق، فكان الولاء للمعتق عنه، كما لو أخذ عوضا، فإنه كما يجوز تقدير البيع فيما إذا أخذ عوضا، يجوز تقدير الهبة إذا لم يأخذ عوضا، فإن الهبة جائزة في العبد، كما يجوز البيع، والخبر مخصوص بما إذا أخذ عوضا، وكسائر الوكلاء، فنقيس عليه محل النزاع.

[مسألة قال أعتق عبدك عني وعلي ثمنه]

(٥٠١٠) مسألة؛ قال: (ومن قال: أعتق عبدك عني، وعلي. ثمنه. فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه) لا نعلم في هذه المسألة خلافا، وأن الولاء للمعتق عنه، لكونه أعتقه عنه بعوض. ويلزمه الثمن؛ لأنه أعتقه عنه بشرط العوض، فيقدر ابتياعه منه، ثم توكيله في عتقه، ليصح عنه، فيكون الثمن عليه والولاء له، كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه.

[مسألة قال أعتقه والثمن علي]

(٥٠١١) مسألة؛ قال: (ولو قال: أعتقه، والثمن علي. كان الثمن عليه، والولاء للمعتق) إنما كان الثمن عليه؛ لأنه جعل له جعلا على إعتاق عبده، فلزمه ذلك بالعمل، كما لو قال: من بنى لي هذا الحائط فله دينار. فبناه إنسان، استحق الدينار. والولاء للمعتق؛ لأنه لم يأمره بإعتاقه عنه، ولا قصد به المعتق ذلك، فلم يوجد ما يقتضي صرفه إليه، فيبقى للمعتق، عملا بقوله – عليه السلام –: «الولاء للمعتق.»

[فصل أوصى أن يعتق عنه بعد موته فأعتق]

(٥٠١٢) فصل: ومن أوصى أن يعتق عنه بعد موته، فأعتق، فالولاء له وكذلك لو وصى بعتق عبده، ولم يقل: عني.." (١)

"فأعتق، كان الولاء له؛ لأن الإعتاق من ماله. وإن أعتق عنه ما يجب إعتاقه، ككفارة ونحوها، فقد مضى ذكرها فيما تقدم.

[مسألة أعتق أمته فتزوجت عبدا فأولدها]

(٥٠١٣) مسألة؛ قال: (ومن أعتق عبدا له أولاد من مولاة لقوم، جر معتق العبد ولاء أولاده) وجملة ذلك أن الرجل إذا أعتق أمته، فتزوجت عبدا، فأولدها، فولدها منه أحرار، وعليهم الولاء لمولى أمهم، يعقل عنهم ويرثهم إذا ماتوا؛ لكونه سبب الإنعام عليهم بعتق أمهم، فصاروا لذلك أحرارا فإن أعتق العبد سيده ثبت له عليه الولاء، وجر إليه ولاء أولاده عن مولى أمهم؛ لأن الأب لما كان مملوكا لم يكن يصلح وارثا، ولا وليا في نكاح.

فكان ابنه كولد الملاعنة ينقطع نسبه عن ابنه، فثبت الولاء لمولى أمه، وانتسب إليها فإذا عتق العبد صلح الانتساب إليه، وعاد وارثا عاقلا وليا، فعادت النسبة إليه وإلى مواليه، بمنزلة ما لو استلحق الملاعن ولده. هذا قول جمهور الصحابة والفقهاء، يروى هذا عن عمر، وعثمان، وعلي، والزبير، وعبد الله، وزيد بن ثابت، ومروان، وسعيد بن المسيب، والحسن، وابن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، والنخعي وبه قال مالك، والثوري، والأوزاعي، والليث، وأبو حنيفة وأصحابه، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور ويروى عن رافع بن خديج أن الولاء لا ينجر عن موالي الأم. وبه قال مالك بن أوس بن الحدثان، والزهري، وميمون بن مهران، وحميد بن عبد الرحمن؛ وداود؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، والنسب لا يزول عمن ثبت له، فكذلك الولاء وقد روي عن عثمان نحو هذا، وعن زيد وأنكرهما ابن اللبان، وقال: مشهور عن عثمان أنه قضى بجر الولاء للزبير على رافع بن خديج. ولنا، أن الانتساب إلى الأب، فكذلك الولاء، ولذلك لو كانا حرين، كان ولاء ولدهما لمولى أبيه، فلما كان مملوكا كان الولاء لمولى الأم ضرورة، فإذا عتق الأب زالت الضرورة فعادت النسبة إليه، والولاء إلى مواليه.

وروى عبد الرحمن، عن الزبير، أنه لما قدم خيبر رأى فتية لعسا، فأعجبه ظرفهم وجمالهم، فسأل عنهم، فقيل له: موالي رافع بن خديج، وأبوهم مملوك لآل الحرقة، فاشترى الزبير أباهم فأعتقه، وقال لأولاده: انتسبوا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٧/٦

إلي، فإن ولاءكم لي. فقال رافع بن خديج: الولاء لي، فإنهم، عتقوا بعتقي أمهم. فاحتكموا إلى عثمان، فقضى بالولاء للزبير، فاجتمعت الصحابة عليه. اللعس سواد الشفتين تستحسنه العرب، ومثله اللمى، قال ذو الرمة:

لمياء في شفتيها حوة لعس ... وفي اللثات وفي أنيابها شنب.." [(١)]

"الثالث، أن يعتق العبد سيده، فإن مات على الرق لم ينجر الولاء بحال، وهذا لا خلاف فيه

فإن اختلف سيد العبد ومولى الأم في الأب بعد موته، فقال سيده: مات حرا بعد جر الولاء. وأنكر ذلك مولى الأم، فالقول قول مولى الأم. ذكره أبو بكر؛ لأن الأصل بقاء الرق، وهذا مذهب الشافعي.

[فصل الجد يقوم مقام الأب في التعصيب وأحكام النسب وفي جر الولاء]

(٥٠١٧) فصل: فإن لم يعتق الأب، ولكن عتق الجد فقال أحمد: لا يجر الولاء، ليس هو كالأب. وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه. وعن أحمد، أنه يجره. وبه قال شريح، والشعبي، والنخعي، وأهل المدينة، وابن أبي ليلى، والحسن بن صالح، وابن المبارك، وأبو ثور، وضرار بن صرد والشافعي في أحد قوليه. فإن أعتق الأب بعد ذلك، جره عن موالي الجد إليه؛ لأن الجد يقوم مقام الأب في التعصيب وأحكام النسب، فكذلك في جر الولاء

وقال زفر: إن كان الأب حيا، لم يجر الجد الولاء، وإن كان ميتا، جره. وهو القول الثاني للشافعي. **ولنا**، أن الأصل بقاء الولاء لمستحقه، وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بعتق الأب، والجد لا يساويه، بدليل أنه لو عتق الأب بعد الجد، جره عن موالي الجد إليه، ولو أسلم الجد، لم يتبعه ولد ولده، ولأن الجد يدلي بغيره، ولا يستقر الولاء عليه، فلم يجر الولاء كالأخ، وكونه يقوم مقام الأب، لا يلزم أن ينجر الولاء إليه، كالأخ. وعلى القول الآخر، لا فرق بين الجد القريب والبعيد

لأن البعيد يقوم مقام الأب كقيام القريب، ويقتضي هذا أنه متى عتق البعيد فجر الولاء، ثم عتق من هو أقرب منه جر الولاء إليه، ثم إن عتق الأب جر الولاء؛ لأن كل واحد يحجب من فوقه، ويسقط تعصيبه وإرثه وولايته، ولو لم يعتق الجد، لكن كان حرا وولده مملوك، فتزوج مولاة قوم، فأولدها أولادا، فولاؤهم لمولى أمهم. وعند من يقول يجر الجد الولاء. يكون لمولى الجد. وإن لم يكن الجد مولى، بل كان حر الأصل، فلا ولاء على ولد أبيه، فإن أعتق أبوه بعد ذلك، لم يعد على ولده ولاء؛ لأن الحرية ثبتت له من

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٨/٦

غير ولاء، فلم يتجدد عليه ولاء، كالحر الأصلي.

[فصل كان أحد الزوجين الحرين حر الأصل]

(٥٠١٨) فصل: وإذا كان أحد الزوجين الحرين حر الأصل، فلا ولاء على ولدهما، سواء كان الآخر عربيا أو مولى؛ لأن الأم إن كانت حرة الأصل، فالولد يتبعها فيما إذا كان الأب رقيقا في انتفاء الرق والولاء، فلأن يتبعها في نفي الولاء، وحده أولى. وإن كان الأب حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء، بحيث يصير الولاء عليه لمولى أبيه، فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه أولى. وهذا قول أكثر أهل العلم. وسواء كان الأب عربيا أو أعجميا، وقال أبو حنيفة إن كان أعجميا والأم مولاة ثبت الولاء على." [١]
"ولده

وليس بصحيح؛ لأنه حر الأصل، فلم يثبت الولاء على ولده، كما لو كان عربيا. وسواء كان مسلما أو ذميا، أو حربيا، أو مجهول النسب أو معلومه. وهذا قول أبي يوسف، ومالك وابن شريح. وقال القاضي: إن كان مجهول النسب، ثبت الولاء على ولده لمولى الأم إن كانت مولاة. قال ابن اللبان: وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال الخبري: هذا قول أبي حنيفة، ومحمد، وأحمد؛ لأن مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود، وإنما امتنع في محل الوفاق بحرية الأب، فإذا لم تكن معلومة فقد وقع الشك في المانع فيبقى على الأصل، ولا يزول عن اليقين بالشك، ولا يترك العمل بالمقتضي مع الشك في المانع

ولنا، أن الأب حر محكوم بحريته، فأشبه معروف النسب، ولأن الأصل في الآدميين الحرية وعدم الولاء، فلا يترك هذا الأصل بالوهم في حق الولد، كما لم يترك في حق الأب. وقولهم: مقتضى ثبوته لمولى الأم موجود. ممنوع؛ فإنه إنما ثبت لمولى الأم بشرط رق الأب، وهذا الشرط منتف حكما وظاهرا. وإن سلمنا وجود المقتضي، فقد ثبت المانع حكما، فإن الأب حريته ثابتة حكما، فلا تعويل على ما قالوه

وإن كان الأب مولى، والأم مجهولة النسب، فلا ولاء عليه في ق**ولنا** وقياس قول القاضي والشافعي أن يثبت الولاء عليه لمولى ابنه؛ لأنا شككنا في المانع من ثبوته. **ولنا**، ما ذكرنا في التي قبلها، ولأن الأم لا تخلو من أن تكون حرة الأصل، فلا ولاء على ولدها أو أمة فيكون ولدها عبدا، أو مولاة فيكون على ولدها الولاء لمولى أبيه. والاحتمال الأول راجح؛ لوجهين؛ أحدهما، أنه محكوم به في الأم، فيجب الحكم به في ولدها

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٢٠

الثاني، أنه معتضد بالأصل، فإن الأصل الحرية، ثم لو لم يترجح هذا الاحتمال، لكان الاحتمال الذي صاروا إليه معارضا باحتمالين، كل واحد منهما مساو له، فترجيحه عليهما تحكم لا يجوز المصير إليه بغير دليل، وهذا وارد عليهم في المسألة الأولى أيضا.

[فصل تزوج معتق بمعتقة فأولدها ولدين]

(٥٠١٩) فصل: إذا تزوج معتق بمعتقة، فأولدها ولدين فولاؤهما لمولى أبيهما. فإن نفاهما باللعان، عاد ولاؤهما إلى مولى أمهما. فإن مات أحدهما، فميراثه لأمه ومواليهما. فإن أكذب أبوهما نفسه، لحقه نسبهما، واسترجع الميراث من موالي الأم. ولو كان أبوهما عبدا، ولم ينفهما، وورث موالي الأم الميت منهما، ثم أعتق الأب انجر الولاء إلى موالي الأب، ولم يكن لهم ولا للأب استرجاع الميراث؛ لأن الولاء إنما ثبت لهم عند إعتاق الأب، ويفارق الأب إذا أكذب نفسه؛ لأن النسب ثبت من حين خلق الولد.." (١)

"جدهما، ثم مات الأب، فماله بينهم أثلاثا، ثم إذا مات الجد وخلف ابنتي ابنه، فلهما الثلثان، وللكبرى نصف الباقي، لكونها مولاة نصفه، يبقى السدس لموالي الأب؛ لأنه مولى نصف الجد، وهم ابنتاه، فيحصل للكبرى ثلث المال وربعه، وللصغرى ربعه وسدسه، فإن كانت بحالها، فاشترت الكبرى وأبوها أخاهما لأبيهما، فالجواب فيها كالتي قبلها.

[باب ميراث الولاء]

يعني - والله أعلم - الميراث بالولاء. وأضاف الميراث إليه؛ لأنه سببه، فإن الشيء يضاف إلى سببه، كما يقال: دية الخطأ، ودية العمد. وإنما قلنا ذلك؛ لأن الولاء لا يورث، وإنما يورث به. وهذا قول الجمهور. روي نحو ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، وابن مسعود، وابن عمر، وأسامة بن زيد، وأبي مسعود البدري، وأبي بن كعب. وبه قال عطاء، وطاوس وسالم، الزهري، والحسن، وابن سيرين، وقتادة، والشعبي، وإبراهيم، ومالك والشافعي وأهل العراق، وداود. وجعل شريح الولاء موروثا كالمال. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الولاء لمن أعتق» . وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب.» والنسب يورث به ولا يورث، فكذلك الولاء. ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيد على عبده بالعتق، وهذا المعنى لا ينتقل عن

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٢١

المعتق، فكذلك الولاء.

[مسألة إرث النساء من الولاء]

(٥٠٢٤) مسألة؛ قال: (ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن، أو كاتب من كاتبن) ، وقد روي عن أبي عبد الله رحمه الله في بنت المعتق خاصة، أنها ترث؛ لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم –، «أنه ورث بنت حمزة من الذي أعتقه حمزة» قوله: " ولا يرث النساء من الولاء ".؛ لما قدمنا من أن الولاء لا يورث، ولهذا قال: " إلا ما أعتقن ". ومعتقهن ولاؤه لهن، فكيف يرثنه، والظاهر من المذهب أن النساء لا يرثن بالولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، وجر الولاء إليهن من أعتقن. والكتابة كذلك فإنها إعتاق. قال القاضي: هذا ظاهر كلام أحمد. والرواية التي ذكرها الخرقي في ابنة المعتق ما وجدتها منصوصة عنه. وقد قال، في رواية ابن القاسم، وقد سأله: هل كان المولى لحمزة أو لابنته؟ فقال: لابنته. فقد نص على أن ابنة حمزة ورثت بولاء نفسها؛ لأنها هي المعتقة. وهذا قول الجمهور، وهو قول من سمينا في أول الباب من الصحابة والتابعين ومن بعدهم غير شريح. والصحيح الأول؛ لإجماع الصحابة ومن بعدهم عليه، ولأن الولاء لحمة كلحمة النسب، والمولى كالنسيب من الأخ والعم ونحوهما، فولده." (١)

"مالا، فخاصمه إخوتها إلى عمر، فقال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «ما أحرز الوالد والولد فهو لعصبته من كان.» قال: وكتب له كتابا فيه شهادة عبد الرحمن بن عوف، وزيد بن ثابت، ورجل آخر قال فنحن فيه إلى الساعة. رواه أبو داود، وابن ماجه. في " سننهما ".

والصحيح الأول؛ فإن الولاء لا يورث على ما ذكرنا من قبل. وإنما يورث به، وهو باق للمعتق، يرث به أقرب عصباته، ومن لم يكن من عصباته لم يرث شيئا، وعصبات الابن غير عصبات أمه، فلا يرث الأجانب منها بولائها دون عصباتها. وحديث عمرو بن شعيب غلط، قال حميد: الناس يغلطون عمرو بن شعيب في هذا الحديث. فعلى هذا لا يرث المولى العتيق من أقارب معتقه إلا عصباته، الأقرب منهم فالأقرب على ما ذكرنا في ترتيب العصبات. ولا يرث ذو فرض بفرضه ولا ذو رحم. فإن اجتمع لرجل منهم فرض وتعصيب، كالأب والجد والزوج والأخ من الأم إذا كانا ابني عم، ورث بـما فيه من التعصيب، ولم يرث بفرضه شيئا. وإن كان عصبات في درجة واحدة، كالبنين وبنيهم، والإخوة وبنيهم، والأعمام وبنيهم، اقتسموا الميراث بينهم بالسوية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٢٤

وهذا كله لا خلاف فيه سوى ما ذكرنا من الأقوال الشاذة والله أعلم.

[مسألة مات المعتق وخلف أبا معتقه وابن معتقه]

مسألة؛ قال: (وإذا مات المعتق وخلف أبا معتقه وابن معتقه، فلأبي معتقه السدس، وما بقي فللابن) نص أحمد على هذا، في رواية جماعة من أصحابه؛ وكذلك قال في جد المعتق وابنه. وقال: ليس الجد والأخ والابن من الكبر في شيء يجزيهم على الميراث. وهذا قول شريح، والنخعي، والأوزاعي، والعنبري، وإسحاق، وأبي يوسف ويروى عن زيد أن المال للابن.

وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والشعبي، والحسن، والحكم، وقتادة، وحماد، والزهري، ومالك، والثوري، وأبو حنيفة، ومحمد، والشافعي وأكثر الفقهاء؛ لأن الابن أقرب العصبة، والأب والجد يرثان معه بالفرض، ولا يرث بالولاء ذو فرض بحال. ولنا، أنه عصبة وارث، فاستحق من الولاء كالأخوين، ولا نسلم أن الابن أقرب من الأب، بل هما في القرب سواء، وكلاهما عصبة لا يسقط أحدهما صاحبه

وإنما هما يتفاضلان في الميراث فكذلك." [1]

"في الإرث بالولاء، ولذلك يقدم الأب على الابن في الولاية والصلاة على الميت وغيرهما. وحكم الأب مع ابن الابن وإن سفل، حكم الجد وإن علا مع الابن وابنه سواء.

[مسألة خلف أخا معتقه وجد معتقه]

(٥٠٣٠) مسألة؛ قال: (وإن خلف أخا معتقه وجد معتقه، فالولاء بينهما نصفين) وبهذا قال عطاء، والليث، ويحيى الأنصاري. ومال إليه الأوزاعي. وهو قول الشافعي. وقول الثوري وأبي يوسف

ومحمد. والذين نزلوا الجد أبا، جعلوا الجد أولى، وورثوه وحده. وروي عن زيد أن المال للأخ. وهو قول مالك، وقول للشافعي؛ لأن الأخ ابن الأب، والجد أبوه، والابن أحق من الأب. ولنا، أنهما عصبتان يرثان المال نصفين، فكان الولاء بينهما نصفين، كالأخوين. وإن ترك جد مولاه وابني أخي مولاه، فالمال لجده. في قولهم جميعا، إلا مالكا جعل الميراث لابن الأخ وإن سفل. وقاله الشافعي أيضا؛ لأن ابن الابن وإن سفل يقدم على الأب.

وليس هذا بصواب؛ فإن ابن الأخ محجوب عن الميراث بالجد، فكيف يقدم عليه، ولأن الجد أولى

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٢٩

بالمعتق من ابن الأخ، فيرث مولاه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المولى أخ في الدين وولي نعمة. يرثه أحق الناس بالمعتق» . والدليل على أن الجد أولى أنه يرث ابن ابنه دون ابن الأخ، فيكون أولى لقول؛ النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ألحقوا الفرائض بأهلها، وما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر» . وفي لفظ: «فلأولى عصبة ذكر» . ولأن الجد أب، فيقدم على ابن الأخ، كالأب الحقيقي، ولأنه يقدم في ميراث المال، فقدم في الميراث بالولاء كسائر العصبات.

[فصل اجتمع إخوة وجد في ميراث الولاء]

(٥٠٣١) فصل: فإن اجتمع إخوة وجد، فميراث المولى بينهم، كمال سيده. وإن اجتمع إخوة من أبوين وإخوة من أب، عاد الإخوة من الأبوين الجد بالإخوة من الأب، ثم ما حصل لهم أخذه ولد الأبوين. وقال ابن شريح: يحتمل أنه بينهم على عددهم، ولا يعاد ولد الأبوين الجد بولد الأب. **ولنا**، أنه ميراث بين الجد والإخوة، فأشبه الميراث بالنسب، فإن كان مع الإخوة أخوات، لم يعتد بهن؛ لأنهن لا يرثن منفردات، فلا يعتد بهن، كالإخوة من الأم، وإن انفرد الإخوة من الأب مع الجد، فحكمهم حكم الإخوة من الأبوين.." (١)

"دون ابن ابن معتقه؛ لأن ابن معتقه أقرب عصبة سيده. ولو مات السيد، وخلف ابنه وابن ابنه، لكان ميراثه لابنه، دون ابن ابنه، فكذلك إذا مات المولى. والمسألة الأخرى، إذا هلك الابنان بعده، وقبل مولاه، وخلف أحدهما ابنا، والآخر تسعة، ثم مات المولى.

كان ميراثه بينهم على عددهم، لكل واحد منهم عشره؛ لأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك، فكذلك ميراث، مولاه، ولو كان الولاء موروثا لانعكس الحكم في المسألتين، فكان الميراث في المسألة الأولى بين الابن وابن الابن؛ لأن الابنين ورثا الولاء عن أبيهما، ثم ما صار للابن الذي مات انتقل إلى ابنه، فصار ميراث المولى بينه وبين عمه نصفين. وفي المسألة الثانية يصير لابن الابن المنفرد نصف الولاء بميراثه ذلك عن ابنه ولبني الابن الآخر النصف بينهم على عددهم. وشذ شريح، فقال: الولاء بمنزلة المال، يورث عن المعتق، فمن ملك شيئا حياته، فهو لورثته.

وقد حكي عن عمر، وعلي، وابن عباس، وابن المسيب، نحو هذا. وروي عن حنبل، ومحمد بن الحكم، عن أحمد نحوه. وغلطهما أبو بكر في روايتهما، فإن الجماعة رووا عن أحمد مثل قول الجمهور. قال أبو

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٠

الحارث: سألت أبا عبد الله عن الولاء للكبر، فقال: كذا روي عن عمر، وعثمان، وعلي، وزيد، وابن مسعود، أنهم قالوا: الولاء للكبر، إلى هذا القول أذهب. وتفسير ذلك أن يعتق الرجل عبدا، ثم يموت ويخلف ابنين، فيموت أحد الابنين.

ويخلف ابنا فولاء هذا العبد المعتق لابن المعتق، وليس لابن الابن شيء مع الابن وحجة شريح حديث عمرو بن شعيب الذي ذكرناه، والقياس على المال. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المولى أخ في الدين، وولي نعمة، وأولى الناس به أقربهم من المعتق» . وقوله - عليه السلام -: «الولاء لمن أعتق» . وقوله: «الولاء لحمة كلحمة النسب» . ولأنه من أسباب التوارث، فلم يورث، كالقرابة والنكاح، ولأنه إجماع من الصحابة ولم يظهر عنهم خلافه فلا يجوز مخالفته وحديث عمرو بن شعيب قد غلطه العلماء فيه، ولم يصح عن أحد من الصحابة خلاف هذا القول وحكاه الشعبي والأئمة عن عمر ومن ذكرنا قولهم. ولا يصح اعتبار الولاء بالمال؛ لأن الولاء لا يورث بدليل أنه لا يرث منه ذوو الفروض، وإنما يورث به، فينظر أقرب الناس إلى سيده من عصباته يوم موت العبد والمعتق، فيكون هو الوارث للمولى دون غيره، كما أن السيد لو مات في تلك الحال ورثه وحده، فإذا خلف ابن مولاه، وابن ابن مولاه، فماله لابن مولاه. وإن خلف ابن ابن مولاه، وتسعة بني ابن آخر لمولاه، فماله بينهم على عددهم، لكل واحد عشره؛ لأنهم يرثون جدهم كذلك ولو خلف السيد ابنه وابن ابنه، فمات ابنه بعده عن ابن، ثم مات عتيقه، فميراثه بين ابني الابن نصفين. وفي قول شريح،." (١)

"[فصل لا يرث المولى من أسفل معتقه في قول عامة أهل العلم]

(٥٠٣٦) فصل: ولا يرث المولى من أسفل معتقه. في قول عامة أهل العلم. وحكي عن شريح، وطاوس، أنهما ورثاه؛ لما روى سعيد، عن سفيان، عن عمرو بن دينار، عن عوسجة، عن ابن عباس، «أن رجلا توفي على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وليس له وارث إلا غلام له هو أعتقه، فأعطاه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ميراثه» . قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وروي عن عمر نحو هذا. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لم ينعم عليه، فلم يرثه، كالأجنبي، وإعطاء النبي - صلى الله عليه وسلم - له قضية في عين، يحتمل أن يكون وارثا بجهة غير الإعتاق، وتكون فائدة الحديث أن إعتاقه له لم يمنعه ميراثه. ويحتمل أنه أعطاه صلة وتفضلا. إذا ثبت أنه لا يرثه فلا يعقل عنه. وقال الشافعي في القديم: يعقل عنه؛ لأنه سيده أنعم عليه. فجاز أن يغرم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٢

عنه. **ولنا**، أن العقل على العصبات، وليس هذا منهم. وما ذكره لا أصل له، وينعكس كسائر العاقلة ، فإنه لم ينعم عليه ويعقلون عنه، وينتقض بما إذا قضى إنسان دين آخر، فقد غرم عنه، ولا يعقل.

[فصل أسلم الرجل على يدي الرجل لم يرثه بذلك]

(٥٠٣٧) فصل: فإن أسلم الرجل على يدي الرجل، لم يرثه بذلك. في قول عامة أهل العلم، منهم الحسن، والشعبي، ومالك، والشافعي وأصحاب الرأي. وقد روي عن أحمد - رحمه الله - رواية أخرى، أنه يرثه. وهو قول إسحاق. وحكي عن إبراهيم أن له ولاءه ويعقل عنه

وعن ابن المسيب: إن عقل عنه ورثه، وإن لم يعقل عنه لم يرثه. وعن عمر بن الخطاب، وعمر بن عبد العزيز - رضي الله عنهما - أنه يرثه وإن لم يواله؛ لما روى راشد بن سعد، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من أسلم على يديه رجل، فهو مولاه، يرثه ويدي عنه» . رواه سعيد، وقال أيضا: حدثنا عيسى بن يونس ثنا معاوية بن يحيى الصدفي عن القاسم الشامي عن أبي أمامة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «من أسلم على يديه رجل، فله ولاؤه» .

وروى بإسناده عن تميم الداري، أنه «قال: يا رسول الله، ما السنة في الرجل يسلم على يدي الرجل من المسلمين؟ فقال: هو أولى الناس بمحياه ومماته» . رواه أبو داود والترمذي، وقال: لا أظنه متصلا. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الولاء لمن أعتق» . ولأن أسباب التوارث غير موجودة." [١]

"فيه، وحديث راشد مرسل وحديث أبي أمامة فيه معاوية بن يحيى الصدفي، وهو ضعيف، وحديث تميم تكلم الترمذي فيه.

[فصل عاقد رجلا فقال عاقدتك على أن ترثني وأرثك وتعقل عني وأعقل عنك]

(٥٠٣٨) فصل: وإن عاقد رجل رجلا، فقال: عاقدتك على أن ترثني وأرثك، وتعقل عني وأعقل عنك. فلا حكم لهذا العقد ولا يتعلق به إرث ولا عقل. وبه قال الشافعي. وقال الحكم، وحماد، وأبو حنيفة: هو عقد صحيح ولكل واحد منهما أن يرجع عنه، ما لم يعقل واحد عن الآخر، فإذا عقل عنه، لزم، ويرثه إذا لم يخلف ذا رحم؛ لقوله تعالى: ﴿والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم﴾ [النساء: ٣٣] . ولأن هذا كالوصية، ووصية الذي لا وارث له بجميع ماله جائزة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٤

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الولاء لمن أعتق» . ولأن أسباب التوارث محصورة في رحم ونكاح وولاء، وليس هذا منها، والآية منسوخة بآية الميراث، ولذلك لا يرث مع ذي رحم شيئا. قال الحسن: نسختها: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥] . وقال مجاهد: فآتوهم نصيبهم من العقل والنصرة والرفادة. وليس هذا بوصية؛ لأن الوصي لا يعقل، فله الرجوع، وهذا عندهم بخلافه.

[فصل اللقيط حر لا ولاء عليه]

(٥٠٣٩) فصل: واللقيط حر لا ولاء عليه. في قول الجمهور، وفقهاء الأمصار. وروي عن عمر، أن ولاءه لملتقطه. وبه قال الليث، وإسحاق. وعن إبراهيم: إن نوى أن يرث منه فذلك. وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المرأة تحوز ثلاثة مواريث؛ لقيطها، وعتيقها، وولدها الذي لاعنت عليه» . ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الولاء لمن أعتق» . ولأنه ليس بقرابة ولا عتيق ولا ذي نكاح، فلا يرث كالأجنبي، والحديث فيه كلام.." (١)

"مع ماله، ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا، من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع، وذلك مضر؛ لما بيناه من الحاجة إليها، وما روي عن عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها، فلا ينافي ما ذكرناه.

فأما إن تعدى المستودع فيها، أو فرط في حفظها، فتلفت، ضمن، بغير خلاف نعلمه؛ لأنه متلف لمال غيره، فضمنه، كما لو أتلفه من غير استيداع.

[فصل شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فقبله]

(٥٠٤١) فصل: إذا شرط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة، فقبله أو قال: أنا ضامن لها. لم يضمن. قال أحمد في المودع: إذا قال: أنا ضامن لها. فسرقت، فلا شيء عليه. وكذلك كل ما أصله الأمانة، كالمضاربة، ومال الشركة، والرهن، والوكالة. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر؛ وذلك لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه، فلم يلزمه، كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٥

[مسألة خلط الوديعة بماله وهي لا تتميز أو لم يحفظها كما يحفظ ماله]

(٥٠٤٢) مسألة؛ قال: (فإن خلطها بماله، وهي لا تتميز، أو لم يحفظها كما يحفظ ماله، أو أودعها غيره، فهو ضامن) في هذه المسألة ثلاث مسائل؛ (٥٠٤٣) المسألة الأولى، أن المستودع إذا خلط الوديعة بما لا تتميز منه من ماله أو مال غيره، ضمنها سواء خلطها بمثلها، أو دونها، أو أجود من جنسها أو غير جنسها، مثل أن يخلط دراهم بدراهم، أو دهنا بدهن، كالزيت بالزيت، أو السمن أو بغيره. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي.

وقال ابن القاسم: إن خلط دراهم بدراهم على وجه الحرز، لم يضمن. وحكي عن مالك، لا يضمن إلا أن يكون دونها؛ لأنه لا يمكنه ردها إلا ناقصة. **ولنا**، أنه خلطها بماله خلطا لا يتميز، فوجب أن يضمنها، كما لو خلطها بدونها، ولأنه إذا خلطها بما لا يتميز، فقد فوت على نفسه إمكان ردها، فلزمه ضمانها، كما لو ألقاها في لجة بحر. وإن أمره صاحبها بخلطها بماله أو بغيره، ففعل ذلك، فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل ما أمر به، فكان نائبا عن المالك فيه.

وقد نقل مهنا عن أحمد، في رجل استودع عشرة دراهم، واستودعه آخر عشرة، وأمراه أن يخلطها، فخلطها، فضاعت الدراهم، فلا شيء عليه. فإن أمره أحدهما بخلط دراهمه، ولم يأمره الآخر، فعليه ضمان دراهم من لم يأمره دون الأخرى. وإن اختلطت هي بغير تفريط منه، فلا ضمان عليه؛ لأنها لو تلفت بذلك لم يضمن، فخلطها أولى. وإن خلطها غيره، فالضمان على من خلطها؛ لأن العدوان منه، فالضمان عليه، كما لو أتلفها.." (١)

"(٥٠٤٤) المسألة الثانية، إذا لم يحفظها كما يحفظ ماله، وهو أن يحرزها بحرز مثلها، فإنه يضمنها. وحرز مثلها يذكر في باب القطع في السرقة. وهذا إذا لم يعين له المودع ما يحفظها فيه، فإن عين له لزمه حفظها فيما أمره به، سواء كان حرز مثلها أو لم يكن وإن أحرزها بمثله أو أعلى منه لم يضمنها ويتخرج أن يضمنها إذا فعل ذلك من غير حاجة (٥٠٤٥) المسألة الثالثة، إذا أودعها غيره. ولها صورتان؛ إحداهما، أن يودعها غيره لغير عذر، فعليه الضمان.

بغير خلاف في المذهب. وهو قول شريح، ومالك، والشافعي، وأبي حنيفة وأصحابه وإسحاق. وقال ابن أبي ليلى: لا ضمان عليه؛ لأن عليه حفظها وإحرازها، وقد أحرزها عند غيره وحفظها به، ولأنه يحفظ ماله بإيداعه، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله، فلم يضمنها، كما لو حفظها في حرزه. **ولنا**، أنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٧

خالف المودع فضمنها. كما لو نهاه عن إيداعها. وهذا صحيح فإنه أمره بحفظه‌ا بنفسه، ولم يرض لها غيره. فإذا ثبت هذا، فإن له تضمين الأول، وليس للأول الرجوع على الثاني؛ لأنه دخل معه في العقد على أنه أمين له لا ضمان عليه.

وإن أحب المالك تضمين الثاني، فذكر القاضي أنه ليس له تضمينه، في ظاهر كلام أحمد؛ لأنه ذكر الضمان على الأول فقط. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأنه قبض قبضا موجبا للضمان على الأول، فلم يوجب ضمانا آخر، وفارق القبض من الغاصب؛ فإنه لم يوجب الضمان على الغاصب، إنما لزمه الضمان بالغصب. ويحتمل أن له تضمين الثاني أيضا؛ لأنه قبض مال غيره على وجه لم يكن له قبضه، ولم يأذن له مالكه، فضمنه، كالقابض من الغاصب، وهذا مذهب الشافعي

وذكر أحمد الضمان على الأول لا ينفي الضمان عن الثاني، كما أن الضمان يلزم الغاصب، ولا ينفي وجوبه على القابض منه. فعلى هذا يستقر الضمان على الأول، فإن ضمنه لم يرجع على أحد، وإن ضمن الثاني يرجع على الأول. وهذا القول أشبه ب‌الصواب، وما ذكرنا للقول الأول لا أصل له، ثم هو منتقض بما إذا دفع الوديعة إلى إنسان عارية، أو هبة، أو وديعة لنفسه، فأما إن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله، كامرأته وغلامه، لم يضمن. نص عليه أحمد.." (١)

"وهو قول أبي حنيفة

وقال الشافعي: يضمن؛ لأنه سلم الوديعة إلى من لم يرض به صاحبها، فضمنها. كما لو سلمها إلى أجنبي. **ولنا**، أنه حفظها بما يحفظ به ماله، فأشبه ما لو حفظها بنفسه، وكما لو دفع الماشية إلى الراعي، أو دفع البهيمة إلى غلامه ليسقيها، ويفارق الأجنبي، فإن دفعها إليه لا يعد حفظا منه. الصورة الثانية، إذا كان له عذر، مثل إن أراد سفرا، أو خاف عليها عند نفسه من حرق أو غرق أو غيره، فهذا إن قدر على ردها على صاحبها أو وكيله في قبضها، لم يجز له دفعها إلى غيره.

فإن فعل ضمنها؛ لأنه دفعها إلى غير مالكها بغير إذن منه من غير عذر، فضمنها، كما لو أودعها في الصورة الأولى. وإن لم يقدر على صاحبها ولا وكيله، فله دفعها إلى الحاكم، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن؛ لأنه متبرع بإمساكها، فلا يلزمه استدامته، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته. وإن أودعها مع قدرته على الحاكم، ضمنها؛ لأن غير الحاكم لا ولاية له. ويحتمل أن يجوز له إيداعها؛ لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى صاحبها. وإن لم يقدر على الحاكم، فأودعها ثقة، لم يضمنها لأنه موضع حاجة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٨

وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه يضمنها.

ثم تأول كلامه على أنه أودعها من غير حاجة، أو مع قدرته على الحاكم. وإن دفنها في موضع وأعلم بها ثقة يده على الموضع، وكانت مما لا يضرها الدفن، فهو كإيداعها عنده، وإن لم يعلم بها أحدا ضمنها؛ لأنه فرط في حفظها، فإنه لا يأمن أن يموت في سفره، فلا تصل إلى صاحبها، وربما نسي مكانها، أو أصابه آفة من هدم أو حرق أو غرق، فتضيع. وإن أعلم بها غير ثقة، ضمنها؛ لأنه ربما أخذها. وإن أعلم بها ثقة لا يد له على المكان، فقد فرط، لأنه لم يودعها إياه، ولا يقدر على الاحتفاظ بها.

[فصل أراد السفر الوديعة وقد نهاه المالك عن ذلك]

(٥٠٤٦) فصل: وإن أراد السفر بها وقد نهاه المالك عن ذلك، ضمنها؛ لأنه مخالف لصاحبها، وإن لم يكن نهاه، لكن الطريق مخوف، أو البلد الذي يسافر إليه مخوف ضمنها؛ لأنه فرط في حفظها. وإن لم يكن كذلك، فله السفر بها. نص عليه أحمد، سواء كان به ضرورة إلى السفر أو لم يكن. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي إن سافر بها مع القدرة على صاحبها، أو وكيله، أو الحاكم أو أمين، ضمنها؛ لأنه يسافر بها من غير ضرورة، أشبه ما لو كان السفر مخوفا

ولنا، أنه نقلها إلى موضع مأمون، فلم يضمنها، كما لو نقلها في البلد، ولأنه سافر بها سفرا غير مخوف،." (١)

"وجملة ذلك أن رب الوديعة إذا أمر المستودع بحفظها في مكان عينه، فحفظها فيه، ولم يخش عليها، فلا ضمان عليه. بغير خلاف لأنه ممتثل لأمره، غير مفرط في ماله. وإن خاف عليها سيلا وتوى، يعني هلاكا، فأخرجها منه إلى حرزها، فتلفت، فلا ضمان عليه. بغير خلاف أيضا؛ لأن نقلها في هذه الحال تعين حفظا لها، وهو مأمور بحفظها.

وإن تركها مع الخوف فتلفت، ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره؛ لأنه فرط في حفظها، لأن حفظها نقلها، وتركها تضييع لها. وإن لم يخف عليها فنقلها عن الحرز إلى دونه، ضمنها؛ لأنه خالفه في الحفظ المأمور به. وإن نقلها إلى دونه عند الخوف عليها، نظرنا؛ فإن أمكنه إحرازها بمثله، أو أعلى منه، ضمنها أيضا؛ لتفريطه، وإن لم يمكنه إحرازها إلا بما دونه، لم يضمنها؛ لأن إحرازها بذلك أحفظ لها من تركه، وليس في وسعه سواه. وإن نقلها إلى مثل ذلك الحرز لغير عذر، فقال القاضي: لا يضمن. وهو

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٣٩

مذهب الشافعي؛ لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله، كمن اكترى أرضا لزرع حنطة، فله زرعها وزرع مثلها في الضرر. ويحتمل كلام الخرقي لزوم الضمان، لأن الأمر بشيء يقتضي تعيينه، فلا يعدل عنه إلا بدليل.

وإن نقلها إلى أحرز منه كان حكمه حكم ما لو أخرجها إلى مثله. فإن نهاه عن إخراجها من ذلك المكان، فالحكم فيه كما لو أمره بتركها فيه ولم ينهه عن إخراجها منه، إلا في أنه إذا خاف عليها فلم يخرجها حتى تلفت، ففيه وجهان؛ أحدهما، يضمن؛ لما ذكرنا في التي قبلها. والثاني، لا يضمن؛ لأنه ممتثل لقول صاحبها وفي أنه إذا أخرجها لغير عذر ضمنها، سواء أخرجها إلى مثله أو دونه أو فوقه لأنه خالف صاحبها لغير فائدة. وهذا ظاهر كلام الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن نهاه عن نقلها من بيت، فنقلها إلى بيت آخر من الدار، لم يضمن؛ لأنه البيتين من دار واحدة حرز واحد، وطريق أحدهما طريق الآخر، فأشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية.

وإن نقلها من دار إلى دار أخرى، ضمن. **ولنا**، أنه خالف أمر صاحبها بما لا مصلحة فيه، فيضمن، كما لو نقلها من دار إلى دار. وليس ما فرق به صحيحا؛ لأن ثبوت الدار تختلف، فمنها ما هو أقرب إلى الطريق، أو إلى موضع الوقود، أو إلى الانهدام، أو أسهل فتحا، أو بابه أسهل كسرا، أو أضعف حائطا، أوأسهل نقبا، أو لكون المالك يسكن به، أو يسكن في غيره، وأشباه هذا مما يؤثر في الحفظ أو في عدمه، فلا يجوز تفويت غرض رب الوديعة من تعيينه من غير ضرورة. وإن خاف عليها في موضعها، فعليه نقلها. فإن تركها فتلفت ضمنها؛ لأن نهي صاحبها عن إخراجها إنما كان لحفظها، وحفظها هاهنا في إخراجها، فأشبه ما لو لم ينهه عن إخراجها.." (١)

"على بطها، بخلاف ما إذا شدها مما يلي الجيب. وهذا يبطل بما إذا تركها في جيبه، أو شدها في كمه، فإن الطرار يقدر على بطها ولا يضمن، وليس إمكان إحرازها بأحفظ الحرزين مانعا من إحرازها بما دونه، إذا كان حرزا لمثلها. وشدها على العضد حرز لها كيفما كان؛ لأن الناس يحرزون به أموالهم، فأشبه شدها في الكم وتركها في الجيب، ولكن لو أمره بشدها مما يلي الجيب، فشدها من الجانب الآخر، ضمن. وإن أمره بشدها مما يلي الجانب الآخر، فشدها مما يلي الجيب، لم يضمن؛ لأنه أحرز. وإن أمره بشدها على عضده مطلقا، أو أمره بحفظها معه، فشدها من أي الجانبين كان، لم يضمن؛ لأنه ممتثل أمر مالكها، محرز لها بحرز مثلها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٤١

وأن شدها على وسطه، فهو أحرز لها، وكذلك إن تركها في بيته في حرزها.

[فصل أمره أن يجعل الوديعة في صندوق وقال لا تقفل عليها ولا تنم فوقها فخالفه في ذلك]

(٥٠٥٣) فصل: وإن أمره أن يجعلها في صندوق، وقال: لا تقفل عليها، ولا تنم فوقها. فخالفه في ذلك، أو قال: لا تقفل عليها إلا قفلا واحدا، فجعل عليها قفلين، فلا ضمان عليه. ذكره القاضي. وهو ظاهر مذهب الشافعي. وحكي عن مالك أنه يضمن؛ لأنه خالف ربها في شيء له فيه غرض يتعلق بحفظها، فأشبه ما لو نهاه عن إخراجها عن منزله فأخرجها لغير حاجة وذلك لأن النوم عليها، وترك قفلين عليها، وزيادة الاحتفاظ بها، ينبه اللص عليها، ويحثه على الجد في سرقتها، والاحتيال لأخذها. **ولنا**، أن ذلك أحرز لها، فلا يضمن بفعله، كما لو أمره بتركها في صحن الدار، فتركها في البيت، وبهذا ينتقض ما ذكروه.

[فصل قال اجعل الوديعة في هذا البيت ولا تدخله أحدا فأدخل إليه قوما فسرقها أحدهم]

(٥٠٥٤) فصل: إذا: قال: اجعلها في هذا البيت، ولا تدخله أحدا. فأدخل إليه قوما، فسرقها أحدهم، ضمنها؛ لأنها ذهبت بتعديه ومخالفته، وسواء سرقها حال إدخالهم، أو بعده لأنه ربما شاهد الوديعة في دخوله البيت، وعلم موضعها، وطريق الوصول إليها. وإن سرقها من لم يدخل البيت، فقال القاضي: لا يضمن؛ لأن فعله لم يكن سببا لإتلافها. ويحتمل أن يلزمه الضمان؛ لأن الداخل ربما دل عليها من لم يدخل، ولأنها مخالفة فوجب الضمان.

إذا كانت سببا لإتلافها فأوجبته، وإن لم تكن سببا كما لو نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير حاجة.

[فصل قال ضع هذا الخاتم وديعة في الخنصر فوضعه في البنصر]

(٥٠٥٥) فصل: إذا قال: ضع هذا الخاتم في الخنصر. فوضعه في البنصر، لم يضمنه؛ لأنها أغلظ وأحفظ له، إلا أن لا يدخل فيها، فيضعه في أنملتها العليا فيضمنه، أو ينكسر بها لغلظها عليه، فيضمنه أيضا؛ لأن مخالفته سبب لتلفه.

[مسألة أودعه شيئا ثم سأله دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك فلم يفعل حتى تلف]

(٥٠٥٦) مسألة؛ قال: (وإذا أودعه شيئا، ثم سأله دفعه إليه في وقت أمكنه ذلك، فلم يفعل حتى تلف، فهو ضامن)." (١)

"لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها، إذا طلبها، فأمكن أداؤها إليه بغير ضرورة، وقد أمر الله تعالى بذلك، فقال تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨] . وأمر به رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» يعني عند طلبها. ولأنها حق لمالكها لم يتعلق بها حق غيره، فلزم أداؤها إليه، كالمغصوب والدين الحال.

فإن امتنع من دفعها في هذه الحال، فتلفت، ضمنها؛ لأنه صار غاصبا، لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محرم، فأشبه الغاصب. فأما إن طلبها في وقت لم يمكن دفعها إليه، لبعدها، أو لمخافة في طريقها، أو للعجز عن حملها، أو غير ذلك، لم يكن متعديا بترك تسليمها؛ لأن الله تعالى لا يكلف نفسا إلا وسعها. وإن تلفت لم يضمنها؛ لعدم عدوانه. وإن قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي، أو آكل، فإني جائع أو أنام فإني ناعس، أو ينهضم عني الطعام فإني ممتلئ أمهل بقدر ذلك.

[فصل ليس على المستودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت مما لحمله مؤنة]

(٥٠٥٧) فصل: وليس على المستودع مؤنة الرد وحملها إلى ربها إذا كانت مما لحمله مؤنة، قلت المؤنة أو كثرت؛ لأنه قبض العين لمنفعة مالكها على الخصوص، فلم تلزمه الغرامة عليها، كما لو وكله في حفظها في ملك صاحبها، وإنما عليه التمكين من أخذها. وإن سافر بها بغير إذن ربها، فعليه ردها إلى بلدها، لأنه أبعدها بغير إذن ربها، فلزمه ردها، كالغاصب.

[مسألة إذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله]

(٥٠٥٨) مسألة؛ قال: (وإذا مات وعنده وديعة لا تتميز من ماله، فصاحبها غريم بها) وجملته أن الرجل إذا مات، وثبت أن عنده وديعة لم توجد بعينها، فهي دين عليه، يغرم من تركته، فإن كان عليه دين سواها، فهي والدين سواء فإن وفت تركته بهما، وإلا اقتسماها بالحصص. وبهذا قال الشعبي، والنخعي، وداود بن أبي هند، ومالك، والشافعي، وأبو حنيفة، وأصحابه وإسحاق.

وروي ذلك عن شريح، ومسروق، وعطاء، وطاوس، والزهري، وأبي جعفر محمد بن علي. وروي عن النخعي:

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٤٤

الأمانة قبل الدين. وقال الحارث العكلي: الدين قبل الأمانة. **ولنا**، أنهما حقان وجبا في ذمته، فتساويا كالدينين، وسواء وجد في تركته من جنس الوديعة أو لم يوجد. وهذا إذا أقر المودع أن عندي وديعة أو علي وديعة لفلان، أو ثبت ببينة أنه مات وعنده وديعة، فأما إن كانت عنده وديعة في حياته، ولم توجد بعينها، ولم يعلم هل هي باقية عنده أو تلفت. ففيه وجهان؛." (١)

"لأنه خرج بالجحود عن الأمانة، فصار ضامنا كمن طولب الوديعة فامتنع من ردها. وإن أقام البينة بتلفها بعد الجحود، لم يسقط عنه الضمان لذلك. وإن شهدت بتلفها قبل الجحود من الحرز.
فهل تسمع بينته؟ ففيه وجهان؛ أحدهما، لا تسمع؛ لأنه مكذب لها بإنكاره الإيداع. والثاني، تسمع بينته؛ لأن المودع لو اعترف بذلك سقط حقه، فتسمع البينة به، فإن شهدت بالتلف من الحرز، ولم تعين قبل الجحود ولا بعده، واحتمل الأمرين، لم يسقط الضمان؛ لأن الأصل وجوبه، فلا ينتفي بأمر متردد. وأما إذا ادعى الوديعة، فقال: ما لك عندي شيء، أو لا تستحق علي شيئا. فقالت البينة بالإيداع، أو أقر به المودع، ثم قال: ضاعت من حرز. كان القول قوله مع يمينه، ولا ضمان عليه؛ لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها، فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفريطه فلا شيء لمالكها عنده، ولا يستحق عليه شيئا، لكن إن ادعى تلفها بعد جحوده، أو قامت بينة بتلفها بعد الجحود، أو أنها كانت عنده حال جحوده، فعليه ضمانها؛ لأن جحوده أوجب الضمان عليه، فصار كالغاصب.

[فصل نوى الخيانة في الوديعة بالجحود أو الاستعمال ولم يفعل]
(٥٠٦١) فصل: إذا نوى الخيانة في الوديعة، بالجحود أو الاستعمال، ولم يفعل، لم يصر ضامنا؛ لأنه لم يحدث في الوديعة قولا ولا فعلا، فلا يضمن، كما لو لم ينو. وقال ابن شريح: يضمنها؛ لأنه أمسكها بنية الخيانة، فيضمنها، كالملتقط بقصد التملك **ولنا**: قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي عن أمتي الخطأ والنسيان، وما حدثت به أنفسها، ما لم تكلم به، أو تعمل به» . ولأنه لم يخن فيها بقول ولا فعل، فلم يضمنها، كالذي لم ينو، وفارق الملتقط." (٢)

"بقصد التملك

، فإنه عمل فيها بأخذها ناويا للخيانة فيها، فوجب الضمان بفعله المنوي، لا بمجرد النية. ولو التقطها

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٤٥

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٤٤٧

قاصدا لتعريفها، ثم نوى بعد ذلك إمساكها لنفسه، كانت كمسألتنا. ولو أخرجها بنية الاستعمال، فلم يستعملها، ضمنها. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا يضمنها إلا بالاستعمال؛ لأنه لو أخرجها لنقلها لم يضمنها. **ولنا**، أنه تعدى بإخراجها، أشبه ما لو استعملها، بخلاف ما إذا نقلها.

[فصل المودع أمين والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة]

(٥٠٦٢) فصل: والمودع أمين، والقول قوله فيما يدعيه من تلف الوديعة. بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة، ثم ذكر أنها ضاعت، أن القول قوله. وقال أكثرهم: مع يمينه. وإن ادعى ردها على صاحبها، فالقول قوله مع يمينه أيضا. وبه قال الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وبه قال مالك إن كان دفعها إليه بغير بينة. وإن كان أودعه ببينة لم يقبل قوله في الرد إلا ببينة

ولنا، أنه أمين لا منفعة له في قبضها، فقبل قوله في الرد بغير بينة، كما لو أودع بغير بينة. وإن قال: دفعتها إلى فلان بأمرك. فأنكر مالكها الإذن في دفعها، فالقول قول المودع. نص عليه أحمد، في رواية ابن منصور. وهو قول ابن أبي ليلى. وقال مالك، والثوري، والعنبري، والشافعي، وأصحاب الرأي: القول قول المالك؛ لأن الأصل عدم الإذن، وله تضمينه. **ولنا**، أنه ادعى دفعا يبرأ به من الوديعة، فكان القول قوله، كما لو ادعى ردها على مالكها. ولو اعترف المالك بالإذن، ولكن قال: لم يدفعها. فالقول قول المستودع أيضا، ثم ننظر في المدفوع إليه؛ فإن أقر أنه قبضه، وكان الدفع في دين، فقد برئ الكل، وإن أنكر.

فالقول قوله مع يمينه. وقد ذكر أصحابنا أن الدافع يضمن؛ لكونه قضى الدين بغير بينة، ولا يجب اليمين على صاحب الوديعة؛ لأن المودع مفرط، لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه، فكان ضامنا، سواء صدقه أو كذبه. وإن أمره بدفعه وديعة، لم يحتج إلى بينة، لأن المودع يقبل قوله في التلف والرد، فلا فائدة في الإشهاد عليه. فعلى هذا يحلف المودع، ويبرأ، ويحلف الآخر ويبرأ أيضا، ويكون ذهابها من مالكها.

[فصل أودع بهيمة فأمره صاحبها بعلفها وسقيها]

(٥٠٦٣) فصل: وإذا أودع بهيمة، فأمره صاحبها بعلفها وسقيها، لزمه ذلك لوجهين؛." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٤٨

"[فصل أودعه البهيمة وقال لا تعلفها ولا تسقها]

(٥٠٦٤) فصل وإن أودعه البهيمة، وقال: لا تعلفها، ولا تسقها. لم يجز له ترك علفها؛ لأن للحيوان حرمة في نفسه يجب إحياؤه لحق الله تعالى. فإن علفها وسقاها، كان كالقسم الذي قبله، وإن تركها حتى تلفت، لم يضمنها. وهذا قول عامة أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يضمن لأنه تعدى بترك علفها، أشبه ما إذا لم ينهه. وهذا قول ابن المنذر؛ لنهي رسول الله عن إضاعة المال. فيصير أمر مالكها وسكوته سواء. **ولنا**، أنه ممتثل لأمر صاحبها، فلم يضمنها، كما لو قال: اقتلها فقتلها، وكما لو قال: لا تخرج الوديعة، وإن خفت عليها.

فخاف عليها ولم يخرجها، أو أمره صاحبها بإلقائها في نار أو بحر. وبهذا ينتقض ما ذكروه. ومنع ابن المنذر الحكم فيما إذا أمره بإتلافها وأتلفها؛ لما تقدم. ولا يصح؛ لأنه ثابت لصاحبها فلم يغرم له شيئا، كما لو استنابه في مباح، والتحريم أثره في بـقاء حق الله تعالى وهو التأثيم، أما حق الآدمي فلا يبقى مع إذنه في تفويته، ولأنها لم تتلف بفعله، وإنما تلفت بترك العلف المأذون فيه، أشبه ما لو قال له: لا تخرجها إذا خفت عليها. فلم يخرجها.

[مسألة كان في يده وديعة فادعاها نفسان]

(٥٠٦٥) مسألة؛ قال: (ولو كان في يده وديعة، فادعاها نفسان، فقال: أودعني أحدهما ولا أعرفه عينا. أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة حلف أنها له، وسلمت إليه) وجملته أن من كانت عنده وديعة، فادعاها نفسان، فأقر بها لأحدهما، سلمت إليه؛ لأن يده دليل ملكه، فلو ادعاها لنفسه، كان القول قوله. فإذا أقر بها لغيره، وجب أن يقبل، ويلزمه أن يحلف للآخر؛ لأنه منكر لحقه، فإن حلف برئ، وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها.

لأنه فوتها عليه. وكذلك لو أقر للثاني بها بعد أن أقر بها للأول، سلمت إلى الأول؛ لأنه استحقها بإقراره، وغرم قيمتها للثاني. نص على هذا أحمد. وإن أقر بها لهما جميعا، فهي بينهما، ويلزمه اليمين لكل واحد منهما في نصفها. وإن قال: هي لأحدهما لا أعرفه عينا. فاعترفا له بجهله، تعين المستحق لها، فلا يمين عليه. وإن ادعيا معرفته، فعليه يمين واحدة أنه لا يعلم ذلك. وقال أبو حنيفة: يحلف يمينين، كما لو أنكر

أنها لهما. **ولنا**، أن الذي يدعى عليه أمر واحد، وهو العلم بعين المالك، فكفاه يمين واحدة كما لو ادعياها فأقر بها." (١)

"لأحدهما، ويفارق ما إذا أنكرها.

لأن كل واحد منهما يدعي عليه أنها له، فهما دعويان، فإن حلف أقرع بينهما، فمن قرع صاحبه حلف، وسلمت إليه. وقال الشافعي: يتحالفان، ويوقف الشيء بينهما حتى يصطلحا. وهو قول ابن أبي ليلى؛ لأنه لا يعلم المالك منهما. وللشافعي قول آخر، أنها تقسم بينهما، كما لو أقر بها لهما. وهذا الذي حكاه ابن المنذر عن ابن أبي ليلى، وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه فيما حكي عنهم، قالوا: ويضمن المستودع نصفها لكل واحد منهما؛ لأنه فوت ما استودع بجهله.

ولنا، أنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما، فوجب أن يقرع بينهما، كالعبدين إذا أعتقهما في مرضه فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما، أو كما لو أراد السفر بإحدى نسائه وقول أبي حنيفة ليس بصحيح؛ فإن العين لم تتلف، ولو تلفت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه، وليس في جهله تفريط، إذ ليس في وسعه أن لا ينسى ولا يجهل.

[مسألة أودع شيئا فأخذ بعضه ثم رده أو مثله فضاع الكل]

(٥٠٦٦) مسألة؛ قال: (ومن أودع شيئا، فأخذ بعضه، ثم رده أو مثله، فضاع الكل، لزمه مقدار ما أخذ) وجملته أن من أودع شيئا، فأخذ بعضه، لزمه ضمان ما أخذ، فإن رده أو مثله، لم يزل الضمان عنه. وبهذا قال الشافعي. وقال مالك: لا ضمان عليه إذا رده أو مثله. وقال أصحاب الرأي: إن لم ينفق ما أخذه، ورد، لم يضمن، وإن أنفقه ثم رده أو مثله ضمن. **ولنا**، أن الضمان تعلق بذمته بالأخذ، بدليل أنه لو تلف في يده قبل رده ضمنه، فلا يزول إلا برده إلى صاحبه كالمغصوب.

فأما سائر الوديعة، فينظر فيه؛ فإن كان في كيس مختوم أو مشدود، فكسر الختم أو حل الشد، ضمن، سواء أخرج منه أو لم يخرج؛ لأنه هتك الحرز بفعل تعدى به. وإن خرق الكيس فوق الشد، فعليه ضمان ما خرق خاصة؛ لأنه ما هتك الحرز. وإن لم تكن الدراهم في كيس، أو كانت في كيس غير مشدود، أو كانت ثيابا فأخذ منها واحدا ثم رده بعينه، لم يضمن غيره؛ لأنه لم يتعد في غيره. وإن رد بدله وكان متميزا، لم يضمن غيره لذلك، وإن لم يكن متميزا، فظاهر كلام الخرقي هاهنا أنه لا يضمن غيره

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٥٠

لأن التعدي اختص به، فيختص الضمان به، وخلط المردود بغيره لا يقتضي الضمان؛ لأنه يجب رده معها، فلم يفوت على نفسه إمكان ردها، بخلاف ما إذا خلطه بغيره. ولو أذن له صاحب الوديعة في الأخذ منها، ولم يأمره برد بدله، فأخذ ثم رد بدل ما أخذ فهو كرد بدل ما لم يؤذن في أخذه. وقال القاضي: يضمن الكل. وهو قول الشافعي؛ لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز منها، فضمن الكل، كما لو خلطها بغير البدل.." (١)

"وقد ذكرنا فرقا بين البدل وغيره، فلا يصح القياس.

وقال أبو حنيفة: إذا كسر ختم الكيس، لم يلزمه ضمان الوديعة؛ لأنه لم يتعد في غيره. **ولنا**، أنه هتك حرزها، فضمنها إذا تلفت، كما لو أودعه إياها في صندوق مقفل، ففتحه وتركه مفتوحا. ولا نسلم أنه لم يتعد في غير الختم.

[فصل ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد ثم ردها إلى صاحبها]

(٥٠٦٧) فصل: وإذا ضمن الوديعة بالاستعمال أو بالجحد، ثم ردها إلى صاحبها، زال عنه الضمان، فإن ردها صاحبها إليه، كان ابتداء استئمان، وإن لم يردها إليه، ولكن جدد له الاستئمان أو أبرأه من الضمان، برئ من الضمان، في ظاهر المذهب؛ لأن الضمان حقه، فإذا أبرأه منه برئ، كما لو أبرأه من دين في ذمته. وإذا جدد له استئمانا، فقد انتهى القبض المضمون به، فزال الضمان. وقد قال أصحابنا: إذا رهن المغصوب عند الغاصب، أو أودعه عنده، زال عنه ضمان الغصب، فهاهنا أولى.

[فصل أخذ ،لوديعة ليستعملها أو ليخزن فيها ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة]

(٥٠٦٨) فصل: ولو تعدى فلبس الثوب، وركب الدابة، أو أخذ الوديعة ليستعملها، أو ليخزن فيها، ثم ردها إلى موضعها بنية الأمانة، لم يبرأ من الضمان. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يبرأ؛ لأنه ممسك لها بإذن مالكها فأشبه ما قبل التعدي. **ولنا**، أنه ضمنها بعدوان، فبطل الاستئمان، كما لو جحدها ثم أقر بها، وبهذا يبطل ما ذكروه.

[فصل لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف]

(٥٠٦٩) فصل: ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف، فإن أودع طفل أو معتوه إنسانا وديعة، ضمنها

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٥١

بقبضها، ولا يزول الضمان عنه بردها إليه، وإنما يزول بدفعها إلى وليه الناظر له في ماله، أو الحاكم. فإن كان الصبي مميزا، صح إيداعه لما أذن له في التصرف فيه؛ لأنه كالبالغ بالنسبة إلى ذلك. فإن أودع رجل عند صبي أو معتوه وديعة، فتلفت، لم يضمنها، سواء حفظها أو فرط في حفظها. فإن أتلفها، أو أكلها، ضمنها في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي. ومن أصحابنا من قال: لا ضمان عليه.

وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه، فلا يلزمه ضمانها، ألا ترى أنه لو دفع إلى صغير سكينا، فوقع عليها، كان ضمانه على عاقلته؟ **ولنا**، أن ما ضمنه بإتلافه قبل الإيداع، ضمنه بعد الإيداع، كالبالغ. ولا يصح قولهم: إنه سلطه على إتلافها. وإنما استحفظه إياها، وفارق دفع السكين، فإنه سبب للإتلاف، ودفع الوديعة بخلافه.." (١)

"وزعم قوم أنه سقط بموته، ويرد على أنصباء الباقين من أهل الخمس؛ لأنهم شركاؤه. وقال آخرون: بل يرد على الغانمين؛ لأنهم استحلوها بقتالهم، وخرجت منها سهام منها سهم النبي - صلى الله عليه وسلم - ما دام حيا، فإذا مات وجب رده إلى من وجد سبب الاستحقاق فيه، كما أن تركة الميت إذا خرج منها سهم بوصية، ثم بطلت الوصية، رد إلى التركة.

وقالت طائفة: هو للخليفة بعده؛ لأن أبا بكر روى عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا أطعم الله نبيا طعمة، ثم قبضه فهي للذي يقوم بها من بعده» وقد رأيت أن أرده على المسلمين. والصحيح أنه باق، وأنه يصرف في مصالح المسلمين، لكن الإمام يقوم مقام النبي - صلى الله عليه وسلم - في صرفه فيما يرى، فإن، أبا بكر - رضي الله عنه - قال: لا أدع أمرا رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصنعه فيه إلا صنعته. متفق عليه. وروي عن الحسن بن محمد بن الحنفية، أنه قال: اختلفوا في هذين السهمين - يعني سهم الرسول - صلى الله عليه وسلم - وسهم ذي القربى - فأجمع رأيهم على أن يجعلوهما في الخيل والعدة في سبيل الله، فكانا في خلافة أبي بكر وعمر في الخيل والعدة في سبيل الله.

[فصل كان لرسول الله من المغنم الصفي]

(٥٠٨١) فصل: وكان لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - من المغنم الصفي، وهو شيء يختاره من المغنم قبل القسمة، كالجارية والعبد والثوب والسيف ونحوه. وهذا قول محمد بن سيرين، والشعبي، وقتادة، وغيرهم من أهل العلم. وقال أكثرهم: إن ذلك انقطع بموت النبي - صلى الله عليه وسلم -. قال أحمد:

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٢/٦

الصفي إنما كان للنبي - صلى الله عليه وسلم - خاصة، لم يبق بعده. ولا نعلم مخالفا لهذا إلا أبا ثور، فإنه قال: إن كان الصفي ثابتا للنبي - صلى الله عليه وسلم - فللإمام أن يأخذه على نحو ما كان يأخذه النبي - صلى الله عليه وسلم - ويجعله مجعل سهم النبي من خمس ا لخمس.

فجمع بين الشك فيه في حياة النبي - صلى الله عليه وسلم - ومخالفة الإجماع في إبقائه بعد موته. قال ابن المنذر: لا أعلم أحدا سبق أبا ثور إلى هذا القول وقد أنكر قوم كون الصفي للنبي - صلى الله عليه وسلم - واحتجوا بما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رفع وبرة من ظهر بعيره، فقال: «ما يحل لي مما أفاء الله عليكم ولا مثل هذه، إلا الخمس» ، وهو مردود عليكم رواه سعيد. ورواه أبو داود، بإسناده عن أبي أمامة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -

ولأن الله تعالى قال: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] . فمفهومه أن باقيها للغانمين. **ولنا**، ما روى أبو داود، بإسناده، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كتب إلى بني زهير بن أقيش: إنكم إن شهدتم أن لا إله إلا الله، وأن محمدا رسول الله، وأديتم الزكاة، وأديتم الخمس من." [1]

"وإن اختلفت، أمر بحمل الفضل ليدفع إلى مستحقه، كالميراث. وفارق الصدقة، حيث لا تنقل؛ لأن كل بلد يكاد لا يخلو من صدقة تفرق على فقراء أهله، والخمس يؤخذ في بعض الأقاليم، فلو لم ينقل لأدى إلى إعطاء البعض وحرمان البعض. والصحيح، إن شاء الله، أنه لا يجب التعميم؛ لأنه يتعذر، فلم يجب، كتعميم المساكين.

وما ذكر من بعث الإمام عماله وسعاته، فهو متعذر في زماننا؛ لأن الإمام لم يبق له حكم إلا في قليل من بلاد الإسلام، ولم يبق له جهة في الغزو، ولا له فيه أمر، ولأن هذا سهم من سهام الخمس، فلم يجب تعميمه، كسائر سهامه. فعلى هذا يفرقه كل سلطان فيما أمكن من بلاده.

[الفصل الخامس غنيهم وفقيرهم سواء في تقسيم سهم ذوي القربى]

(٥٠٨٧) الفصل الخامس: أن غنيهم وفقيرهم فيه سواء. وهذا قول الشافعي، وأبي ثور. وقيل: لا حق فيه لغني. قياسا له على بقية السهام. **ولنا** عموم قوله تعالى: ﴿ولذي القربى﴾ [الأنفال: ٤١] . وهذا عام لا يجوز تخصيصه بغير دليل، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يعطي أقاربه كلهم، وفيهم الأغنياء، كالعباس وغيره. ولم ينقل تخصيص الفقراء منهم، وقد روى الإمام أحمد، في " مسنده "، «أن النبي -

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٩/٦

صلى الله عليه وسلم – أعطى الزبير سهما وأمه سهما، وفرسه سهمين» .
وإنما أعطى أمه من سهم ذي القربى، وقد كانت موسرة، ولها موال ومال، ولأنه مال مستحق بالقرابة، فاستوى فيه الغني والفقير، كالميراث والوصية للأقارب. ولأن عثمان وجبيرا طلبا حقهما منه، وسألا عن علة منعهما ومنع قرابتهما، وهما موسران، فعلله النبي – صلى الله عليه وسلم – بنصرة بني المطلب دونهم، وكونهم مع بني هاشم كالشيء الواحد، ولو كان اليسار مانعا والفقر شرطا، لم يطلبا مع عدمه، ولعلل النبي – صلى الله عليه وسلم – منعهما بيسارهما وانتفاء فقرهما.

[مسألة الخمس الثالث في الغنيمة لليتامى]
(٥٠٨٨) مسألة؛ قال: (والخمس الثالث لليتامى) وهم الذين لا آباء لهم، ولم يبلغوا الحلم؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يتم بعد احتلام» . قال بعض أصحابنا: لا يستحقون إلا مع الفقر. وهو المشهور من مذهب الشافعي؛ لأن ذا الأب لا يستحق، والمال أنفع من وجود الأب، ولأنه صرف إليهم لحاجتهم، فإن اسم اليتم يطلق عليهم في العرف للرحمة، ومن كان إعطاؤه لذلك اعتبرت الحاجة فيه. وفارق ذوي القربى، فإنهم استحقوا." [1]
"قالوا: الذي لا يعيش له ولد. قال: لا، ولكن الرقوب الذي لم يقدم من ولده شيئا» . وقال: «ما تعدون المفلس فيكم؟ . قالوا: الذي لا درهم له ولا متاع. قال: لا، ولكن المفلس الذي يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال، ويأتي وقد ظلم هذا، ولطم هذا، وأخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من حسناته، وهذا من حسناته، حتى إذا نفدت حسناته، أخذ من سيئاتهم، فطرحت عليه، ثم يصك له صك إلى النار» .

[فصل من لا حق له في الزكاة]
(٥٠٩٨) فصل: ومن كان ذا مكسب يغني به نفسه وعياله إن كان له عيال، وكان له قدر كفايته في كل يوم، من أجر عقار، أو غلة مملوك أو سائمة، فهو غني لا حق له في الزكاة. وبهذا قال ابن عمر، والشافعي، وقال أبو حنيفة: إن لم يملك نصابا فله الأخذ منها؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أعلمهم أن عليهم صدقة، تؤخذ من أغنيائهم، فترد في فقرائهم.» فجعل الغني من تؤخذ منه الصدقة، ولا تؤخذ إلا من

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٦٢

النصاب.

ولأن هذا لا يملك نصابا، ولا قيمته، فجاز له الأخذ، كالذي لا كفاية له. **ولنا**، ما روى عبد الله بن عدي بن الخيار، «أن رجلين أتيا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو يقسم الصدقة، فسألاه شيئا منها، فصعد بصره فيهما، وقال لهما: إن شئتما أعطيتكما منها، ولا حظ فيها لغني، ولا لقوي مكتسب» . رواه أبو داود، ورواه الإمام أحمد، عن يحيى بن سعيد، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عبيد الله. وقال: هذا أجودهما إسنادا، ما أجوده من حديث، ما أعلم روي في هذا أجود من هذا. قيل له: فالحديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا تحل الصدقة لغني، ولا لذي مرة سوي» ؟ قال: لا أعلم فيه شيئا يصح. قيل له: يرويه سالم بن أبي الجعد، عن أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: سالم لم يسمع من أبي هريرة.

والغنى يختلف؛ فمنه غنى يوجب الزكاة، وغنى يمنع أخذها، وغنى يمنع المسألة، ويخالف ما قاسوا عليه هذا، فإنه محتاج إليها، والصدقة أوساخ الناس، فلا تباح إلا عند الحاجة إليها، وهذا المختلف فيه لا حاجة به إليها، فلا تباح له.." (١)

"[فصل إن كان للرجل بضاعة يتجر بها أو ضيعة يستغلها تكفيه غلتها فلا يعطى من الصدقة]

(٥١٠١) فصل: وإذا كان للرجل بضاعة يتجر بها، أو ضيعة يستغلها تكفيه غلتها، له ولعياله، فهو غني، لا يعطى من الصدقة شيئا، وإن لم تكفه، جاز له الأخذ منها قدر ما يتم به الكفاية، وإن كثرت قيمة ذلك. وقد تقدم ذكر ذلك في الزكاة.

[مسألة العاملون علي الزكاة وهم الجباة لها والحافظون لها]

مسألة؛ قال: (والعاملين على الزكاة، وهم الجباة لها، والحافظون لها) يعني العاملين على الزكاة، وهم الصنف الثالث من أصناف الزكاة، وهم السعاة الذين يبعثهم الإمام لأخذها من أربابها، وجمعها وحفظها ونقلها، ومن يعينهم ممن يسوقها ويرعاها ويحملها، وكذلك الحاسب والكاتب والكيال والوزان والعداد، وكل من يحتاج إليه فيها فإنه يعطى أجرته منها؛ لأن ذلك من مؤنتها، فهو كعلفها، وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يبعث على الصدقة سعاة، ويعطيهم عمالتهم، «فبعث عمر، ومعاذا، وأبا موسى، ورجلا من بني مخزوم، وابن اللتبية، وغيرهم. وطلب منه ابنا عمه الفضل بن العباس، وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث،

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٧١

أن يبعثهما، فقالا: يا رسول الله، لو بعثتنا على هذه الصدقة، فنصيب ما يصيب الناس، ونؤدي إليك ما يؤدي الناس؟ فأبى أن يبعثهما، وقال: إن هذه الصدقة أوساخ الناس» . وهذه قصص اشتهرت، فصارت كالمتواتر، وليس فيه اختلاف، مع ما ورد من نص الكتاب فيه فأغنى عن التطويل.

[فصل من شرط عامل الزكاة أن يكون بالغا عاقلا أمينا في جمع الزكاة]

(٥١٠٣) فصل: ومن شرط العامل أن يكون بالغا عاقلا أمينا؛ لأن ذلك ضرب من الولاية، والولاية تشترط فيها هذه الخصال، ولأن الصبي والمجنون لا قبض لهما، والخائن يذهب بمال الزكاة ويضيعه على أربابه. ويشترط إسلامه. واختار هذا القاضي. وذكر أبو الخطاب وغيره، أنه لا يشترط إسلامه؛ لأنه إجارة على عمل، فجاز أن يتولاه الكافر، كجباية الخراج. وقيل عن أحمد في ذلك روايتان. **ولنا**، أنه يشترط له الأمانة، فاشترط له الإسلام، كالشهادة، ولأنه ولاية على المسلمين، فلم يجز أن يتولاها الكافر، كسائر الولايات، ولأن من ليس من أهل الزكاة.

لا يجوز أن يتولى العمالة كالحربي، ولأن الكافر ليس بأمين، ولهذا قال عمر: لا تأتمنوهم وقد خونهم الله تعالى. وقد أنكر عمر على أبي موسى توليته الكتابة نصرانيا. فالزكاة التي هي ركن الإسلام أولى. ويشترط كونه من غير ذوي القربى، إلا أن يدفع إليه أجرته من غير الزكاة. وقال أصحابنا: يجوز له الأخذ منها؛ لأنها أجرة على عمل تجوز للغني، فجازت لذوي القربى، كأجرة النقال والحافظ. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي.." (١)

"**ولنا**، حديث الفضل بن العباس وعبد المطلب بن ربيعة بن الحارث، حين سألا النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يبعثهما على الصدقة، فأبى أن يبعثهما.

وقال: «إنما هذه الصدقة أوساخ الناس، وإنها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد» . وحديث أبي رافع أيضا. وهذا ظاهر في تحريم أخذهم العمالة، فلا تجوز مخالفته. ويفارق النقال والحمال والراعي، فإنه يأخذه أجرة لحمله لا لعمالته. ولا يشترط كونه حرا؛ لأن العبد يحصل منه المقصود كالحر، فجاز أن يكون عاملا كالحر. ولا كونه فقيها إذا كتب له ما يأخذه، وحد له، كما كتب النبي - صلى الله عليه وسلم - لعماله فرائض الصدقة، وكما كتب أبو بكر لعماله، أو بعث معه من يعرفه ذلك. ولا كونه فقيرا؛ لأن الله تعالى جعل العامل صنفا غير الفقراء والمساكين، فلا يشترط وجود معناهما فيه، كما لا يشترط معناه فيهما.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٧٣

وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا تحل الصدقة لغني، إلا لخمسة؛ لغاز في سبيل الله، أو لعامل عليها، أو لرجل ابتاعها بماله، أو لرجل كان له جار مسكين فتصدق على المسكين، فأهدى المسكين إلى الغني» . رواه أبو داود. وذكر أصحاب الشافعي أنه تشترط الحرية؛ لأن العمالة ولاية، فنافاها الرق، كالقضاء. ويشترط الفقه؛ ليعلم قدر الواجب وصفته. **ولنا**، ما ذكرناه، ولا نسلم منافاة الرق للولايات الدينية، فإنه يجوز أن يكون إماما في الصلاة، ومفتيا، وراويا للحديث، وشاهدا، وهذه من الولايات الدينية. وأما الفقه، فإنما يحتاج إليه لمعرفة ما يأخذه ويتركه، ويحصل ذلك بالكتاب له، كما فعل النبي - صلى الله عليه وسلم - وصاحباه - رضي الله عنهما -.

[فصل الإمام مخير في أجر عامل الزكاة]

(٥١٠٤) فصل: والإمام مخير بين أن يستأجر العامل إجارة صحيحة، بأجر معلوم، إما على مدة معلومة، وإما على عمل معلوم، وبين أن يجعل له جعلا معلوما على عمله، فإذا عمله استحق المشروط، وإن شاء بعثه من غير تسمية ثم أعطاه؛ فإن عمر - رضي الله عنه - قال: «بعثني النبي - صلى الله عليه وسلم - على الصدقة، فلما رجعت عملني، فقلت: أعطه من هو أحوج مني.» وذكر الحديث. فإن تلفت الصدقة في يده قبل وصولها إلى أربابها من غير تفريط، فلا ضمان عليه. ويستحق أجره من بيت المال، وإن لم تتلف أعطي أجر عمله منها، وإن كان أكثر من ثمنها أو أقل.

ثم قسم الباقي على أربابه؛ لأن ذلك من مؤنتها، فجرى مجرى علفها ومداواتها. وإن رأى الإمام أعطاه أجرة من بيت المال، أو يجعل له رزقا في بيت المال، ولا يعطيه." (١)

"منها شيئا، فعل. وإن تولى الإمام أو الوالي من قبله، أخذ الصدقة وقسمتها، لم يستحق منها شيئا؛ لأنه يأخذ رزقه من بيت المال.

[فصل للإمام أن يولي الساعي جباية الصدقة دون تفرقتها]

(٥١٠٥) فصل: ويجوز للإمام أن يولي الساعي جبايتها دون تفرقتها. ويجوز أن يوليه جبايتها وتفريقها؛ «فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - ولى ابن اللتبية فقدم بصدقته على النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: هذا لكم، وهذا أهدي إلي. وقال لقبيصة: أقم يا قبيصة حتى تأتينا الصدقة، فنأمر لك بها. وأمر معاذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٧٤

أن يأخذ الصدقة من أغنيائهم فيردها في فقرائهم.» ويروى أن زيادا ولى عمران بن حصين الصدقة، فلما جاء قيل له: أين المال؟ قال: أو للمال بعثتني، أخذناها كما كنا نأخذها على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ووضعناها حيث كنا نضعها على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. رواه أبو داود.

وعن أبي جحيفة قال: أتانا مصدق النبي – صلى الله عليه وسلم – فأخذ الصدقة من أغنيائنا، فوضعها في فقرائنا، وكنت غلاما يتيما، فأعطاني منها قلوصا. أخرجه الترمذي.

[مسألة المؤلفة قلوبهم وهم المشركون المتألفون على الإسلام]

(٥١٠٦) مسألة؛ قال: (والمؤلفة قلوبهم، وهم المشركون المتألفون على الإسلام) هذا الصنف الرابع من أصناف الزكاة المستحقون لها. وقال أبو حنيفة: انقطع سهمهم. وهو أحد أقوال الشافعي؛ لما روي أن مشركا جاء يلتمس من عمر مالا، فلم يعطه، وقال: ﴿فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر﴾ [الكهف: ٢٩] . ولم ينقل عن عمر ولا عثمان ولا علي أنهم أعطوا شيئا من ذلك، ولأن الله تعالى أظهر الإسلام، وقمع المشركين، فلا حاجة بنا إلى التأليف. وحكى حنبل، عن أحمد، أنه قال: المؤلفة قد انقطع حكمهم اليوم. والمذهب على خلاف ما حكاه حنبل، ولعل معنى قول أحمد: انقطع حكمهم. أي لا يحتاج إليهم في الغالب، أو أراد أن الأئمة لا يعطونهم اليوم شيئا، فأما إن احتاج إليهم جاز الدفع إليهم، فلا يجوز الدفع إليهم إلا مع الحاجة. **ولنا**، على جواز الدفع إليهم قول الله تعالى: ﴿والمؤلفة قلوبهم﴾ [التوبة: ٦٠] . وهذه الآية في سورة براءة، وهي من آخر ما نزل من القرآن على رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. وقد ثبت أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أعطى المؤلفة من المشركين والمسلمين. وأعطى أبو بكر – رضي الله عنه – عدي بن حاتم، وقد قدم عليه بثلاثمائة جمل من إبل الصدقة، ثلاثين بعيرا.

ومخالفة كتاب الله تعالى، وسنة رسوله، واطراحها بلا حجة لا يجوز، ولا يثبت." (١)

"[فصل لا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم]

(٥١١١) فصل: ولا يجوز أن يشتري من زكاته من يعتق عليه بالرحم، وهو كل ذي رحم محرم، فإن فعل عتق عليه، ولم تسقط عنه الزكاة. وقال الحسن لا بأس أن يعتق أباه من الزكاة؛ لأن دفع الزكاة لم يحصل إلى أبيه، وإنما دفع الثمن إلى بائعه. **ولنا**، أن نفع زكاته عاد إلى أبيه، فلم يجز، كما لو دفعها إليه، ولأن عتقه حصل بنفس الشراء مجازاة وصلة للرحم، فلم يجز أن يحتسب له به عن الزكاة، كنفقة أقاربه. ولو أعتق

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٧٥

عبده المملوك له عن زكاته، لم يجز؛ لأن أداء الزكاة عن كل مال من جنسه، والعبد ليس من جنس ما تجب الزكاة فيه. ولو أعتق عبدا من عبيده للتجارة، لم يجز؛ لأن الواجب في قيمتهم، لا في عينهم.

[فصل اشترى من زكاته أسيرا مسلما من أيدي المشركين]

(٥١١٢) فصل: ويجوز أن يشتري من زكاته أسيرا مسلما من أيدي المشركين؛ لأنه فك رقبة من الأسر، فهو كفك رقبة العبد من الرق، ولأن فيه إعزازا للدين، فهو كصرفه إلى المؤلفة قلوبهم، ولأنه يدفعه إلى الأسير لفك رقبته، فأشبه ما يدفعه إلى الغارم لفك رقبته من الدين.

[مسألة ما رجع من الولاء رد في مثله]

مسألة؛ قال: (فما رجع من الولاء رد في مثله) يعني يعتق به أيضا. وبهذا قال الحسن، وإسحاق. وقال أبو عبيد: الولاء للمعتق؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الولاء لمن أعتق» . وقال مالك ولاؤه لسائر المسلمين؛ لأنه مال لا مستحق له، أشبه مال من لا وارث له. وقال العنبري: يجعله في بيت المال للصدقات؛ لأن عتقه من الصدقة، فولاؤه يرجع إليها، ولأن عتقه بمال هو لله، والمعتق نائب عن الله تعالى في الشراء والإعتاق، فلم يكن الولاء له.

كما لو توكل في الإعتاق، وكالساعي إذا اشترى من الزكاة رقبة وأعتقها، ولأن الولاء أثر الرق، وفائدة من المعتق، فلم يجز أن يرجع إلى المزكي، لإفضائه إلى أن ينتفع بزكاته. وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الولاء له. وقد سبق ذلك في باب الولاء.

[فصل لا يعقل عن الأسير المعتق]

(٥١١٤) فصل: ولا يعقل عنه. اختاره الخلال. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه يعقل عنه. اختارها أبو بكر؛ لأنه." [1]

"معتق، فيعقل عنه، كالذي أعتقه من ماله، وإنما لم يأخذ ميراثه بالولاء؛ لئلا ينتفع بزكاته، والعقل عنه ليس بانتفاع، فيبقى على الأصل. **ولنا**، أنه لا ولاء عليه، فلم يعقل عنه، كما لو كان وكيلا في العتق، ولأنه لا يرثه، فلم يعقل عنه، كما لو اختلف دينهما، وما ذكره يبطل بالوكيل والساعي إذا أعتق من الزكاة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٧٩

[مسألة الغارمون وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم]

(٥١١٥) مسألة؛ قال: (والغارمين) وهم المدينون العاجزون عن وفاء ديونهم. هذا الصنف السادس من أصناف الزكاة. ولا خلاف في استحقاقهم، وثبوت سهمهم، وأن المدينين العاجزين عن وفاء ديونهم منهم، لكن إن غرم في معصية، مثل أن يشتري خمرا، أو يصرفه في زناء أو قمار أو غناء ونحوه، لم يدفع إليه قبل التوبة شيء؛ لأنه إعانة على المعصية، وإن تاب، فقال القاضي: يدفع إليه. واختاره ابن عقيل؛ لأن إبقاء الدين الذي في الذمة ليس من المعصية، بل يجب تفريغها، والإعانة على الواجب قربة لا معصية

فأشبه من أتلف ماله في المعاصي حتى افتقر، فإنه يدفع إليه من سهم الفقراء. وفيه وجه آخر، لا يدفع إليه؛ لأنه استدانه للمعصية، فلم يدفع إليه، كما لو لم يتب، ولأنه لا يؤمن أن يعود إلى الاستدانة للمعاصي، ثقة منه بأن دينه يقضى، بخلاف من أتلف ماله في المعاصي، فإنه يعطى لفقره، لا لمعصيته.

[فصل لا تدفع الزكاة إلى غارم كافر]

(٥١١٦) فصل: ولا يدفع إلى غارم كافر؛ لأنه ليس من أهل الزكاة، ولذلك لا يدفع إلى فقيرهم ولا مكاتبهم. وإن كان من ذوي القربى، فقال أصحابنا: يجوز الدفع إليه؛ لأن علة منعه من الأخذ منها لفقره صيانته عن أكلها، لكونها أوساخ الناس، وإذا أخذها لغرمه، فصرفها إلى الغرماء، فلا يناله دناءة وسخها، ويحتمل أن لا يجوز؛ لعموم النصوص في منعهم من أخذها، وكونها لا تحل لهم، ولأن دناءة أخذها تحصل، سواء أكلها أو لم يأكلها، ولا يدفع منها إلى غارم له ما يقضي به غرمه؛ لأن الدفع إليه لحاجته، وهو مستغن عنها.

[فصل من الغارمين صنف يعطون مع الغنى وهو من غرم لإصلاح ذات البين]

فصل: ومن الغارمين صنف يعطون مع الغنى، وهو غرم لإصلاح ذات البين، وهو أن يقع بين الحيين وأهل القريتين عداوة وضغائن، يتلف فيها نفس أو مال، ويتوقف صلحهم على من يتحمل ذلك، فيسعى إنسان في الإصلاح بينهم، ويتحمل الدماء التي بينهم والأموال، فيسمى ذلك حمالة، بفتح الحاء، وكانت العرب تعرف." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٨٠

"ماله ألف، فأداها عن هذا الذي عليه الدين، يجوز هذا من زكاته؟ قال: نعم ما أرى بذلك بأسا. وذلك لأنه دفع الزكاة في قضاء دينه، فأشبه ما لو دفعها إليه يقضي بها دينه. والثانية، لا يجوز دفعها إلى الغريم. قال أحمد: أحب إلي أن يدفعه إليه، حتى يقضي هو عن نفسه

قيل: هو محتاج يخاف أن يدفعه إليه، فيأكله، ولا يقضي دينه. قال: فقل له يوكله حتى يقضيه. فظاهر هذا أنه لا يدفع الزكاة إلى الغريم إلا بوكالة الغارم؛ لأن الدين إنما هو على الغارم، فلا يصح قضاؤه إلا بتوكيله. ويحتمل أن يحمل هذا على الاستحباب، ويكون قضاؤه عنه جائزا. وإن كان دافع الزكاة الإمام، جاز أن يقضي بها دينه من غير توكيله؛ لأن للإمام ولاية عليه في إيفاء الدين، ولهذا يجبره عليه إذا امتنع منه. وإذا ادعى الرجل أن عليه دينا، فإن كان يدعيه من جهة إصلاح ذات البين، فالأمر فيه ظاهر لا يكاد يخفى، فإن خفي ذلك، لم يقبل منه إلا ببينة، وإن غرم لمصلحة نفسه.

لم يدفع إليه إلا ببينة أيضا؛ لأن الأصل عدم الغرم، وبراءة الذمة. فإن صدقه الغريم، فعلى وجهين، كالمكاتب إذا صدقه سيده.

[مسألة سهم من الزكاة في سبيل الله]

(٥١١٩) مسألة؛ قال: (وسهم في سبيل الله، وهم الغزاة يعطون ما يشترون به الدواب والسلاح، وما ينفقون به على العدو، وإن كانوا أغنياء) . هذا الصنف السابع من أهل الزكاة. ولا خلاف في استحقاقهم، وبقاء حكمهم. ولا خلاف في أنهم الغزاة في سبيل الله؛ لأن سبيل الله عند الإطلاق هو الغزو، قال الله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله﴾ [البقرة: ١٩٠] . وقال: ﴿يجاهدون في سبيل الله﴾ [المائدة: ٥٤] . وقال: ﴿إن الله يحب الذين يقاتلون في سبيله صفا﴾ [الصف: ٤] . وذكر ذلك في غير موضع من كتابه، فإذا تقرر هذا، فإنهم يعطون وإن كانوا أغنياء.

وبهذا قال مالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو عبيد، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة وصاحباه: لا تدفع إلا إلى فقير. وكذلك قالوا في الغارم لإصلاح ذات البين؛ لأن من تجب عليه الزكاة لا تحل له، كسائر أصحاب السهمان، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لمعاذ: «أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم، فترد في فقرائهم» . فظاهر هذا أنها كلها ترد في الفقراء، والفقير عندهم من لا يملك نصابا. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا تحل الصدقة لغني إلا لخمسة؛ لغاز في سبيل الله، أو لغارم» .

وذكر بقيتهم.
ولأن الله تعالى جعل الفقراء والمساكين صنفين، وعد بعدهما ستة أصناف،." (١)
"وقال الشافعي: التخلي لعبادة الله تعالى أفضل؛ لأن الله تعالى مدح يحيى - عليه السلام - بقوله: ﴿وسيدا وحصورا﴾ [آل عمران: ٣٩] والحصور: الذي لا يأتي النساء فلو كان النكاح أفضل لما مدح بتركه.
وقال الله تعالى: ﴿زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين﴾ [آل عمران: ١٤] . وهذا في معرض الذم، ولأنه عقد معاوضة، فكان الاشتغال بالعبادة أفضل منه، كالبيع. **ولنا**، ما تقدم من أمر الله تعالى ورسوله به وحثهما عليه، «وقال - صلى الله عليه وسلم -: ولكني أصوم وأفطر، وأصلي وأرقد، وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني» . وقال سعد: لقد «رد النبي - صلى الله عليه وسلم - على عثمان بن مظعون التبتل» ، ولو أحله له لاختصينا متفق عليهما.
وعن أنس قال: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يأمر بالباءة، وينهى عن التبتل نهيا شديدا، ويقول: تزوجوا الودود الولود، فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة.» رواه سعيد.
وهذا حث على النكاح شديد، ووعيد على تركه يقربه إلى الوجوب، والتخلي منه إلى التحريم، ولو كان التخلي أفضل لانعكس الأمر، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - تزوج، وبالغ في العدد، وفعل ذلك أصحابه، ولا يشتغل النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه إلا بالأفضل، ولا تجتمع الصحابة على ترك الأفضل، والاشتغال بالأدنى، ومن العجب أن من يفضل التخلي لم يفعله.
فكيف أجمعوا على النكاح في فعله، وخالفوه في فضله، أفما كان فيهم من يتبع الأفضل عنده ويعمل بالأولى؟ ولأن مصالح النكاح أكثر، فإنه يشتمل على تحصين الدين، وإحرازه، وتحصين المرأة وحفظها، والقيام بها، وإيجاد النسل، وتكثير الأمة، وتحقيق مباهاة النبي - صلى الله عليه وسلم - وغير ذلك من المصالح الراجح أحدها على نفل العبادة، فمجموعها أولى.." (٢)
": «لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين» . من حديث ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر، إلا أن في نقله ذلك ضعيفا، فلم أذكره. قال ابن المنذر: وقد أعتق النبي - صلى الله عليه وسلم - صفية بنت حيي فتزوجها بغير شهود. قال أنس بن مالك - رضي الله عنه -: «اشترى رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٢/٦
(٢) المغني لابن قدامة ٥/٧

جارية بسبعة قروش، فقال الناس: ما ندري أتزوجها رسول الله أم جعلها أم ولد؟ فلما أن أراد أن يركب حجبها، فعلموا أنه تزوجها» متفق عليه.

قال: فاستدلوا على تزويجها بالحجاب. وقال يزيد بن هارون: أمر الله تعالى بالإشهاد في البيع دون النكاح، فاشترط أصحاب الرأي الشهادة للنكاح، ولم يشترطوها للبيع، ووجه الأولى أنه قد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد، وشاهدي عدل» . رواه الخلال بإسناده. وروى الدارقطني، عن عائشة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لا بد في النكاح من أربعة؛ الولي، والزوج، والشاهدان» . ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد، فاشترطت الشهادة فيه، لئلا يجحده أبوه، فيضيع نسبه، بخلاف البيع

فأما نكاح النبي – صلى الله عليه وسلم – بغير ولي وغير شهود، فمن خصائصه في النكاح، فلا يلحق به غيره.

(٥١٤٠) الفصل الثالث: أنه لا ينعقد إلا بشهادة مسلمين، سواء كان الزوجان مسلمين، أو الزوج وحده. نص عليه أحمد. وهو قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا كانت المرأة ذمية، صح بشهادة ذميين. قال أبو الخطاب: ويتخرج لنا مثل ذلك، مبنيا على الرواية التي تقول بقبول شهادة بعض أهل الذمة على بعض.

ولنا، قوله – عليه السلام –: «لا نكاح إلا بولي، وشاهدي عدل»

ولأنه نكاح مسلم، فلم ينعقد بشهادة ذميين، كنكاح المسلمين.

(٥١٤١) فصل: فأما الفاسقان، ففي انعقاد النكاح بشهادتهما روايتان؛ إحداهما، لا ينعقد. وهو مذهب الشافعي؛ للخبر. ولأن النكاح لا يثبت بشهادتهما، فلم ينعقد بحضورهما، كالمجنونين.." (١)

"والثانية، ينعقد بشهادتهما. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنها تحمل، فصحت من الفاسق، كسائر التحملات. وعلى كلتا الروايتين لا يعتبر حقيقة العدالة، بل ينعقد بشهادة مستوري الحال؛ لأن النكاح يكون في القرى والبادية، وبين عامة الناس، ممن لا يعرف حقيقة العدالة، فاعتبار ذلك يشق

فاكتفي بظاهر الحال، وكون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه، فإن تبين بعد العقد أنه كان فاسقا، لم يؤثر ذلك في العقد؛ لأن الشرط العدالة ظاهرا، وهو أن لا يكون ظاهر الفسق، وقد تحقق ذلك. وقيل: نتبين أن النكاح كان فاسدا؛ لعدم الشرط. وليس بصحيح؛ لأنه لو كانت العدالة في الباطن شرطا، لوجب الكشف عنها؛ لأنه مع الشك فيها يكون مشكوكا في شرط النكاح، فلا ينعقد، ولا تحل المرأة مع الشك في صحة

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٧

نكاحها. وإن حدث الفسق فيهما، لم يؤثر في صحة النكاح؛ لأن الشرط إنما يعتبر حالة العقد. ولو أقر رجل وامرأة أنهما نكحا بولي وشاهدي عدل، قبل قولهما، وثبت النكاح بإقرارهما.

(٥١٤٢) فصل: ولا ينعقد بشهادة رجل وامرأتين. وهذا قول النخعي، والأوزاعي، والشافعي. وعن أحمد، أنه قال: إذا تزوج بشهادة نسوة، لم يجز، فإن كان معهن رجل، فهو أهون. فيحتمل أن هذا رواية أخرى في انعقاده بذلك. وهو قول أصحاب الرأي. ويروى عن الشعبي؛ لأنه عقد معاوضة، فانعقد بشهادتهن مع الرجال، كالبيع. **ولنا**، أن الزهري قال: مضت السنة عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن لا تجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في النكاح، ولا في الطلاق. رواه أبو عبيد، في " الأموال "

وهذا ينصرف إلى سنة النبي – صلى الله عليه وسلم –. ولأنه عقد ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويحضره الرجال في غالب الأحوال، فلم يثبت بشهادتهن كالحدود، وبهذا فارق البيع. ويحتمل أن أحمد إنما قال: هو أهون. لوقوع الخلاف فيه، فلا يكون رواية. (٥١٤٣) فصل: ولا ينعقد بشهادة صبيين؛ لأنهما ليسا من أهل الشهادة. ويحتمل أن ينعقد بشهادة مراهقين عاقلين. ولا ينعقد بشهادة مجنونين، ولا سائر من لا شهادة له؛ لأن وجوده كالعدم. ولا ينعقد بشهادة أصمين؛ لأنهما لا يسمعان. ولا أخرسين؛ لعدم إمكان الأداء منهما. وفي انعقاده بحضور أهل الصنائع الزرية كالحجام ونحوه، وجهان، بناء على قبول شهادتهم

وفي انعقاده بشهادة عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما وجهان؛." (١)

"أحدهما، ينعقد. اختاره أبو عبد الله ابن بطة؛ لعموم قوله «إلا بولي وشاهدي عدل.» ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزواج، فانعقد بهما نكاحه، كسائر العدول. والثاني، لا ينعقد بشهادتهما؛ لأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه، والابن لا تقبل شهادته لوالده.

(٥١٤٤) فصل: وينعقد بشهادة عبدين. وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا ينعقد. ومبنى الخلاف على قبول شهادتهما في سائر الحقوق

ونذكره في موضعه إن شاء الله تعالى وينعقد بشهادة ضريرين. وللشافعية وجهان في ذلك. **ولنا**، أنها شهادة على قول، فصحت من الأعمى، كالشهادة بالاستفاضة، وإنما ينعقد بشهادتهما إذا تيقن الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما، كما يعلم ذلك من يراهما، وإلا فلا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٠

[فصل تزوجت المرأة تزويجا فاسدا]

فصل: وإذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا، لم يجز تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها. وإذا امتنع من طلاقها، فسخ الحاكم نكاحه. نص عليه أحمد. وقال الشافعي: لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق؛ لأنه نكاح غير منعقد، أشبه النكاح في العدة. **ولنا**، أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد، فاحتيج في التفريق فيه إلى إيقاع فرقة، كالصحيح المختلف فيه، ولأن تزويجها من غير تفريق يفضي إلى تسليط زوجين عليها، كل واحد منهما يعتقد أن نكاحه الصحيح، ونكاح الآخر الفاسد، ويفارق النكاح الباطل من هذين الوجهين

وإذا زوجت بآخر قبل التفريق، لم يصح الثاني أيضا، ولم يجز تزويجها الثالث حتى يطلق الأولان أو يفسخ نكاحهما، ومتى فرق بينهما قبل الدخول، فلا مهر لها؛ لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض، فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد، وإن كان التفريق بعد الدخول، فلها المهر؛ بدليل قوله - عليه السلام -: «فلها المهر بما استحل من فرجها» . وإن تكرر الوطء فالمهر واحد؛ للحديث، ولأنه إصابة في عقد فاسد، أشبه الإصابة في عقد صحيح.

(٥١٤٦) فصل: والواجب لها مهر مثلها، أومأ إليه أحمد؛ فإنه قال في العبد يتزوج بغير إذن سيده: يعطي شيئا

قال القاضي: يعني مهر المثل. وهو ظاهر قول الخرقي؛ لقوله: «وإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما،." (١)

"فخطبها رجل، فأنكحها رجل وهو غير ولي بصداق وشهود، فلما قدموا على عمر، - رضي الله عنه - رفع إليه أمرهما، ففرق بينهما، وجلد الناكح والمنكح. **ولنا**، أن هذا مختلف في إباحته، فلم يجب به الحد، كالنكاح بغير شهود، ولأن الحد يدرأ بالشبهات، والاختلاف فيه أقوى الشبهات، وتسميتها زانية يجوز، بدليل أنه سماها بذلك بمجرد العقد، وعمر جلدهما أدبا وتعزيرا، ولذلك جلد المنكح ولم يجلد المرأة، وجلدهما بمجرد العقد مع اعتقادهما حله. وكذلك حديث علي على أن حديث علي حجة على من أوجب الحد فيه، فإن عليا أشد الناس فيه، وقد انتهى الأمر إلى الجلد، فدل على أن سائر الناس والصحابة لم يروا فيه جلدا

فإن قيل: فقد أوجبتم الحد على شارب النبيذ، مع الاختلاف فيه؟ قلنا: هو مفارق لمسألتنا، بدليل أنا نحد

---

(١) المغني لابن قدامة ١١/٧

من اعتقد حله، ولأن يسير النبيذ يدعو إلى كثيره، المتفق على تحريمه، وهذا المختلف فيه يغني عن الزنى المجمع على تحريمه، فافترقا. إذا ثبت هذا، فإن من اعتقد حله ليس عليه إثم ولا أدب؛ لأنه من مسائل الفروع المختلف فيها، ومن اعتقد حرمته أثم وأدب. وإن أتت بولد منه، لحقه نسبه في الحالين.

(٥١٤٩) فصل: فأما الأنكحة الباطلة، كنكاح المرأة المزوجة أو المعتدة، أو شبهه، فإذا علما الحل والتحريم، فهما زانيان، وعليهما الحد، ولا يلحق النسب فيه.

[فصل يساوي الفاسد من النكاح الصحيح في اللعان]

(٥١٥٠) فصل: ويساوي الفاسد الصحيح في اللعان، إذا كان بينهما ولد يريد نفيه عنه، لكون النسب لاحقا به، فإن لم يكن ولد، فلا لعان بينهما؛ لعدم الحاجة إليه، وتجب العدة بالخلوة فيه، وعدة الوفاة بالموت فيه، والإحداد، وكل ذلك احتياطا لها. ويفارق الصحيح في أنه لا يثبت التوارث، ولا تحصل به الإباحة للمتزوج، ولا الحل للزوج المطلق ثلاثا بالوطء فيه، ولا يحصل الإحصان بالوطء فيه، ولا يثبت حكم الإيلاء باليمين فيه، ولا يحرم الطلاق فيه في زمن الحيض.

[مسألة أحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها]

(٥١٥١) مسألة؛ قال: (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها) . إنما قيد المرأة بالحرة هاهنا؛ لأن الأمة لا ولاية لأبيها عليها، وإنما وليها سيدها. بغير خلاف علمناه. وأما المرأة الحرة، فأولى الناس بتزويجها أبوها، ولا ولاية لأحد معه. وبهذا قال الشافعي. وهو المشهور عن." [(١)]

"أبي حنيفة؛ وقال مالك والعنبري، وأبو يوسف، وإسحاق، وابن المنذر: الابن أولى. وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأنه أولى منه بالميراث، وأقوى تعصيبا، ولهذا يرث بولاء أبيه دون جده

ولنا، أن الولد موهوب لأبيه، قال الله تعالى: ﴿ووهبنا له يحيى﴾ [الأنبياء: ٩٠] . وقال زكريا: ﴿رب هب لي من لدنك ذرية طيبة﴾ [آل عمران: ٣٨] . وقال: ﴿فهب لي من لدنك وليا﴾ [مريم: ٥] وقال إبراهيم: ﴿الحمد لله الذي وهب لي على الكبر إسماعيل وإسحاق﴾ [إبراهيم: ٣٩] . وقال - صلى الله عليه وسلم -: «أنت ومالك لأبيك» . وإثبات ولاية الموهوب له على الهبة أولى من العكس، ولأن الأب أكمل نظرا، وأشد شفقة، فوجب تقديمه في الولاية، كتقديمه على الجد، ولأن الأب يلي ولده في صغره وسفهه وجنونه،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣/٧

فيليه في سائر ما ثبتت الولاية عليه فيه، بخلاف ولاية الابن، ولذلك اختص بولاية المال، وجاز له أن يشتري لها من ماله.

وله من مالها، إذا كانت صغيرة، بخلاف غيره، ولأن الولاية احتكام، واحتكام الأصل على فرعه أولى من العكس، وفارق الميراث، فإنه لا يعتبر له النظر، ولهذا يرث الصبي والمجنون وليس فيه احتكام ولا ولاية على الموروث، بخلاف ما نحن فيه.

[مسألة الجد أبو الأب وإن علت درجته أحق بالولاية في النكاح من الابن وسائر الأولياء]

(٥١٥٢) مسألة؛ قال: ثم أبوه وإن علا يعني أن الجد أبا الأب وإن علت درجته، فهو أحق بالولاية من الابن وسائر الأولياء. وهو قول الشافعي. وعن أحمد رواية أخرى، أن الابن مقدم على الجد. وهو قول مالك؛ ومن وافقه؛ لما تقدم. وعن أحمد، رواية ثالثة، أن الأخ يقدم على الجد. وهو قول مالك؛ لأن الجد يدلي بأبوة الأب، والأخ يدلي ببنوة، والبنوة مقدمة

وعن أحمد أن الجد والأخ سواء؛ لاستوائهما في الميراث بالتعصيب، واستوائهما في القرابة، فوجب أن يستويا في الولاية كالأخوين، ولأنهما عصبتان لا يسقط أحدهما بالآخر، فاستويا في الولاية كالأخوين.

ولنا، أن الجد له إيلاد وتعصيب، فيقدم عليهما، كالأب، ولأن الابن والأخ يقادان بها، ويقطعان بسرقة مالها، والجد بخلافه، والجد لا يسقط في الميراث إلا بالأب، والأخ يسقط به وبالابن وابنه، وإذا ضاق." (١)

"المال، وفي المسألة جد وأخ، سقط الأخ وحده، فوجب تقديمه عليهما كالأب، ولتقدمه على العم وسائر العصبات. إذا ثبت هذا، فالجد وإن علا أولى من جميع العصبات غير الأب، وأولى الأجداد أقربهم وأحقهم في الميراث.

[مسألة متى عدم الأب وآباؤه فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها ثم ابنه بعده]

(٥١٥٣) مسألة؛ قال: ثم ابنها وابنه وإن سفل وجملته أنه متى عدم الأب وآباؤه، فأولى الناس بتزويج المرأة ابنها، ثم ابنه بعده وإن نزلت درجته، الأقرب فالأقرب منهم. وبه قال أصحاب الرأي. وقال الشافعي: لا ولاية للابن إلا أن يكون ابن عم، أو مولى، أو حاكما، فيلي بذلك، لا بالبنوة؛ لأنه ليس بمناسب لها، فلا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤/٧

يلي نكاحها كخالها، ولأن طبعه ينفر من تزويجها، فلا ينظر لها. **ولنا**، ما روت أم سلمة – رضي الله عنها – «أنها لما انقضت عدتها، أرسل إليها رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يخطبها، فقالت: يا رسول الله: ليس أحد من أوليائي شاهدا. قال: ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك. فقالت: قم يا عمر، فزوج رسول الله – صلى الله عليه وسلم –. فزوجه» . رواه النسائي.

قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله، فحديث عمر بن أبي سلمة، حين تزوج النبي – صلى الله عليه وسلم – أمه أم سلمة، أليس كان صغيرا؟ قال: ومن يقول كان صغيرا، ليس فيه بيان. ولأنه عدل من عصبتها، فثبت له ولاية تزويجها كأخيها. وقولهم: ليس بمناسب لها. يبطل بالحاكم والمولى. وقولهم: إن طبعه ينفر من تزويجها

قلنا: هذا معارض في الفرع ليس له أصل، ثم يبطل بما إذا كان ابن عم أو مولى أو حاكما. إذا ثبت هذا، فإنه يقدم على الأخ ومن بعده. بغير خلاف نعلمه عند من يقول بولايته؛ لأنه أقوى منه تعصيبا، وقد استويا في عدم الإيلاد.

[مسألة تقديم الأخ بعد عمودي النسب في ولاية النكاح]

مسألة؛ (٥١٥٤) قال: ثم أخوها لأبيها وأمها. لا خلاف بين أهل العلم في تقديم الأخ بعد عمودي النسب؛ لكونه أقرب العصبات بعدهم، فإنه ابن الأب، وأقواهم تعصيبا، وأحقهم بالميراث.." (١)

"**ولنا**، أنه إذن من الولي في التزويج، فلم يفتقر إلى إذن المرأة، ولا إلى إشهاد، كإذن الحاكم. وقد بينا أن الولي ليس بوكيل للمرأة، وهذا التوكيل لا يملك به البضع، فلم يفتقر إلى إشهاد، بخلاف النكاح. ويبطل ما ذكره الحسن بن صالح بالتسري.

[فصل يثبت للوكيل ما يثبت للموكل في النكاح]

(٥١٦٧) فصل: ويثبت للوكيل ما يثبت للموكل. وإن كان للولي الإجبار ثبت ذلك لوكيله. وإن كانت ولايته ولاية مراجعة، احتاج الوكيل إلى إذنها ومراجعتها؛ لأنه نائب فيثبت له مثل ما ثبت لمن ينوب عنه. وكذلك الحكم في السلطان والحاكم يأذن لغيره في التزويج، فيكون المأذون له قائما مقامه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥/٧

[فصل هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية]

(٥١٦٨) فصل: واختلفت الرواية عن أحمد – رحمه الله – هل تستفاد ولاية النكاح بالوصية؟ فروي أنها تستفاد بها. وهو اختيار الخرقي؛ لقوله: أو وصى ناظرا له في التزويج. وهو قول الحسن، وحماد بن أبي سليمان، ومالك وعنه لا تستفاد بالوصية. وبه قال الثوري، والشعبي، والنخعي، والحارث العكلي، وأبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر؛ لأنها ولاية تنتقل إلى غيره شرعا، فلم يجز أن يوصي بها كالحضانة، ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها، فلم تثبت له الولاية كالأجنبي، ولأنها ولاية نكاح، فلم تجز الوصية بها، كولاية الحاكم

وقال أبو عبد الله بن حامد: إن كان لها عصبة، لم تجز الوصية بنكاحها؛ لأنه يسقط حقهم بوصيته، وإن لم يكن عصبة، جاز لعدم ذلك. **ولنا**، أنها ولاية ثابتة للأب، فجازت وصيته بها، كولاية المال، ولأنه يجوز أن يستنيب فيها في حياته، فيكون نائبه قائما مقامه بعد موته، فجاز أن يستنيب فيها، كولاية المال. وما ذكروه يبطل بولاية المال. فعلى هذا لا يصير وصيا في النكاح بالوصية إليه في المال؛ لأنها إحدى الولايتين، فلم يملكها بالوصية إليه في المال، كالوصية الأخرى، قياسا على وصية المال لا تملك بالوصية في النكاح.

[فصل الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية]

(٥١٦٩) فصل: فعلى هذا تجوز الوصية بالنكاح من كل ذي ولاية، سواء كان مجبرا كالأب، أو غير مجبر كغيره، ووصي كل ولي يقوم مقامه، فإن كان الولي له الإجبار فكذلك لوصيه. وإن كان يحتاج إلى إذنها فوصيه كذلك؛ لأنه قائم مقامه، فهو كالوكيل. وقال مالك: إن عين الأب الزوج، ملك الوصي إجبارها، صغيرة كانت أو كبيرة، وإن لم يعين الزوج، وكانت ابنته كبيرة، صحت الوصية، واعتبر إذنها، وإن كانت صغيرة، انتظرنا بلوغها، فإذا أذنت، جاز أن يزوجها بإذنها." (١)

"ويحتمل أن يصح توكيل العبد والفاسق والصبي المميز في العقد؛ لأنهم من أهل اللفظ بالعقد، وعبارتهم فيه صحيحة، ولذلك صح قبولهم النكاح لأنفسهم، وإنما سلبوا الولاية نفسها؛ لأنه يعتبر لها الكمال، ولا حاجة إليه في اللفظ به

فأما إن وكله الزوج في قبول النكاح له، أو وكله الأب في قبول النكاح لابنه الصغير، فقال أصحابنا: لا يصح؛ لأنه أحد طرفي العقد، فلم يجز توكيله فيه كالإيجاب. ويحتمل جواز توكيل من ذكرنا فيه؛ لأنهم من

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠/٧

أهله، ويصح قبولهم النكاح لأنفسهم، فجاز أن ينوبوا فيه عن غيرهم، كالبيع. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي في العبد.

[مسألة يزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها]

(٥١٧٣) مسألة؛ قال: (ويزوج أمة المرأة بإذنها من يزوجها) اختلفت الرواية عن أحمد في من يزوج أمة المرأة، فروي عنه، أنه يلي نكاحها ولي سيدتها. قال القاضي: هذا هو الصحيح. وهو مذهب الشافعي؛ لأن مقتضى الدليل كون الولاية لها، فامتنعت في حقها لقصورها، فتثبت لأوليائها، كولاية نفسها، ولأنهم يلونها لو عتقت، ففي حال رقها أولى. ثم إن كانت سيدتها رشيدة، لم يجز تزويج أمتها إلا بإذنها؛ لأنها مالها، ولا يجوز التصرف في مال رشيد بغير إذنه، ويعتبر نطقها بذلك وإن كانت بكرا؛ لأن صماتها إنما اكتفي به في تزويج نفسها لحيائها.

ولا تستحيي من تزويج أمتها، وإن كانت صغيرة أو مجنونة أو سفيهة، ولوليها ولاية على مالها، فله تزويج أمتها، إن كان الحظ في تزويجها، وإلا فلا يملك تزويجها. وكذلك الحكم في أمة ابنه الصغير. وقال بعض الشافعية: ليس له تزويجها بحال؛ لأن فيه تغريرا بمال الصغيرة؛ لأنها ربما حملت. فتلفت. **ولنا**، أن له التصرف بما فيه الحظ، والتزويج هاهنا فيه الحظ؛ لأن الكلام فيه، فجاز، كسائر التصرفات الجائزة واحتمال الخطر مرجوح لما فيه من تحصيل مهرها، وولدها، وكفاية مؤنتها، وصيانتها عن الزنى الموجب للحد في حقها، ونقص قيمتها، والمرجوح كالمعدوم

وإن كان وليها في مالها غير ولي تزويجها، فولاية تزويجها للولي في المال دون ولي التزويج؛ لأنه هو المتصرف في المال، وهي مال. والرواية الثانية، أن للمرأة أن تولي أمر أمتها رجلا يزوجها. نقلها عن أحمد جماعة؛ لأن سبب الولاية الملك، وقد تحقق في المرأة، وامتنعت المناشزة لنقص الأنوثة، فملكت التوكيل، كالرجل المريض والغائب.." [١]

"أبو داود، بإسناده عن عبد الملك بن عمير، أن المغيرة بن شعبة أمر رجلا زوجه امرأة المغيرة أولى به منه. ولأنه عقد ملكه بالإذن، فلم يجز أن يتولى طرفيه، كالبيع. وبهذا فارق ما إذا زوج أمته عبده الصغير وعلى هذه الرواية، إن وكل من يقبل له النكاح، وتولى هو الإيجاب، جاز. وقال الشافعي في ابن العم والمولى: لا يزوجها إلا الحاكم، ولا يجوز أن يتولى طرفي العقد، ولا أن يوكل من يزوجه؛ لأن وكيله بمنزلته،

(١) المغني لابن قدامة ٢٣/٧

وهذا عقد ملكه بالإذن، فلا يتولى طرفيه، كالبيع. ولا يجوز أن يزوجه من هو أبعد منه من الأولياء؛ لأنه لا ولاية لهم مع وجوده. **ولنا**، ما ذكرناه من فعل الصحابة، ولم يظهر خلافه، ولأن وكيله يجوز أن يلي العقد عليها لغيره، فصح أن يليه عليها له إذا كانت تحل له، كالإمام إذا أراد أن يزوج موليته

ولأن هذه امرأة، ولها ولي حاضر غير عاضل، فلم يلها الحاكم، كما لو أراد أن يزوجها غيره. ومفهوم قوله - عليه السلام -: «السلطان ولي من لا ولي له» . أنه لا ولاية له على هذه. (٥١٧٧) فصل: وإذا أذنت له في تزويجها، ولم تعين الزوج، لم يجز أن يزوجها نفسه؛ لأن إطلاق الإذن يقتضي تزويجها غيره، ويجوز تزويجها لولده؛ لأنه غيره. فإن زوجها لابنه الكبير، قبل لنفسه، وإن زوجها لابنه الصغير، ففيه الروايتان في تولي طرفي العقد؛ فإن قلنا: لا يتولاه

فوكل رجلا يزوجها لولده، وقبل هو النكاح له، افتقر إلى إذنها للوكيل، على ما قدمنا من أن الوكيل لا يزوجها إلا بإذنها. وإن وكل رجلا يقبل لولده النكاح، وأوجب هو النكاح، لم يحتج إلى إذنها؛ لأنها قد أذنت له.

[فصل زوج أمته عبده الصغير]

(٥١٧٨) فصل: وإذا زوج أمته عبده الصغير، جاز له أن يتولى طرفي العقد؛ لأنه مالك ذلك بحكم الملك، لا بحكم الإذن، في قولهم جميعا. وإن كان مالكا لأحد طرفي العقد، فوكله مالك الطرف الآخر فيه، أو وكله الولي في الإيجاب والزوج في القبول، خرج فيه وجهان، بناء على الروايتين؛ لأنه ملك ذلك بالإذن

وإن زوج ابنته الكبيرة عبده الصغير، لم يجز ذلك إلا برضاها؛ لأنه لا يكاد يكافئها، فيخرج فيه أيضا وجهان. وإن زوجه ابنته الصغيرة، لم يجز؛ لأنه لا يجوز له تزويجها ممن لا يكافئها. وعنه يجوز. وسنذكر ذلك، إن شاء الله تعالى.

[مسألة لا يزوج كافر مسلمة بحال ولا مسلم كافرة]

(٥١٧٩) مسألة؛ قال: (ولا يزوج كافر مسلمة بحال، ولا مسلم كافرة إلا أن يكون المسلم سلطانا، أو سيد أمة)." (١)

"[مسألة إذا زوجها من غيره أولى منه وهو حاضر ولم يعضلها]

(٥١٨١) مسألة؛ قال (وإذا زوجها من غيره أولى منه، وهو حاضر، ولم يعضلها، فالنكاح فاسد) . هذه

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٦

المسألة تشتمل على أحكام ثلاثة؛ أحدها، أنه إذا زوجها الولي الأبعد، مع حضور الولي الأقرب، فأجابته إلى تزويجها من غير إذنه، لم يصح. وبهذا قال الشافعي وقال مالك: يصح؛ لأن هذا ولي، فصح له أن يزوجها بإذنها كالأقرب. **ولنا**، أن هذا مستحق بالتعصيب، فلم يثبت للأبعد مع وجود الأقرب، كالميراث، وبهذا فارق القريب البعيد.

الحكم الثاني، أن هذا العقد يقع فاسدا، لا يقف على الإجازة، ولا يصير بالإجازة صحيحا، وكذلك الحكم إذا زوج الأجنبي أو زوجت المرأة المعتبر إذنها بغير إذنها، أو تزوج العبد بغير إذن سيده، فالنكاح في هذا كله باطل، في أصح الروايتين. نص عليه أحمد في مواضع. وهو قول الشافعي، وأبي عبيد وأبي ثور. وعن أحمد رواية أخرى، أنه يقف عرى الإجازة؛ فإن أجازه جاز، وإن لم يجزه فسد. قال أحمد، في صغير زوجه عمه: فإن رضي به في وقت من الأوقات، جاز، وإن لم يرض، فسخ

وإذا زوجت اليتيمة، فلها الخيار إذا بلغت. وقال: إذا زوج العبد بغير إذن سيده، ثم علم السيد، فإن شاء أن يطلق عليه فالطلاق بيد السيد، فإن أذن في التزويج فالطلاق بيد العبد. وهذا قول أصحاب الرأي، في كل مسألة يعتبر فيها الإذن. وروي ذلك في النكاح بغير ولي عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - وعن ابن سيرين، والقاسم بن محمد، والحسن بن صالح، وإسحاق، وأبي يوسف، ومحمد؛ لما روي «أن جارية بكرا أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكرت له أن أباها زوجها وهي كارهة، فخيرها النبي - صلى الله عليه وسلم -» رواه أبو داود، وابن ماجه. وروي «أن فتاة جاءت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخيه، ليرفع بي خسيسته. قال: فجعل الأمر إليها. فقالت: قد أجزت ما صنع أبي، ولكني أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئا.» رواه ابن ماجه والنسائي.

وفي رواية ابن ماجه: «أردت أن يعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء» . ولأنه عقد يقف على الفسخ، فوقف على الإجازة، كالوصية

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها، فنكاحها باطل.» وقال: «إذا نكح العبد بغير إذن سيده، فنكاحه باطل» ، رواه أبو داود، وابن ماجه.." (١)

"وفيه وجه آخر، أنه إذا كان الزوج كفؤا، أمر الحاكم الولي بإجازته، فإن لم يفعل أجازه الحاكم، لأنه لما امتنع من الإجازة صار عاضلا، فانتقلت الولاية عنه إلى الحاكم، كما في ابتداء العقد، ومتى حصلت

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨/٧

الإصابة قبل الإجازة ثم أجيز، فالمهر واحد؛ إما المسمى، وإما مهر المثل إن لم يكن مسمى؛ لأن الإجازة مستندة إلى حالة العقد، فيثبت الحل والملك من حين العقد، كما ذكرنا في البيع، ولذلك لم يجب الحد ومتى تزوجت الأمة بغير إذن سيدها، ثم خرجت من ملكه قبل الإجازة إلى من تحل له، انفسخ النكاح؛ لأنه قد طرأت استباحة صحيحة على موقوفة فأبطلتها، ولأنها أقوى فأزالت الأضعف، كما لو طرأ ملك يمينه على ملك نكاحه. وإن خرجت إلى من لا تحل له، كالمرأة أو اثنين، فكذلك أيضا؛ لأن العقد إذا وقف على إجازة شخص، لم يجز بإجازة غيره، كما لو باع أمة غيره ثم باعها المالك، فأجاز المشتري الثاني بيع الأجنبي. وفيه وجه آخر، أنه يجوز بإجازة المالك الثاني؛ لأنه يملك ابتداء العقد، فملك إجازته كالأول، ولا فرق بين أن يخرج ببيع أو إرث أو هبة أو غيره

فأما إن أعتقها السيد، احتمل أن يجوز النكاح؛ لأنه إنما وقف لحق المولى، فإذا أعتق سقط حقه، فصح العقد، واحتمل أن لا يجوز؛ لأن إبطال حق المولى ليس بإجازة، ولأن حق المولى إن بطل من الملك، فلم يبطل من ولاية التزويج، فإنه يليها بالولاء.

(٥١٨٣) فصل: إذا زوجت التي يعتبر إذنها بغير إذنها، وقلنا: يقف على إجازتها. فإجازتها بالنطق، أو ما يدل على الرضى من التمكين من الوطء، أو المطالبة بالمهر والنفقة.

ولا فرق في ذلك بين البكر والثيب؛ لأن أدلة الرضى تقوم مقام النطق به، ولذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لبريرة: «إن وطئك زوجك، فلا خيار لك.» جعل تمكينها دليلا على إسقاط حقها والمطالبة بالمهر والنفقة، والتمكين من الوطء دليل على الرضى؛ لأن ذلك من خصائص العقد الصحيح، فوجوده من المرأة دليل رضاها به.

الحكم الثالث، إذا عضلها وليها الأقرب، انتقلت الولاية إلى الأبعد. نص عليه أحمد وعنه رواية أخرى، تنتقل إلى السلطان. وهو اختيار أبي بكر وذكر ذلك عن عثمان بن عفان - رضي الله عنه - وشريح وبه قال الشافعي لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له» . ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه، فقام الحاكم مقامه، كما لو كان عليه دين فامتنع من قضائه. **ولنا**، أنه تعذر التزويج من جهة الأقرب، فملكه الأبعد، كما لو جن. ولأنه يفسق بالعضل، فتنتقل." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٠

"الولاية عنه، كما لو شرب الخمر. فإن عضل الأولياء كلهم زوج الحاكم. والحديث حجة لنا؛ لقوله: «السلطان ولي من لا ولي له» .

وهذه لها ولي. ويمكن حمله على ما إذا عضل الكل، لأن قوله: (فإن اشتجروا) . ضمير جمع يتناول الكل. والولاية تخالف الدين من وجوه ثلاثة؛ أحدها، أنها حق للولي، والدين حق عليه. الثاني، أن الدين لا ينتقل عنه، والولاية تنتقل لعارض؛ من جنون الولي. أو فسقه أو موته. الثالث، أن الدين لا يعتبر في بقائه العدالة، والولاية يعتبر لها ذلك، وقد زالت العدالة بما ذكرنا. فإن قيل: فلو زالت ولايته لما صح منه التزويج إذا أجاب إليه

قلنا: فسقه بامتناعه، فإذا أجاب فقد نزع عن المعصية، وراجع الحق، فزال فسقه، فلذلك صح تزويجه. والله أعلم. (٥١٨٤) فصل: ومعنى العضل منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل واحد منهما في صاحبه. قال معقل بن يسار: «زوجت أختا لي من رجل، فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك، وأفرشتك، وأكرمتك، فطلقتها، ثم جئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبدا. وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿فلا تعضلوهن﴾ [البقرة: ٢٣٢] . فقلت: الآن أفعل يا رسول الله. قال: فزوجها إياه.» رواه البخاري. وسواء طلبت التزويج بمهر مثلها أو دونه.

وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لهم منعها من التزويج بدون مهر مثلها؛ لأن عليهم في ذلك عارا، وفيه ضرر على نسائها، لنقص مهر مثلهن. **ولنا**، أن المهر خالص حقها، وعوض يختص بها، فلم يكن لهم الاعتراض عليها فيه، كثمن عبدها، وأجرة دارها، ولأنها لو أسقطته بعد وجوبه، سقط كله، فبعضه أولى، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قال لرجل أراد أن يزوجه: التمس ولو خاتما من حديد» . «وقال لامرأة زوجت بنعلين: أرضيت بنعلين من نفسك؟»

قالت: نعم. فأجازه النبي - صلى الله عليه وسلم -. وقولهم: فيه عار عليهم. ليس كذلك، فإن عمر قال: لو كان مكرمة في الدنيا، أو تقوى عند الله، كان أولاكم بها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. يعني غلو الصداق. فإن رغبت في كفء بعينه، وأراد تزويجها لغيره من أكفائها، وامتنع من تزويجها من الذي أرادته، كان عاضلا لها. فأما إن طلبت التزويج بغير كفئها، فله منعها من ذلك، ولا يكون عاضلا." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣١

"صحته، وإنما يثبت الخيار، كالعيب من العنة وغيرها. فعلى هذه الرواية لمن لم يرض الفسخ. وبهذا قال الشافعي ومالك وقال أبو حنيفة إذا رضيت المرأة وبعض الأولياء، لم يكن لباقي الأولياء فسخ؛ لأن هذا الحق لا يتجزأ، وقد أسقط بعض الشركاء حقه، فسقط جميعه، كالقصاص. **ولنا**، أن كل واحد من الأولياء يعتبر رضاه، فلم يسقط برضا غيره، كالمرأة مع الولي

فأما القصاص فلا يثبت لكل واحد كاملا، فإذا سقط بعضه، تعذر استيفاؤه، وهاهنا بخلافه، ولأنه لو زوجها بدون مهر مثلها، ملك الباقون عندهم الاعتراض، مع أنه خالص حقها، فهاهنا مع أنه حق لهم أولى. وسواء كانوا متساوين في الدرجة، أو متفاوتين، فزوج الأقرب، مثل أن يزوج الأب بغير كفء، فإن للإخوة الفسخ. وقال مالك والشافعي ليس لهم فسخ إذا زوج الأقرب؛ لأنه لا حق للأبعد معه، فرضاؤه لا يعتبر. **ولنا**، أنه ولي في حال يلحقه العار بفقد الكفاءة، فملك الفسخ كالمتساويين.

[مسألة شروط الكفاءة في النكاح]

(٥١٩٠) مسألة؛ قال: والكفء ذو الدين والمنصب يعني بالمنصب الحسب، وهو النسب. واختلفت الرواية عن أحمد في شروط الكفاءة، فعنه هما شرطان؛ الدين، والمنصب، لا غير. وعنه أنها خمسة؛ هذان، والحرية، والصناعة، واليسار. وذكر القاضي، في (المجرد) أن فقد هذه الثلاثة لا يبطل النكاح، رواية واحدة، وإنما الروايتان في الشرطين الأولين. قال: ويتوجه أن المبطل عدم الكفاءة في النسب لا غير؛ لأنه نقص لازم، وما عداه غير لازم، ولا يتعدى نقصه إلى الولد

وذكر في (الجامع) الروايتين في جميع الشروط. وذكره أبو الخطاب أيضا. وقال مالك: الكفاءة في الدين لا غير. قال ابن عبد البر: هذا جملة مذهب مالك وأصحابه. وعن الشافعي كقول مالك، وقول آخر أنها الخمسة التي ذكرناها، والسلامة من العيوب الأربعة فتكون ستة، وكذلك قول أبي حنيفة، والثوري، والحسن بن حي إلا في الصنعة والسلامة من العيوب الأربعة. ولم يعتبر محمد بن الحسن الدين، إلا أن يكون ممن يسكر ويخرج ويسخر منه الصبيان، فلا يكون كفؤا؛ لأن الغالب على الجند الفسق، ولا يعد ذلك نقصا، والدليل على اعتبار الدين قوله تعالى: ﴿أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون﴾ [السجدة: ١٨] ولأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية، غير مأمون على النفس والمال، مسلوب الولايات، ناقص عند الله تعالى وعند خلقه، قليل الحظ في الدنيا والآخرة." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥/٧

"غير أبي حنيفة: إذا زوج الصغيرين غير الأب، فلهما الخيار إذا بلغا. قال أبو الخطاب: وقد نقل عبد الله، عن أبيه، كقول أبي حنيفة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء: ٣] .

فمفهومه أنه إذا لم يخف، فله تزويج اليتيمة، واليتيم من لم يبلغ؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يتم بعد احتلام» . قال عروة: سألت عائشة عن قول الله تعالى: ﴿وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى﴾ [النساء: ٣] . فقالت: يا ابن أختي، هذه اليتيمة تكون في حجر وليها، فيشركها في مالها، ويعجبه مالها وجمالها، فيريد أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها، فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن، ويبلغوا أعلى سنتهن في الصداق. متفق عليه. ولأنه ولي في النكاح، فملك التزويج كالأب. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن سكتت فهو إذنها، وإن أبت، فلا جواز عليها» . رواه أبو داود، والنسائي.

وروي ابن عمر، «أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر ابنة أخيه عثمان، فرفع ذلك إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: إنها يتيمة، ولا تنكح إلا بإذنها» . واليتيمة: الصغيرة التي مات أبوها. ولأن غير الأب قاصر الشفقة، فلا يلي نكاح الصغيرة، كالأجنبي، وغير الجد لا يلي مالها، فلا يستبد بنكاحها، كالأجنبي. ولأن الجد يدلي بولاية غيره، فأشبه سائر العصبات، وفارق الأب، فإنه يدلي بغير واسطة، ويسقط الإخوة والجد، ويحجب الأم عن ثلث المال إلى ثلث الباقي في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين. والآية محمولة على البالغة بدليل قول الله تعالى: ﴿تؤتونهن ما كتب لهن﴾ [النساء: ١٢٧] . وإنما يدفع إلى الكبيرة، أو نحملها على بنت تسع.

[فصل الحكم إذا بلغت الجارية تسع سنين في إذنها في النكاح]

(٥٢٠٢) فصل: وإذا بلغت الجارية تسع سنين، ففيها روايتان؛ إحداهما، أنها كمن لم تبلغ تسعا، نص عليه في رواية الأثرم. وهو قول مالك، والشافعي وأبي حنيفة، وسائر الفقهاء. قالوا: حكم بنت تسع سنين، حكم بنت ثمان؛ لأنها غير بالغة، ولأن إذنها لا يعتبر في سائر التصرفات، فكذلك في النكاح. والرواية الثانية، حكمها حكم البالغة. نص عليه في رواية ابن منصور؛ لمفهوم الآية، ودلالة الخبر بعمومها، على أن اليتيمة تنكح بإذنها، وإن أبت فلا جواز عليها، وقد انتفى به الإذن في من دونها، فيجب حمله على من

بلغت تسعا. وقد روى الإمام أحمد، بإسناده عن عائشة – رضي الله عنها – أنها قالت: إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي." (١)

"ولنا، ما روى أبو بكر بإسناده، عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «تستأمر اليتيمة، فإن بكت أو سكتت فهو رضاها، وإن أبت فلا جواز عليها»

ولأنها غير ناطقة بالامتناع مع سماعها للاستئذان، فكان إذنا منها كالصمات أو الضحك. والبكاء يدل على فرط الحياء، لا على الكراهة، ولو كرهت لامتنعت، فإنها لا تستحي من الامتناع، والحديث يدل بصريحه على أن الصمت إذن، وبمعناه على ما في معناه من الضحك والبكاء، وكذلك أقمنا الضحك مقامه.

[فصل الثيب المعتبر نطقها هي الموطوءة في القبل]

(٥٢٠٨) فصل: والثيب المعتبر نطقها،، هي الموطوءة في القبل، سواء كان الوطء حلالا أو حراما. وهذا مذهب الشافعي. وقال مالك، وأبو حنيفة في المصابة بالفجور: حكمها حكم البكر في إذنها وتزويجها؛ لأن علة الاكتفاء بصمات البكر الحياء، والحياء من الشيء لا يزول إلا بمباشرته، وهذه لم تباشر بالإذن في النكا ح، فيبقى حياؤها منه بحاله. ولنا، قوله – صلى الله عليه وسلم –: «الثيب تعرب عن نفسها» . ولأن قوله – صلى الله عليه وسلم –: «لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، وإذنها أن تسكت» يدل على أنه لا بد من نطق الثيب؛ لأنه قسم النساء قسمين، فجعل السكوت إذنا لأحدهما، فوجب أن يكون الآخر بخلافه وهذه ثيب، فإن الثيب هي الموطوءة في القبل، وهذه كذلك. ولأنه لو أوصى لثيب النساء دخلت في الوصية، ولو أوصى للأبكار لم تدخل، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكرا فوجدها مصابة بالزنا، ملك الفسخ، ولأنها موطوءة في القبل، فأشبهت الموطوءة بشبهة، والتعليل بالحياء غير صحيح، فإنه أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه، وإنما يعتبر بمظنته، وهي البكارة، ثم هذا التعليل يفضي إلى إبطال منطوق الحديث، فيكون باطلا في نفسه، ولا فرق بين المكرهة والمطاوعة، وعلى هذا ليس لأبيها إجبارها إذا كانت بالغة، وفي تزويجها إن كانت صغيرة وجهان. وقولهم: إنها لم تباشر الإذن. قلنا: يبطل بالموطوءة بشبهة، أو في ملك يمين، والمزوجة وهي صغيرة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢/٧

[فصل الحكم إذا ذهبت عذرتها بغير جماع في إذنها في النكاح]

(٥٢٠٩) فصل: وإن ذهبت عذرتها بغير جماع، كالوثبة، أو شدة حيضة، أو بإصبع أو عود ونحوه، فحكمها حكم الأبكار

ذكره ابن حامد؛ لأنها لم تختبر المقصود، ولا وجد وطؤها في القبل، فأشبهت من لم تزل." (١)

"عذرتها. ولو وطئت في الدبر لم تصر ثيبا، ولا حكمها حكمهن؛ لأنها غير موطوءة في القبل.

[فصل اختلف الزوج والمرأة في إذنها لوليها في تزويجها قبل الدخول]

(٥٢١٠) فصل: إذا اختلف الزوج والمرأة في إذنها لوليها في تزويجها قبل الدخول، فالقول قولها، في قول أكثر الفقهاء. وقال زفر في الثيب كقول أهل العلم، وفي البكر: القول قول الزوج؛ لأن الأصل السكوت، والكلام حادث والزوج يدعي الأصل، فالقول قوله. **ولنا**، أنها منكرة الإذن، والقول قول المنكر، ولأنه يدعي أنها استؤذنت وسمعت فصمتت، والأصل عدم ذلك، وهذا جواب على قوله إن الأصل معه. وإن اختلفا بعد الدخول، فقال القاضي: القول قول الزوج؛ ولأن التمكين من الوطء دليل على الإذن وصحة النكاح، فكان الظاهر معه

وهل تستحلف المرأة إذا قلنا: القول قولها؟ قال القاضي: قياس المذهب أنه لا يمين عليها كما لو ادعى زوجيتها فأنكرته. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد: تستحلف. فإن نكلت، فقال أبو يوسف، ومحمد: يثبت النكاح. وقال الشافعي: يستحلف الزوج، ويثبت النكاح. **ولنا**، أنه اختلاف في زوجية، فلا يثبت بالنكول، ولا يحلف المدعي معه، كما لو ادعى الزوج أصل التزويج فأنكرته، فإن كانت المرأة ادعت أنها أذنت فأنكر ورثة الزوج، فالقول قولها؛ لأنه اختلاف في أمر يختص بها، صادر من جهتها، فالقول قولها فيه، كما لو اختلفوا في نيتها فيما تعتبر فيه نيتها، ولأنها تدعي صحة العقد، وهم يدعون فساده، فالظاهر معها.

[فصل إذن المجنونة في النكاح]

(٥٢١١) فصل: في المجنونة، إن كانت ممن تجبر لو كانت عاقلة، جاز تزويجها لمن يملك إجبارها؛ لأنه إذا ملك إجبارها مع عقلها وامتناعها، فمع عدمه أولى. وإن كانت ممن لا تجبر، انقسمت ثلاثة أقسام؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦/٧

أحدها، أن يكون وليها الأب أو وصيه، كالثيب الكبيرة، فهذه يجوز لوليها تزويجها. ذكره القاضي. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه جعل للأب تزويج المعتوه، فالمرأة أولى. وهذا قول الشافعي، وأبي حنيفة. ومنع منه أبو بكر؛ لأنها ولاية إجبار، وليس على الثيب ولاية إجبار

والأول أصح؛ فإن ولاية الإجبار إنما انتفت عن العاقلة لرأيها، لحصول المباشرة منها والخبرة، وهذه بخلاف ذلك. وكذلك الحكم في الثيب الصغيرة، إذا قلنا بعدم الإجبار في حقها، إذا كانت عاقلة. القسم الثاني، أن يكون وليها الحاكم، ففيها وجهان؛." (١)

"أحدهما، ليس له تزويجها بحال؛ لأن هذه ولاية إجبار، فلا تثبت لغير الأب، كحال عقلها. والثاني، له تزويجها إذا ظهر منها شهوة الرجال، كبيرة كانت أو صغيرة. وهو اختيار ابن حامد، وأبي الخطاب، وقول أبي حنيفة؛ لأن بها حاجة إليه لدفع ضرر الشهوة عنها، وصيانتها عن الفجور، وتحصيل المهر والنفقة، والعفاف، وصيانة العرض، ولا سبيل إلى إذنها، فأبيح تزويجها كالثيب مع أبيها

وكذلك ينبغي أن يملك تزويجها إن قال أهل الطب: إن علتها تزول بتزويجها؛ لأن ذلك من أعظم مصالحها. وقال الشافعي: لا يملك تزويج صغيرة بحال، ويملك تزويج الكبيرة إذا قال أهل الطب إن علتها تزول بتزويجها. **ولنا**، أن المعنى المبيح للتزويج وجد في حق الصغيرة، فأبيح تزويجها، كالكبيرة إذا ظهرت منها شهوة الرجال، ففي تزويجها مصلحتها ودفع حاجتها، فأشبه ما لو قال أهل الطب إنه يزيل علتها. وتعرف شهوتها من كلامها، وقرائن أحوالها، كتتبعها للرجال، وميلها إليهم، وأشباه ذلك

القسم الثالث، من وليها غير الأب والحاكم. فقال القاضي: لا يزوجها إلا الحاكم، فيكون حكمها حكم القسم الثاني، على ما بيناه. وقال أبو الخطاب: لهم تزويجها في الحال التي يملك الحاكم تزويج موليته فيها. وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن ولايتهم مقدمة على ولاية الحاكم، فقدموا عليه في التزويج، كما لو كانت عاقلة. ووجه قول القاضي، أن الحاكم هو الناظر لها في مالها دونهم، فيكون وليا دونهم، كتزويج أمتها، ولأن هذا دفع حاجة ظاهرة، فكانت إلى الحاكم، كدفع حاجة الجوع والعري. فإن كان لها وصي في مالها، لم يملك تزويجها؛ لأنه لا ولاية له في نكاحها. والحكم في تزويجها حكم من وليها غير الأب والحاكم، على ما ذكرنا.

[مسألة زوج ابنته بدون صداق مثلها]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧

(٥٢١٢) مسألة؛ قال: (وإذا زوج ابنته بدون صداق مثلها، ثبت النكاح بالمسمى. وإن فعل ذلك غير الأب ثبت النكاح، وكان ل٥١ مهر مثلها) . وجملة ذلك أن للأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها، بكرا كانت أو ثيبا، صغيرة كانت أو كبيرة. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك. وقال الشافعي: ليس له ذلك، فإن فعل فلها مهر مثلها؛ لأنه عقد معاوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع، ولأنه تفريط في مالها، وليس له ذلك. **ولنا**، أن عمر، - رضي الله عنه - خطب الناس فقال: ألا لا تغالوا في صداق النساء، فما أصدق."

(١)

"يلي ماله. وقال الشافعي: يملك ولي الصبي تزويجه، ليألف حفظ فرجه عند بلوغه. وليس بسديد؛ فإن غير الأب لم يملك تزويج الجارية الصغيرة، فالغلام أولى. وفارق الأب ووصيه؛ فإن لهما تزويج الصغيرة، وولاية الإجبار

وسواء أذن الغلام في تزويجه أو لم يأذن، فإنه لا إذن له. (٥٢١٦) الفصل الثاني: أن المعتوه؛ وهو الزائل العقل بجنون مطبق، ليس لغير الأب ووصيه تزويجه. وهذا قول مالك. وقال أبو عبد الله بن حامد: للحاكم تزويجه إذا ظهر منه شهوة النساء، بأن يتبعهن ويريدهن. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن ذلك من مصالحه، وليس له حال ينتظر فيها إذنه. وقد ذكرنا توجيه الوجهين في تزويج المجنونة. وينبغي على هذا القول أن يجوز تزويجه إذا قال أهل الطب: إن في تزويجه ذهاب علته. لأنه من أعظم مصالحه. والله أعلم

(٥٢١٧) الفصل الثالث: أن للأب أو وصيه تزويجهما، سواء كان الغلام عاقلا أو مجنونا، وسواء كان الجنون، مستداما أو طارقا، فأما الغلام السليم من الجنون، فلا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن لأبيه تزويجه، كذلك قال ابن المنذر. وممن هذا مذهبه الحسن، والزهري، وقتادة، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لما روي أن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير، فاختصما إلى زيد، فأجازاه جميعا. رواه الأثرم بإسناده. وأما الغلام المعتوه، فلأبيه تزويجه

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأنه يلزمه بالتزويج حقوقا من المهر والنفقة، مع عدم حاجته، فلم يجز له ذلك، كغيره من الأولياء. **ولنا**، أنه غير بالغ، فملك أبوه تزويجه، كالعاقل، ولأنه إذا ملك تزويج العاقل مع أن له عند احتياجه إلى التزويج رأيا ونظرا لنفسه فلأن يجوز تزويج من لا يتوقع فيه ذلك أولى. وفارق غير الأب، فإنه لا يملك تزويج العاقل. وأما البالغ المعتوه، فظاهر كلام أحمد، والخرقي، أن للأب تزويجه مع ظهور أمارات الشهوة وعدمها

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨/٧

وقال القاضي: إنما يجوز تزويجه إذا ظهرت منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه. وهو مذهب الشافعي؛ لأن في تزويجه مع عدم حاجته إضرارا به، بإلزامه حقوقا لا مصلحة له في التزامها. وقال أبو بكر: ليس للأب تزويجه بحال؛ لأنه رجل، فلم يجز إجباره على النكاح كالعاقل. وقال زفر: إن طرأ عليه الجنون بعد البلوغ، لم يجز تزويجه، وإن كان مستداما، جاز.." (١)

"**ولنا**، أنه غير مكلف، فجاز لأبيه تزويجه كالصغير، فإنه إذا جاز تزويج الصغير، مع عدم حاجته في الحال، وتوقع نظره عند الحاجة، فهاهنا أولى. **ولنا**، على التسوية بين الطارئ والمستدام، أنه معنى يثبت الولاية، فاستوى طارئه ومستدامه، كالرق، ولأنه جنون يثبت الولاية على ماله، فأثبتها عليه في نكاحه، كالمستدام

فأما اعتبار الحاجة، فلا بد منها، فإنه لا يجوز لوليه تزويجه، إلا إذا رأى المصلحة فيه، غير أن الحاجة لا تنحصر في قضاء الشهوة، فقد تكون حاجته إلى الإيواء والحفظ، وربما كان دواء له، ويترجى به شفاؤه، فجاز التزويج له، كقضاء الشهوة. والله أعلم.

[فصل من يفيق في الأحيان لا يجوز تزويجه إلا بإذنه]

(٥٢١٨) فصل: ومن يفيق في الأحيان، لا يجوز تزويجه إلا بإذنه؛ لأن ذلك ممكن، ومن أمكن أن يتزوج لنفسه، لم تثبت الولاية عليه كالعاقل. ولو زال عقله ببرسام أو مرض مرجو الزوال، فهو كالعاقل، فإن ذلك لا يثبت الولاية على ماله، فعلى نفسه أولى. وإن لم يرج زواله، فهو داخل فيما ذكرناه.

[فصل وصي الأب في النكاح]

(٥٢١٩) الفصل الرابع: أن وصي الأب في النكاح بمنزلته، على ما ذكرنا في ثبوت الولاية للوصي على المرأة. وفي هذا من الخلاف مثل ما فيه، وإنما يثبت ذلك لوصي الأب في التزويج خاصة، فإن كان وصيا في المال، لم تكن له ولاية في التزويج؛ لأنه إنما يستفيد التصرف بالوصية، فلا يملك ما لم يوص به إليه، ووصي غير الأب، لا ولاية له على صبي ولا مجنون؛ لأن الموصي لا يملك ذلك، فوصيه أولى.

[فصل تزوج لصغير أو مجنون]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/ ٥٠

(٥٢٢٠) فصل: وإن تزوج لصغير أو مجنون، فإنه يقبل لهما النكاح، ولا يجوز أن يأذن لهما في قبوله؛ لأنهما ليسا من أهل التصرف. وإن كان الغلام ابن عشر، وهو مميز، فقياس المذهب جواز تفويض القبول إليه، حتى يتولاه لنفسه، كما يفوض أمر البيع إليه، ولأنه يملك إيقاع الطلاق بنفسه. وإن تزوج له الولي جاز، كما يجوز أن يبتاع له، وهذا على الرواية التي تقول بصحة بيعه، ووقوع طلاقه. وإن قلنا: لا يصح ذلك منه. فهذا أولى

(٥٢٢١) فصل: وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يتزوج لهما بزيادة على مهر المثل؛ لأنه معاوضة في حق الغير، فلم تجز." (١)

"[فصل حكم نكاح المحجور عليه للسفه]

(٥٢٢٣) فصل: في المحجور عليه للسفه والكلام في نكاحه في ثلاثة أحوال؛ أحدها، أن لوليه تزويجه، إذا علم حاجته إلى النكاح؛ لأنه نصب لمصالحه، وهذا من مصالحه، لأنه يصون به دينه وعرضه ونفسه، فإنه ربما تعرض بترك التزويج للإثم بالزنا، والحد، وهتك العرض، وسواء علم بحاجته بقوله أو بغير قوله، وسواء كانت حاجته إلى الاستمتاع أو إلى الخدمة، فيزوجه امرأة لتحل له؛ لأنه يحتاج إلى الخلوة بها. وإن لم يكن به حاجة إليه، لم يجز تزويجه؛ لأنه يلزمه بالنكاح حقوقا؛ من المهر، والنفقة، والعشرة، والمبيت، والسكنى، فيكون تضييعا لماله ونفسه في غير فائدة، فلم يجز، كتبذير ماله

وإذا أراد تزويجه، استأذنه في تزويجه، فإن زوجه بغير إذنه، فقال أصحابنا: يصح؛ لأنه عقد معاوضة، فملكه الولي في حق المولى عليه، كالبيع، ولأنه محجور عليه، أشبه الصغير والمجنون، ويحتمل أن لا يملك تزويجه بغير إذنه؛ لأنه يملك الطلاق فلم يجبر على النكاح، كالرشيد والعبد الكبير؛ وذلك لأن إجباره على النكاح مع ملك الطلاق، مجرد إضرار، فإنه يطلق فيلزمه الصداق مع فوات النكاح، ولأنه قد يكون له غرض في امرأة، ولا يكون له في أخرى، فإذا أجبر على من يكرهها، لم تحصل له المصلحة منها، وفات عليه غرضه من الأخرى، فيحصل مجرد ضرر مستغنى عنه.

وإنما جاز ذلك في حق المجنون والطفل، لعدم إمكان الوصول إلى ذلك من قولهما، ولم يتعذر ذلك هاهنا، فوجب أن لا يفوت ذلك عليه، كالرشيد. الحال الثاني، أن للولي أن يأذن له في التزويج في الحالة التي للولي تزويجه فيها، وهي حالة الحاجة؛ لأنه من أهل النكاح، فإنه عاقل مكلف، ولذلك يملك الطلاق والخلع، فجاز أن يفوض إليه ذلك، ثم هو مخير بين أن يعين له المرأة، أو يأذن له مطلقا. وقال بعض

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١/٧

الشافعية: يحتاج إلى التعيين له؛ لئلا يتزوج شريفة يكثر مهرها ونفقتها، فيتضرر بذلك. **ولنا**، أنه أذن في النكاح، فجاز من غير تعيين، كالإذن للعبد، وبهذا يبطل ما ذكروه.

ولا يتزوج إلا بمهر المثل، فإن زاد على مهر المثل، بطلت الزيادة؛ لأنها محاباة بماله، وهو لا يملكها. وإن نقص عن مهر المثل، جاز؛ لأنه ربح من غير خسران. الحال الثالث، إذا تزوج بغير إذن. فقال أبو بكر: يصح النكاح، أومأ إليه أحمد، قال القاضي: يعني إذا كان محتاجا،." (١)

"فإن عدمت الحاجة لم يجز؛ لأنه إتلاف لماله في غير فائدة. وقال أصحاب الشافعي: إن أمكنه استئذان وليه، لم يصح إلا بإذنه؛ لأنه محجور عليه، فلم يصح منه التصرف بغير إذنه، كالعبد، وإن طلب منه النكاح، فأبى أن يزوجه، ففيه وجهان. **ولنا**، أنه إذا احتاج إلى النكاح، فحقه متعين فيه، فصح استيفاؤه بنفسه، كما لو استوفى دينه الحال عند امتناع وليه من استيفائه، فأما إن تزوج من غير حاجة، لم يصح، فإن وطئ الزوجة، فعليه مهر المثل؛ لأنه أتلف بضعها بشبهة، فلزمه عوض ما أتلف، كما لو أتلف مالها.

[فصل ليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه]

(٥٢٢٤) فصل: وليس لغير الأب تطليق امرأة المولى عليه، سواء كان ممن يملك التزويج، كوصي الأب والحاكم على قول ابن حامد، أو لا يملكه. لا نعلم في هذا خلافا. فأما الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون، فقد قال أحمد، في رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر، وهما صغيران، ثم إن الأبوين كرها، هل لهما أن يفسخا؟ فقال: قد اختلف في ذلك. وكأنه رآه. قال أبو بكر: لم يبلغني عن أبي عبد الله في هذه المسألة إلا هذه الرواية، فتخرج على قولين؛ أحدهما، يملك ذلك. وهو قول عطاء، وقتادة؛ لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البضع، فجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهما، كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون بالإعسار. والقول الثاني: لا يملك ذلك. وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق» . ولأنه لا يملك البضع، فلا يملك الطلاق بنفسه، كوصي الأب والحاكم، وكالسيد يزوج عبده الصغير، وبهذه الأصول يبطل دليل القول الأول.

[فصل ادعت امرأة المجنون عنته]

(٥٢٢٥) فصل: وإذا ادعت امرأة المجنون عنته، لم تضرب له مدة؛ لأنها لا تثبت إلا بإقرار الزوج، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٣

حكم لإقراره. وإن أقر بالعنة وهو صحيح، فضربت له المدة ثم ﺟ ن، وانقضت المدة، وطالبت المرأة بالفسخ، لم يفسخ؛ لأنها إن كانت ثيبا فالقول قوله، وإن كانت بكرا فادعى منعها إياه نفسها، أو أنه وطئها فعادت عذرتها، فله استحلافها. فإذا كان لا يعبر عن نفسه، لم يستحلف، ولا يثبت ما قالته، فلم يفسخ عليه.." (١)

"[مسألة إذا زوج أمته بغير إذنها]

(٥٢٢٦) مسألة؛ قال: (وإذا زوج أمته بغير إذنها، فقد لزمها النكاح، كبيرة كانت أو صغيرة) . لا نعلم في هذا خلافا؛ وذلك لأن منافعها مملوكة له، والنكاح عقد على منفعتها، فأشبه عقد الإجارة، ولذلك ملك الاستمتاع بها، وبهذا فارقت العبد، ولأنه ينتفع بتزويجها؛ لما حصل له من مهرها وولدها، ويسقط عنه من نفقتها وكسوتها، بخلاف العبد.

[فصل المدبرة والمعلق عتقها بصفة وأم الولد كالأمة القن في إجبارها على النكاح]

(٥٢٢٧) فصل: والمدبرة، والمعلق عتقها بصفة، وأم الولد، كالأمة القن، في إجبارها على النكاح. وقال مالك آخر أمره: ليس له تزويج أم ولده بغير إذنها. وكرهه ربيعة وللشافعي فيه قولان؛ لأنه لا يملك التصرف في رقبتها، فكذلك لا يملك تزويجها بغير إذنها، كأخته. **ولنا**، أنها مملوكته، يملك الاستمتاع بها وإجارتها، فملك تزويجها، كالقن، ولأنها إحدى منفعتيها، فـمـلك أخذ عوضها، كسائر منافعها. وما ذكروه يبطل بابنته الصغيرة، لا يملك رقبتها، ويملك تزويجها. وإذا ملك أخته من الرضاع، أو مجوسية، فله تزويجهما، وإن كانتا محرمتين عليه؛ لأن منافعهما ملكه، وإنما حرمتا عليه لعارض. فأما التي بعضها حر، فلا يملك سيدها إجبارها؛ لأنه لا يملك جميعها. ولا يملك إجبار المكاتبة؛ لأنها بمنزلة الخارجة عن ملكه، ولذلك لا يملك وطأها ولا إجارتها، ولا تلزمه نفقتها، ولا يصل إليه مهرها، فهي كالعبد.

[فصل طلبت الأمة من سيدها تزويجها]

(٥٢٢٨) فصل: فإن طلبت الأمة من سيدها تزويجها، فإن كان يطؤها، لم يجبر على تزويجها؛ لأن عليه ضررا في تزويجها، ووطؤه لها يدفع حاجتها. فإن كان لا يطؤها؛ لكونها محرمة عليه، كالمجوسية وأخته من الرضاع، أو محللة له لكن لا يرغب في وطئها، أجبر على تزويجها أو وطئها إن كانت محللة له، وإزالة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤/٧

ملكه عنها؛ لأنه وليها، فأجبر على تزويجها، كالحرة، ولأن حاجتها قد تشتد إلى ذلك، فأجبر على دفعها، كالإطعام والكسوة. وإذا امتنع أجبره الحاكم. وإن طلبت منه من نصفها حر، أو المكاتبة، أو أم الولد، التزويج، أجبر عليه؛ لأنه وليهن، فأجبر على تزويجهن، كالحرائر.

[فصل اشترى عبده المأذون أمة وركبته ديون]

(٥٢٢٩) فصل: وإذا اشترى عبده المأذون أمة، وركبته ديون، ملك سيده تزويجها وبيعها وإعتاقها. نص عليه أحمد،." (١)

"وذكره أبو بكر، وقال: وللسيد وطؤها. وقال الشافعي: ليس له شيء من ذلك؛ لما فيه من الإضرار بالغرماء. وأصل الخلاف ينبني على دين المأذون له في التجارة، فعندنا يلزم السيد، فلا يلحق الغرماء ضرر بتصرف السيد في الأمة، فإن الدين ما تعلق بها، وعنده أن الدين يتعلق بالعبد وبما في يده، فيلحقهم الضرر. والكلام على هذا يذكر في موضعه.

[فصل ليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيبا يرد به]

(٥٢٣٠) فصل: وليس للسيد إكراه أمته على التزويج بمعيب عيبا يرد به في النكاح؛ لأنه يؤثر في الاستمتاع، وذلك حق لها، ولذلك ملكت الفسخ بالجب والعنة والامتناع من العبد دون السيد. وفارق بيعها من معيب لأنه لا يراد للاستمتاع، ولهذا ملك شراء الأمة المحرمة ولم تملك الأمة الفسخ لعيبه ولا عنته ولا إيلائه وإن زوجها من معيب فهل يصح؟ على وجهين؛ فإن قلنا يصح. فلها الفسخ. وإن كانت صغيرة فهل له الفسخ في الحال أو ينتظر بلوغها؟ على وجهين. ومذهب الشافعي هكذا في هذا الفصل كله.

[زوج عبده وهو كاره]

(٥٢٣١) قال: ومن زوج عبده وهو كاره لم يجز إلا أن يكون صغيرا الكلام في هذه المسألة في فصلين:

(٥٢٣٢) الفصل الأول: أن السيد لا يملك إجبار عبده البالغ العاقل على النكاح وبهذا قال الشافعي في أحد قوليه، وقال مالك وأبو حنيفة: له ذلك؛ لقول الله تعالى ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم﴾ [النور: ٣٢] ؛ ولأنه يملك رقبته فملك إجباره على النكاح كالأمة؛ ولأنه يملك إجارته فأشبه

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٥

الأمة، **ولنا** أنه مكلف يملك الطلاق، فلا يجبر على النكاح كالحر؛ ولأن النكاح خالص حقه ونفعه له فأشبه الحر، والأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه بدليل عطفه على الأيامى وإنما يزوجن عند الطلب. ومقتضى الأمر الوجوب وإنما يجب تزويجه عند طلبه.

وأما الأمة فإنه يملك منافع بضعها والاستمتاع بها، بخلاف العبد. ويفارق النكاح الإجارة؛ لأنها عقد على منافع بدنه، وهو يملك استيفاءها. .

[العبد الصغير الذي لم يبلغ للسيد تزويجه]

(٥٢٣٣) الفصل الثاني: في العبد الصغير الذي لم يبلغ، فللسيد تزويجه، في قول أكثر أهل العلم، إلا أن بعض الشافعية قال: فيه قولان. وقال أبو الخطاب يحتمل ألا يملك تزويجه.." [١]

"والثاني يسقط؛ لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة، فأشبه الفسخ بالعيب في أحدهما، وفسخها لإعساره، وشراء الرجل امرأته.

[ابتاعت الحرة زوجها بصداقها]

(٥٢٣٩) فصل: فإن ابتاعته بصداقها، صح. نص عليه أحمد وذكره أبو بكر، والقاضي، ويرجع عليها بنصفه إن قلنا: يسقط نصفه. أو بجميعه، إن قلنا: يسقط جميعه. ويحتمل أن لا يصح البيع. وهو قول أصحاب الشافعي، لأن ثبوته يقتضي نفيه، فإن صحة البيع؛ تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر، وسقوط المهر يقتضي بطلان البيع؛ لأنه عوضه ولا يصح بغير عوض.

ولنا أنه يجوز أن يكون ثمنا لغير هذا العبد، فجاز أن يكون ثمنا له، كغيره من الديون، وما سقط منه رجع عليها به.

[إذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما]

(٥٢٤٠) قال: فإذا زوج الوليان فالنكاح للأول منهما وجملة ذلك أنه إذا كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها، جاز، سواء أذنت في رجل معين أو مطلقا، فقالت: قد أذنت لكل واحد من أوليائي في تزويجي من أراد. فإذا زوجها الوليان لرجلين، وعلم السابق منهما، فالنكاح له، دخل بها الثاني

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦/٧

أو لم يدخل. وهذا قول الحسن، والزهري، وقتادة، وابن سيرين، والأوزاعي، والثوري، والشافعي، وأبي عبيد، وأصحاب الرأي. وبه قال عطاء، ومالك، ما لم يدخل بها الثاني، فإن دخل بها الثاني صار أولى.

لقول عمر إذا أنكح الوليان فالأول أحق، ما لم يدخل بها الثاني.

ولأن الثاني اتصل بعقده القبض، فكان أحق. ولنا، ما روى سمرة، وعقبة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «أيما امرأة زوجها وليان، فهي للأول.» أخرج حديث سمرة أبو داود، والترمذي، وأخرجه النسائي عنه وعن عقبة وروي نحو ذلك عن علي، وشريح

ولأن الثاني تزوج امرأة في عصمة زوج، فكان باطلا، كما لو علم أن لها زوجا؛ ولأنه نكاح باطل لو عري عن الدخول، فكان باطلا وإن دخل، كنكاح المعتدة والمرتدة، وكما لو علم. فأما حديث عمر – رضي الله عنه – فلم يصححه أصحاب الحديث، وقد خالفه قول علي – رضي الله عنه – وجاء على خلاف حديث النبي – صلى الله عليه وسلم – وما ذكروه من القبض لا معنى له، فإن النكاح يصح بغير قبض، على أنه لا أصل له فيقاس عليه، ثم يبطل بسائر الأنكحة الفاسدة. .." (١)

"وجملة ذلك أنه إذا جهل الأول منهما، فلا فرق بين أن لا يعلم كيفية وقوعهما، أو يعلم أن أحدهما قبل الآخر لا بعينه، أو يعلم بعينه ثم يشك، فالحكم في جميعها واحد، وهو أن يفسخ الحاكم النكاحين جميعا. نص عليه أحمد في رواية الجماعة، ثم تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك وعن أحمد رواية أخرى، أنه يقرع بينهما، فمن تقع له القرعة أمر صاحبه بالطلاق.

ثم يجدد القارع نكاحه، فإن كانت زوجته، لم يضره تجديد النكاح شيئا، وإن كانت زوجة الآخر، بانت منه بطلاقه، وصارت زوجة هذا بعقده الثاني؛ لأن القرعة تدخل بتميز الحقوق عند التساوي، كالسفر بإحدى نسائه، والبداءة بالمبيت عند إحداهن، وتعيين الأنصباء في القسمة.

وقال الثوري وأبو ثور: يجبرهما السلطان على أن يطلق كل واحد منهما طلقة، فإن أبيا فرق بينهما. وهذا قريب من قولنا الأول؛ لأنه تعذر إمضاء العقد الصحيح، فوجب إزالة الضرر بالتفريق. وقال الشافعي، وابن المنذر: النكاح مفسوخ؛ لأنه تعذر إمضاؤه

وهذا لا يصح، فإن العقد الصحيح لا يبطل بمجرد إشكاله، كما لو اختلف المتبايعان في قدر الثمن، فإن العقد لا يزول إلا بفسخه، كذا هاهنا. وقد روي عن شريح، وعمر بن عبد العزيز، وحماد بن أبي سليمان: أنها تخير، فأيهما اختارته فهو زوجها. وهذا غير صحيح، فإن أحدهما ليس بزوج لها، فلم تخير بينهما،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٩

كما لو لم يعقد إلا أحدهما، أو كما لو أشكل على الرجل امرأته في النساء، أو على المرأة زوجها، إلا أن يريدوا بقولهم أنها إذا اختارت أحدهما، فرق بينها وبين الآخر، ثم عقد المختار نكاحها

فهذا حسن، فإنه يستغنى بالتفريق بينها وبين أحدهما، عن التفريق بينها وبينهما جميعا، وبفسخ أحد النكاحين عن فسخهما. فإن أبت أن تختار، لم تجبر. وكذلك ينبغي أنه إذا أقرع بينهما، فوقعت القرعة لأحدهما، لم تجبر على نكاحه؛ لأنه لا يعلم أنه زوجها، فيتعين إذا فسخ النكاحين، ولها أن تتزوج من شاءت منهما أو من غيرهما في الحال، إن كان قبل الدخول، وإن كان أحدهما دخل بها، لم تنكح حتى تنقضي عدتها من وطئه.

[ادعى كل واحد منهما أنني السابق بالعقد في النكاح ولا بينة لهما]

(٥٢٤٤) فصل: فإن ادعى كل واحد منهما أنني السابق بالعقد، ولا بينة لهما، لم يقبل قولهما. وإن أقرت المرأة لأحدهما، لم يقبل إقرارها. نص عليه أحمد وقال أصحاب الشافعي: يقبل: كما لو أقرت ابتداء. **ولنا** أن الخصم في ذلك هو الزوج الآخر، فلم يقبل إقرارها في إبطال حقه، كما لو أقرت عليه بطلاق. وإن ادعى الزوجان على المرأة أنها تعلم السابق منهما، فأنكرت، لم تستحلف لذلك. وقال أصحاب الشافعي: تستحلف، بناء منهم على أن إقرارها مقبول.

فإن فرق بينها وبين أحدهما، لاختيارها لصاحبه،." (١)

"وإن كان مهر المثل أكثر، حلف على الزائد، وسقط. وإن كان المسمى أكثر، فهو مقر لها بالزيادة، وهي تنكرها، فلا تستحقها. والله أعلم.

[ادعى زوجية امرأة ابتداء فأقرت له بذلك]

(٥٢٤٧) فصل: وإن ادعى زوجية امرأة ابتداء، فأقرت له بذلك، ثبت النكاح وتوارثا. وقال أبو الخطاب في ذلك روايتان، والصحيح أنه مقبول؛ لأنها رشيدة أقرت بعقد، يلزمها حكمه، فقبل إقرارها، كما لو أقرت أن وليها باع أمتها قبل بلوغها، فأنكر أبوها تزويجها، لم يقبل إنكاره؛ لأن الحق على غيره وقد أقر به. وكذلك لو ادعى أنه تزوج امرأة بولي وشاهدين عينهما، فأقرت المرأة بذلك، وأنكر الشاهدان، لم يلتفت إلى إنكارهما؛ لأن الشهادة إنما يحتاج إليها مع الإنكار.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٦١

ويحتمل أن لا يقبل إقرارها مع إنكار أبيها؛ لأن تزويجها إليه دونها. فإن ادعى نكاحها، فلم تصدقه حتى ماتت، لم يرثها. وإن مات قبلها، فاعترفت بما قال، ورثته؛ لكمال الإقرار منهما بتصديقها. وكذلك لو أقرت المرأة دونه، فمات قبل أن يصدقها، لم ترثه. وإن ماتت فصدقها، ورثها؛ لما ذكرنا.

[تزوج العبد بغير إذن سيده]

(٥٢٤٨) قال: وإذا تزوج العبد بغير إذن سيده، فنكاحه باطل أجمع أهل العلم على أنه ليس للعبد أن ينكح بغير إذن سيده، فإن نكح لم ينعقد نكاحه، في قولهم جميعا. وقال ابن المنذر: أجمعوا على أن نكاحه باطل. والصواب ما قلنا - إن شاء الله -، فإنهم اختلفوا في صحته، فعن أحمد في ذلك روايتان؛ أظهرهما: أنه باطل. وهو قول عثمان، وابن عمر وبه قال شريح وهو مذهب الشافعي.

وعن أحمد، أنه موقوف على إجازة السيد، فإن أجازه جاز، وإن رده بطل. وهو قول أصحاب الرأي؛ لأنه عقد يقف على الفسخ، فوقف على الإجازة، كالوصية. ولنا، ما روى جابر، قال: قال رسول الله: - صلى الله عليه وسلم - «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه، فهو عاهر.» رواه الأثرم، وأبو داود، وابن ماجه. وروى الخلال، بإسناده عن موسى بن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، قال: قال رسول الله: - صلى الله عليه وسلم - «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه، فهو زان.» قال حنبل: ذكرت هذا الحديث لأبي عبد الله، فقال: هذا حديث منكر. ورواه أيضا عن ابن عمر موقوفا عليه من قوله:

ولأنه نكاح فقد شرطه، فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود.." (١)

"المسمى، ويرجع به على من غره، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له أن ينكح الإماء، وإن كان ممن يجوز له أن ينكح، فرضي بالمقام، فما ولدت بعد الرضى فهو رقيق، في هذه المسألة ستة فصول:

(٥٢٥٧) الفصل الأول: أن النكاح لا يفسد بالغرور. وهو قول أبي حنيفة وقال الشافعي في أحد قوليه: يفسد؛ لأنه عقد على حرة، ولم يوجد، فأشبه ما لو قال: بعتك هذا الفرس.

فإذا هو حمار. ولنا أن المعقود عليه في النكاح الشخص دون الصفات، فلا يؤثر عدمها في صحته، كما لو قال: زوجتك هذه البيضاء. فإذا هي سوداء. أو هذه الحسناء. فإذا هي شوهاء. وكذا يقول في الأصل الذي ذكره: إن العقد الذي ذكروه صحيح؛ لأن المعقود عليه العين المشار إليها. وإن سلمناه، فالفرق بينهما من وجهين: أحدهما: أن ثم فاتت الذات، فإن ذات الفرس غير ذات الحمار، وهاهنا اختلفا في الصفات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٦٣

والثاني: أن البيع يؤثر فيه فوات الصفات، بدليل أنه يرد بفوات أي شيء كان فيه نفع منها، والنكاح بخلافه.

[فصل أولاد العبد من الحرة التي ظن أنها أمة أحرار]

(٥٢٥٨) الفصل الثاني: أن أولاده منها أحرار. بغير خلاف نعلمه؛ لأنه اعتقد حريتها. فكان أولاده أحرارا؛ لاعتقاده ما يقتضي حريتهم، كما لو اشترى أمة يعتقدها ملكا لبائعها، فبانت مغصوبة بعد أن أولدها.

[فصل على الزوج فداء أولاده من الحرة التي ظن أنها أمة]

(٥٢٥٩) الفصل الثالث: أن على الزوج فداء أولاده. كذلك قضى عمر وعلي، وابن عباس – رضي الله عنهم – وهو قول مالك، والثوري والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وعن أحمد، رواية أخرى، ليس عليه فداؤهم؛ لأن الولد ينعقد حر الأصل، فلم يضمنه لسيد الأمة؛ لأنه لم يملكه. وعنه أنه يقال له: افد أولادك، وإلا فهم يتبعون أمهم.

فظاهر هذا أنه خيره بين فدائهم وبين تركهم رقيقا؛ لأنهم رقيق بحكم الأصل، فلم يلزمه فداؤهم، كما لو وطئها وهو يعلم رقها.

وقال الخلال: اتفق عن أبي عبد الله أنه يفدي ولده. وقال إسحاق عنه في موضع: إن الولد له، وليس عليه أن يفديهم. وأحسبه قولا أول لأبي عبد الله والصحيح أن عليه فداءهم؛ لقضاء الصحابة – صلوات الله عليهم أجمعين – به، ولأنه نماء الأمة المملوكة، فسبيله أن يكون مملوكا لمالكها. وقد فوت رقه باعتقاد الحرية، فلزمه ضمانهم، كما لو فوت رقهم بفعله.

وفي فدائهم ثلاث مسائل: (٥٢٦٠) المسألة الأولى في وقته، وذلك حين وضع الولد. قضى بذلك عمر، وعلي، وابن عباس، – رضي الله عنهم – وهو قول الشافعي." (١)

"وقال أبو ثور والثوري، وأصحاب الرأي: يضمنهم بقيمتهم يوم الخصومة؛ لأنه إنما يضمنهم بالمنع، ولم يمنعهم إلا حال الخصومة. **ولنا** أنه محكوم بحريته عند الوضع، فوجب أن يضمنه؛ لأنه فات رقه من حينئذ؛ ولأن القيمة التي تزيد بعد الوضع، لم تكن مملوكة لمالك الأمة، فلم يضمنها، كما بعد الخصومة.

فإن قيل: فقد كان محكوما بحريته، وهو جنين. قلنا: إلا أنه لم يمكن تضمينه حينئذ، لعدم قيمته والاطلاع

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٦/٧

عليه، فأوجبنا ضمانه في أول حال يمكن تضمينه، وهو حال الوضع.

(٥٢٦١) في صفة الفداء، وفيها ثلاث روايات؛ إحداهن بقيمتهم. وهو قول أكثر الفقهاء؛ لقول النبي: - صلى الله عليه وسلم - «من أعتق شقصا من عبد، قوم عليه نصيب شريكه.» ولأن الحيوان من المتقومات، لا من ذوات الأمثال، فيجب ضمانه بقيمته، كما لو أتلفه. والثانية: يضمنهم بمثلهم عبيدا، الذكر بذكر، والأنثى بأنثى؛ لما روى سعيد بن المسيب، قال: أبقت جارية لرجل من العرب، وانتمت إلى بعض العرب، فتزوجها رجل من بني عذرة، ثم إن سيدها دب، فاستاقها واستاق ولدها، فاختصموا إلى عمر - رضي الله عنه - فقضى للعذري بفداء ولده بغرة، غرة مكان كل غلام، ومكان كل جارية بجارية، وكان عمر يقوم الغرة على أهل القرى ومن لم يجد غرة ستين دينارا.

ولأن ولد المغرور حر، فلا يضمن بقيمته كسائر الأحرار. فعلى هذه الرواية ينبغي أن ينظر إلى مثلهم في الصفات تقريبا؛ لأن الحيوان ليس من ذوات الأمثال

ويحتمل أن يجب مثلهم في القيمة. وهو قول أبي بكر. والثالثة: هو مخير بين فدائهم بمثلهم أو قيمتهم. قال أحمد، في رواية الميموني: إما القيمة أو رأس برأس؛." (١)

"فإنه يفرق بينهما؛ لأننا بينا أن النكاح فاسد من أصله؛ لعدم شرطه. وهكذا لو كان تزويجها بغير إذن سيدها، أو اختل شرط من شروط النكاح، فهو فاسد، يفرق بينهما. والحكم في الرجوع على ما ذكرنا. وإن كان ممن يجوز له نكاح الإماء، وكانت شرائط النكاح مجتمعة، فالعقد صحيح، وللزوج الخيار بين الفسخ والمقام على النكاح.

وهذا معنى قول الخرقي " فرضي بالمقام " معها، وهذا الظاهر من مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا خيار له؛ لأن الكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة؛ لأنه يملك الطلاق. **ولنا**، أنه عقد غر فيه أحد الزوجين بحرية الآخر، فثبت له الخيار كالآخر؛ لأن الكفاءة وإن لم تعتبر فإن عليه ضررا في استرقاق ولده، ورق امرأته، وذلك أعظم من فقد الكفاءة. وأما الطلاق يندفع به الضرر، فإنه يسقط نصف المسمى، والفسخ يسقط جميعه، فإذا فسخ قبل الدخول فلا مهر لها، وإن رضي بالمقام معها، فله ذلك؛ لأنه يحل له نكاح الإماء، وما ولدت بعد ذلك فهو رقيق لسيدها؛ لأن المانع من رقهم في الغرور اعتقاد الزوج حريتها، وقد زال ذلك بالعلم

ولو وطئها قبل علمه، فعلقت منه، ثم علم قبل الوضع، فهو حر؛ لأنه وطئها يعتقد حريتها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٧/٧

[فصل الحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة كالأمة القن]

فصل: والحكم في المدبرة وأم الولد والمعتقة بصفة، كالأمة القن؛ لأنها ناقصة بالرق، إلا أن ولد أم الولد والمدبرة يقوم كأنه عبد له حكم أمه، وكذلك من أعتق بعضها، إلا أنه إذا فدى الولد، لم يلزمه إلا فداء ما فيه من الرق؛ لأن بقيته حر بحرية أمه، لا باعتقاد الوطء. فإن كانت مكاتبة فكذلك، إلا أن مهرها لها؛ لأنه من كسبها، وكسبها لها. وتجب قيمة ولدها، على الرواية المشهورة. قال أبو بكر: ويكون ذلك لها تستعين به في كتابتها.

فإن كان الغرور منها، فلا شيء لها، إذ لا فائدة في إيجاب شيء لها يرجع به عليها، وإن كان الغرور من غيرها، غرمه لها، ويرجع به على من غره.

[فصل لا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى]

(٥٢٦٧) فصل: ولا يثبت أنها أمة بمجرد الدعوى، فإن أقام بذلك بينة، ثبت. وإن أقرت أنها أمة، فقال أحمد، في رواية أبي الحارث: لا يستحقها بإقرارها؛ وذلك لأن إقرارها يزيل النكاح عنها، ويثبت حقا على غيرها، فلم يقبل، كإقرارها بمال على غيرها. وقال في رواية حنبل: لا شيء له حتى يثبت، أو تقر هي أنها أمته. فظاهر هذا أنه يقبل إقرارها؛ لأنها مقرة على نفسها بالرق، أشبه غير الزوجة. والأول أولى ولا نسلم أنه يقبل من غير ذات الزوج إقرارها بالرق بعد إقرارها بالحرية؛ لأنها أقرت بما يتعلق به حق الله تعالى.." (١)

"فبان خلافها، فيثبت له الخيار، كما لو شرط الحرية. وعلى هذا لو شرطها ذات نسب، فبانت دونه، أو شرطها بيضاء، فبانت سوداء، أو شرطها طويلة، فبانت قصيرة، أو حسناء فبانت شوهاء، خرج في ذلك كله وجهان. ونحو هذا مذهب الشافعي. وقال أبو ثور: القياس أن له الرد إن كان فيه اختلاف، وإن كان إجماعا فالإجماع أولى من النظر. قال ابن المنذر: لا أعلم أحدا وافق أبا ثور على مقالته. وممن ألزم الزوج من هذه صفتها الثوري والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وروى الزهري، أن رجلا تزوج امرأة، فلم يجدها عذراء، كانت الحيضة خرقت عذرتها، فأرسلت إليه عائشة إن الحيضة تذهب العذرة يقينا.

وعن الحسن، والشعبي، وإبراهيم في الرجل إذا لم يجد امرأته عذراء: ليس عليه شيء، العذرة تذهبها الوثبة، وكثرة الحيض، والتعنس، والحمل الثقيل. والله أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧٠

[فصل تزوج امرأة يظنها حرة فبانت أمة أو يظنها مسلمة فبانت كافرة]

(٢٧٤٥) فصل: وإذا تزوج امرأة يظنها حرة، فبانت أمة، أو يظنها مسلمة، فبانت كافرة، أو تزوجت عبدا تظنه حرا، فلهم الخيار، كما لو شرطوا ذلك. نص عليه أحمد، في امرأة تزوجت عبدا تظنه حرا، فلها الخيار. وقال الشافعي في الأمة: لا خيار له. وفي الكافرة: له الخيار. وقال بعضهم فيهما جميعا قولان. **ولنا** أن بعض الرق أعظم ضررا، فإنه يؤثر في رق ولده، ويمنع كمال استمتاعه، فكان له الخيار، كما لو كانت كافرة.

[فصل شرط في النكاح أمة فبانت حرة]

(٥٢٧٥) فصل: وإن شرطها أمة، فبانت حرة، أو ذات نسب، فبانت أشرف منه، أو على صفة دنيئة، فبانت خيرا من شرطه، أو كافرة، فبانت مسلمة، فلا خيار له في ذلك؛ لأنه زيادة. وقال أبو بكر له الخيار إذا بانت مسلمة؛ لأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات. والأول أولى.

[فصل كل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه]

(٥٢٧٦) فصل: وكل موضع ثبت له الخيار ففسخ قبل الدخول، فلا مهر عليه. وإن فسخ بعده، وكان التغرير ممن له المهر، فلا شيء عليه أيضا، وإن كان من غيره، فعليه المهر، يدفعه ثم يرجع به على الغار، فإن كان التغرير من أوليائها، رجع عليهم، وإن علم بعضهم احتمل أن يرجع عليه وحده؛ لأنه الغار، واحتمل أن يرجع على جميعهم؛ لأن حقوق الآدميين في العمد والسهو سواء.." (١)

"ألفا على أن يتزوجها، ولأنها أسقطت حقها من الخيار قبل وجود سببه، فلم يسقط، كالشفيع يسقط شفعته قبل البيع، ويلزمها قيمة نفسها. أومأ إليه أحمد، في رواية عبد الله. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه أزال ملكه منها بشرط عوض لم يسلم له، فاستحق الرجوع بقيمته، كالبيع الفاسد إذا تلفت السلعة في يد المشتري، والنكاح الفاسد إذا اتصل به الدخول.

ويحتمل أن لا يلزمها شيء، بناء على ما إذا قال لعبده: أعتقتك على أن تعطيني ألفا.

وهذا قول مالك، وزفر؛ لأن هذا ليس بلفظ شرط، فأشبه ما لو قال: أعتقتك، وزوجيني نفسك. وتعتبر القيمة حالة العتق، ويطالبها بها في الحال إن كانت قادرة عليها، وإن كانت معسرة، فهل تنظر إلى الميسرة، أو تجبر على الكسب؟ على وجهين، أصلهما في المفلس هل يجبر على الكسب؟ على روايتين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٣/٧

[فصل اتفق السيد وأمته على أن يعتقها وتزوجه نفسها فتزوجها على ذلك]

(٥٢٨٤) فصل: وإن اتفق السيد وأمته على أن يعتقها، وتزوجه نفسها، فتزوجها على ذلك، صح، ولا مهر لها غير ما شرط من العتق. وبه قال أبو يوسف وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يكون العتق صداقا، لكن إن تزوجها على القيمة التي له في ذمتها، وهما يعلمان القيمة، صح الصداق. **ولنا** أن العتق صلح صداقا في حق النبي - صلى الله عليه وسلم - فيجوز في حق أمته كالدراهم؛ ولأنه يصلح عوضا في البيع، فإنه لو قال: أعتق عبدك على ألف.

جاز، فلأن يكون عوضا في النكاح أولى، فإن النكاح لا يقصد فيه العوض. وعلى هذا لو تزوجها على أن يعتق أباها، صح. نص عليه أحمد، في رواية عبد الله. إذا ثبت هذا، فإن العتق يصير صداقا، كما لو دفع إليها مالا ثم تزوجها عليه. فإن بذلت له نفسها ليتزوجها فامتنع، لم يجبر، وكانت له القيمة؛ لأنها إذا لم تجبر على تزويجه نفسها، لم يجبر هو على قبولها. وحكم المدبرة، والمعتقة بصفة، وأم الولد، حكم الأمة القن في جميع ما ذكرناه.

[فصل أعتقت امرأة عبدها بشرط أن يتزوجها]

(٥٢٨٥) فصل: وإن أعتقت امرأة عبدها، بشرط أن يتزوجها، عتق، ولا شيء عليه؛ لأن النكاح يحصل به الملك للزوج، وليس بمملوك به، فإذا اشترطت عليه إثبات الملك له، لم يلزمه ذلك، كما لو اشترطت عليه أن تملكه دارا. ولو أراد العبد تزوجها لم تجبر؛ لأن الشرط لها، فلا يوجب عليها، كما لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها، لم يلزمه ذلك.

[فصل أعتق الأمة ثم تزوجها]

(٥٢٨٦) فصل: ولا بأس أن يعتق الرجل الأمة ثم يتزوجها، سواء أعتقها لوجه الله تعالى، أو أعتقها ليتزوجها. وكره." (١)

"أنس تزويج من أعتقها لله تعالى. قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله روى شعبة، عن قتادة، عن أنس، أنه كره أن يعتق الأمة، ثم يتزوجها؟ فقال: نعم، إذا أعتقها لله، كره أن يرجع في شيء منها. **ولنا**، ما روى

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧٦

أبو موسى، قال: قال رسول الله: - صلى الله عليه وسلم - «من كانت عنده جارية، فعلمها، وأحسن إليها، ثم أعتقها، وتزوجها، فذلك له أجران.» متفق عليه.

ولأنه إذا تزوجها، فقد أحسن إليها بإعفافها وصيانتها، فلم يكره، كما لو زوجها غيره، وليس في هذا رجوع فيما جعل لله تعالى، فإنه إنما يتزوجها بصداقها، فهو بمنزلة من اشترى منها شيئا.

[فصل أراد أن يتزوج أمته بعد عتقها]

(٥٢٨٧) فصل: وإذا أراد أن يتزوجها بعد عتقها، لم يحتج إلى استبراء، سواء كان يطؤها أو لم يكن؛ لأن الاستبراء لصيانة الماء، ولا يصان ذلك عنه. فإن اشترى أمة فأعتقها قبل أن يستبرئها، لم يحل له أن يتزوجها ولا يزوجها حتى يستبرئها؛ لأنه كان واجبا، فلا يسقط بإعتاقه لها.

قال أحمد، في الرجل تكون له الأمة لا يطؤها فيعتقها: لا يتزوجها من يومها حتى يستبرئها، فإن كان يطؤها فأعتقها، تزوجها من يومه، ومتى شاء؛ لأنها في مائه.

قال القاضي: معنى قوله: إن كان يطؤها. أي يحل له وطؤها وهي التي قد استبرأها. وقوله: إن كان لا يطؤها. أي: لا يحل له وطؤها وهي التي لم يمض عليها زمان الاستبراء، فلا يحل له تزوجها حتى يستبرئها. وإذا مضى لها بعض الاستبراء قبل عتقها، أتمته بعده، ولا يلزمها استئناف الاستبراء؛ لأن الاستبراء وجب بالشراء، لا بالعتق، فيحسب ابتداؤه من حين وجد سببه.

[فصل قال أعتق عبدك على أن أزوجك ابنتي فأعتقه]

(٥٢٨٨) فصل: وإن قال: أعتق عبدك، على أن أزوجك ابنتي. فأعتقه، لم يلزمه أن يزوجه ابنته؛ لأنه سلف في النكاح، وعليه قيمة العبد. وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا يلزمه شيء؛ لأنه لا فائدة له في العتق. ولنا أنه أزال ملكه عن عبده بعوض شرطه، فلزمه عوضه، كما لو قال: أعتق عبدك عني، وعلي ثمنه. وكما لو قال: طلق زوجتك، وعلي ألف. فطلقها، أو قال: ألق متاعك في البحر، وعلي ثمنه.

وبهذه الأصول يبطل قولهم: إنه لا فائدة له في العتق.

[قال الخاطب للولي أزوجت فقال نعم وقال للزوج أقبلت فقال نعم]

(٥٢٨٩) ؛ قال: (وإذا قال الخاطب للولي: أزوجت. فقال: نعم. وقال للزوج: أقبلت. فقال: نعم. فقد انعقد النكاح إذا حضره شاهدان)." (١)

"وقال الشافعي: لا ينعقد حتى يقول معه: زوجتك ابنتي، ويقول الزوج: قبلت هذا التزويج؛ لأن هذين ركنا العقد، فلا ينعقد بدونهما. **ولنا** أن نعم جواب لقوله: أزوجت وقبلت، والسؤال يكون مضمرا في الجواب معادا فيه، فيكون معنى نعم من الولي: زوجته ابنتي.

ومعنى نعم من المتزوج: قبلت هذا التزويج. ولا احتمال فيه، فيجب أن ينعقد به، ولذلك لما قال الله تعالى: ﴿فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم﴾ [الأعراف: ٤٤] كان إقرارا منهم بوجدان ذلك أنهم وجدوا ما وعدهم ربهم حقا. ولو قيل لرجل: لي عليك ألف درهم؟ فقال: نعم. كان إقرارا صحيحا لا يفتقر إلى نية، ولا يرجع في ذلك إلى تفسيره، وبمثله تقطع اليد في السرقة، فوجب أن ينعقد به التزويج، كما لو لفظ بذلك.

[فصل قال زوجتك ابنتي فقال قبلت]

(٥٢٩٠) فصل: ولو قال: زوجتك ابنتي. فقال: قبلت. انعقد النكاح. وقال الشافعي في أحد قوليه: لا ينعقد حتى يقول: قبلت ہذا النكاح، أو هذا التزويج؛ لأنه كناية في النكاح يفتقر إلى النية والإضمار، فلم ينعقد به، كلفظ الهبة والبيع. **ولنا** أن القبول صريح في الجواب، فانعقد به، كما ينعقد به البيع وسائر العقود. وقولهم: يفتقر إلى النية. ممنوع، فإنه جواب فلا ينصرف إلا إلى المذكور.

[فصل النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج]

(٥٢٩١) فصل: وينعقد النكاح بلفظ الإنكاح والتزويج. والجواب عنهما إجماعا، وهما اللذان ورد بهما نص الكتاب في قوله سبحانه: ﴿زوجناكها﴾ [الأحزاب: ٣٧] . وقوله سبحانه: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء: ٢٢] . وسواء اتفقا من الجانبين أو اختلفا، مثل أن يقول: زوجتك بنتي هذه. فيقول: قبلت هذا النكاح، أو هذا التزويج. ولا ينعقد بغير لفظ الإنكاح والتزويج. وبهذا قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والزهري، وربيعة، والشافعي. وقال الثوري، والحسن بن صالح، وأبو حنيفة، وأصحابه، وأبو ثور، وأبو عبيد، وداود: ينعقد بلفظ الهبة والصدقة والبيع والتمليك. وفي لفظ الإجارة عن أبي حنيفة

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧٧

روايتان. وقال مالك ينعقد بذلك إذا ذكر المهر. واحتجوا بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - زوج رجلا امرأة، فقال: «قد ملكتكها بما معك من القرآن» . رواه البخاري.

ولأنه لفظ ينعقد به تزويج." (١)

"النبي - صلى الله عليه وسلم - فانعقد به نكاح أمته، كلفظ الإنكاح والتزويج؛ ولأنه أمكن تصحيحه بمجازه، فوجب تصحيحه، كإيقاع الطلاق بالكنايات.

ولنا قوله تعالى: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين﴾ [الأحزاب: ٥٠] . فذكر ذلك خالصا لرسول الله - صلى الله عليه وسلم -؛ ولأنه لفظ ينعقد به غير النكاح فلم ينعقد به النكاح، كلفظ الإجارة والإباحة والإحلال؛ ولأنه ليس بصريح في النكاح، فلا ينعقد به، كالذي ذكرنا؛ وهذا لأن الشهادة شرط في النكاح، والكناية إنما تعلم بالنية، ولا يمكن الشهادة على النية، لعدم اطلاعهم عليها، فيجب أن لا ينعقد، وبهذا فارق بقية العقود والطلاق.

وأما الخبر، فقد روي: " زوجتكها " و " أنكحتكها " و " زوجناكها ". من طرق صحيحة. والقصة واحدة، والظاهر أن الراوي روى بالمعنى ظنا منه أن معناها واحد، فلا تكون حجة، وإن كان النبي - صلى الله عليه وسلم - جمع بين الألفاظ، فلا حجة لهم فيه؛ لأن النكاح انعقد بأحدها، والباقي فضلة.

[فصل من قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها]

(٥٢٩٢) فصل: ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية، لم يصح بغيرها. وهذا أحد قولي الشافعي وعند أبي حنيفة ينعقد؛ لأنه أتى بلفظه الخاص، فانعقد به، كما ينعقد بلفظ العربية. **ولنا**، أنه عدل عن لفظ الإنكاح والتزويج مع القدرة، فلم يصح، كلفظ الإحلال. فأما من لا يحسن العربية، فيصح منه عقد النكاح بلسانه؛ لأنه عاجز عما سواه، فسقط عنه كالأخرس، ويحتاج أن يأتي بمعناهما الخاص، بحيث يشتمل على معنى اللفظ العربي.

وليس على من لا يحسن العربية تعلم ألفاظ النكاح بها. وقال أبو الخطاب: عليه أن يتعلم؛ لأن ما كانت العربية شرطا فيه، لزمه أن يتعلمها مع القدرة، كالتكبير. ووجه الأول أن النكاح غير واجب، فلم يجب تعلم أركانه بالعربية كالبيع، بخلاف التكبير. فإن كان أحد المتعاقدين يحسن العربية دون الآخر، أتى الذي يحسن العربية بها، والآخر يأتي بلسانه. فإن كان أحدهما لا يحسن لسان الآخر، احتاج أن يعلم أن اللفظة

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧٨

التي أتى بها صاحبه لفظة الإنكاح، بأن يخبره بذلك ثقة يعرف اللسانين جميعا.

[فصل الأخرس إن فهمت إشارته صح نكاحه بها]

(٥٢٩٣) فصل: فأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها؛ لأنه معنى لا يستفاد إلا من جهة واحدة، فصح." (١)

"فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمدا عبده ورسوله، ويقرأ ثلاث آيات: ﴿اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾ [آل عمران: ١٠٢] . و: ﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا﴾ [النساء: ١] . و: ﴿اتقوا الله وقولوا قولا سديدا﴾ [الأحزاب: ٧٠] ﴿يصلح لكم أعمالكم﴾ [الأحزاب: ٧١] الآية» رواه أبو داود، والترمذي. وقال: حديث حسن.

قال الخلال: حدثنا أبو سليمان إمام طرسوس، قال: كان الإمام أحمد بن حنبل إذا حضر عقد نكاح لم يخطب فيه بخطبة عبد الله بن مسعود، قام وتركهم. وهذا كان من أبي عبد الله على طريق المبالغة في استحبابها، لا على الإيجاب، فإن حرب بن إسماعيل قال: قلت لأحمد: فيجب أن تكون خطبة النكاح مثل قول ابن مسعود؟ فوسع في ذلك. وقد روي عن ابن عمر، أنه كان إذا دعي ليزوج قال: لا تفضضوا علينا الناس، الحمد لله، وصلى الله على محمد، إن فلانا يخطب إليكم، فإن أنكحتموه فالحمد لله، وإن رددتموه فسبحان الله.

والمستحب خطبة واحدة يخطبها الولي، أو الزوج، أو غيرهما،

وقال الشافعي: المسنون خطبتان، هذه التي ذكرناها في أوله، وخطبة من الزوج قبل قبوله. والمنقول عن النبي - صلى الله عليه وسلم - وعن السلف، خطبة واحدة، وهو أولى ما اتبع. (٥٣٠٠) فصل: والخطبة غير واجبة عند أحد من أهل العلم علمناه، إلا داود، فإنه أوجبها؛ لما ذكرناه. **ولنا** «أن رجلا قال للنبي: - صلى الله عليه وسلم - يا رسول الله، زوجنيها. فقال رسول الله: - صلى الله عليه وسلم - زوجتكها بما معك من القرآن.» متفق عليه. ولم يذكر خطبة

وخطب إلى عمر مولاة له، فما زاد على أن قال: قد أنكحناك على ما أمر الله، على إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان. وقال جعفر بن محمد، عن أبيه: إن كان الحسين ليزوج بعض بنات الحسن، وهو يتعرق

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧٩

العرق. رواهما ابن المنذر. وروى أبو داود، بإسناده عن رجل من بني سليم، قال: «خطبت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمامة بنت عبد المطلب، فأنكحني من غير أن يتشهد» . ولأنه عقد معاوضة، فلم تجب فيه الخطبة كالبيع، وما استدلوا به يدل على عدم الكمال بدون الخطبة، لا على الوجوب.

[فصل إعلان النكاح والضرب فيه بالدف]

(٥٣٠١) فصل: ويستحب إعلان النكاح، والضرب فيه بالدف قال أحمد: يستحب أن يظهر النكاح، ويضرب." (١)

"بن عبد الله، وطاوس، ومجاهد، والزهري، وربيعة، ومالك، وأبو ثور،، وداود: له نكاح أربع؛ لعموم الآية؛ ولأن هذا طريقه اللذة والشهوة، فساوى العبد الحر فيه، كالمأكول. **ولنا** قول من سمينا من الصحابة، ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم، فكان إجماعا. وقد روى ليث بن أبي سليم، عن الحكم بن عتيبة، قال: أجمع أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين

ويقوي هذا ما روى الإمام أحمد، بإسناده عن محمد بن سيرين، أن عمر - رضي الله عنه - سأل الناس: كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف: باثنتين، وطلاقه باثنتين. فدل هذا على أن ذلك كان بمحضر من الصحابة وغيرهم، فلم ينكر، وهذا يخص عموم الآية، على أن فيها ما يدل على إرادة الأحرار، وهو قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣] . ويفارق النكاح المأكول، فإنه مبني على التفضل. ولهذا فارق النبي - صلى الله عليه وسلم - فيه أمته؛ ولأن فيه ملكا، والعبد ينقص في الملك عن الحر.

[تسري العبد]

(٥٣٠٨) ؛ قال: (وله أن يتسرى بإذن سيده) هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة. وهو قول ابن عمر، وابن عباس، والشعبي، والنخعي، والزهري، ومالك، والأوزاعي، والثوري، وأبي ثور. وكره ذلك ابن سيرين، وحماد بن أبي سليمان، والثوري، وأصحاب الرأي.

وللشافعي قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أو لا؟ وقال القاضي أبو يعلى: يجب أن يكون في مذهب أحمد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروايتين في ثبوت الملك له بتمليك سيده. واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال، ولا يجوز له الوطء إلا في نكاح أو ملك يمين؛ لقول الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٢/٧

تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٦] ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ [المؤمنون: ٧] .

ولنا قول ابن عمر وابن عباس، ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا. روى الأثرم، بإسناده عن ابن عمر أنه كان لا يرى بأسا أن يتسرى العبد، ونحوه عن ابن عباس. ولأن العبد يملك النكاح، فملك التسري، كالحر. وقولهم: إن العبد لا يملك المال. ممنوع؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من اشترى عبدا، وله مال.» فجعل المال له؛ ولأنه آدمي، فملك المال كالحر، وذلك لأنه بآدميته يتمهد لأهلية الملك، إذ كان الله تعالى خلق الأموال للآدميين.

ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف، وأداء العبادات، قال الله تعالى:." (١)

"﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا﴾ [البقرة: ٢٩] . والعبد داخل في العموم، ومن أهل التكليف والعبادات، فيكون أهلا للملك، ولذلك ملك في النكاح، وإذا ثبت الملك للجنين، مع كونه نطفة لا حياة فيها، باعتبار مآله إلى الآدمية، فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى. إذا ثبت هذا، فلا يجوز له التسري إلا بإذن سيده، ولو ملكه سيده جارية، لم يبح له وطؤها حتى يأذن له فيه؛ لأن ملكه ناقص، ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ عقد، فلم يكن له التصرف فيه إلا بإذن سيده

فإن أذن له فقال: تسراها. أو: أذنت لك في وطئها. أو ما دل عليه، أبيح له، وما ولد له من التسري فحكمه حكم ملكه؛ لأن الجارية مملوكة له، فكذلك ولدها. وإن تسرى بغير إذن سيده، فالولد ملك لسيده.

(٥٣٠٩) فصل: وله التسري بما شاء، إذا أذن له السيد في ذلك. نص عليه أحمد؛ لأن من جاز له التسري، جاز من غير حصر كالحر.

فإن أذن له وأطلق التسري تسرى بواحدة. وكذلك إذا أذن له في التزويج، لم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة وبهذا قال أصحاب الرأي. وأبو ثور: إذا أذن له في التزويج، فعقد على اثنتين في عقد، جاز. **ولنا** أن الإذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم يقينا، وما زاد مشكوك فيه، فيبقى على الأصل، كما لو أذن له في طلاق امرأته، لم يكن له أن يطلق أكثر من واحدة. ولأن الزائد على الواحدة يحتمل أن يكون غير مراد، فيبقى على أصل التحريم، كما لو شك هل أذن له أو لا؟ .

[فصل المكاتب كالعبد القن لا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٨٦

(٥٣١٠) فصل: والمكاتب كالعبد القن، لا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده؛ لأن في ذلك إتلافا للمال الذي في يديه، وقد قال – عليه السلام –: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.» وأما المعتق بعضه، فإذا ملك بجزئه الحر جارية، فملكه تام، وله الوطء بغير إذن سيده؛ لقوله سبحانه: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣] ولأن ملكه عليها تام، له التصرف فيها بما شاء بغير إذن سيده، فكذلك الوطء، وما فيه من الرق لا يمنعه من استيفاء ما يملكه، كما له أن يتصرف ويأكل ما ملكه بنصفه الحر. وقال القاضي: حكمه حكم القن.." (١)

"وهو منصوص الشافعي.

وقال بعض أصحابه كقولنا، واحتج من منع ذلك بأنه لا يمكنه الوطء بنصفه الحر وحده، وكذلك منعناه التزويج حتى يأذن له سيده ولنا أنه لا حق لسيده فيها، ولا يلحقه ضرر باستمتاعه منها، فلم يعتبر إذنه فيها، كاستخدامها، وأما التزويج فإنه يلزمه به حقوق تتعلق بجملته فاعتبر رضا السيد، ليكون راضيا بتعلق الحق بملكه، بخلاف مسألتنا، فإن الحق له لا عليه. فأما إن أذن له سيده فيه جاز، إلا عند من منع العبد التسري؛ لأنه كالقن في قولهم

[فصل للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده]

(٥٣١١) فصل: نقل محمد بن ماهان، عن أحمد: لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده، فإن رجع السيد، فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى، وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانئ، ويعقوب بن بختان، ولم أر عنه خلاف هذا، فظاهر هذا أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع؛ لأنه يملك به البضع، فلم يملك سيده فسخه، قياسا على النكاح. وقال القاضي: يحتمل أنه أراد بالتسري هاهنا التزويج وسماه تسريا مجازا، ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده.

وظاهر كلام أحمد خلاف هذا، وذلك لأنه ملكه بضعا أبيح له وطؤه، فلم يملك رجوعه فيه، كما لو زوجه، وما ذكره في هذا الفصل مناقض لما ذكر قبله في صدر المسألة، من قوله: ولسيده نزعه منه متى شاء من غير فسخ.

[متى طلق الحر أو العبد لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٧/٧

(٥٣١٢) قال: (ومتى طلق الحر أو العبد طلاقا يملك الرجعة أو لا يملك، لم يكن له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها، وكذلك إذا طلق واحدة من أربع، لم يتزوج حتى تنقضي عدتها، وكذلك العبد إذا طلق إحدى زوجتيه) . وجملة ذلك أن الرجل إذا تزوج امرأة، حرمت عليه أمها على التأبيد، وتحرم عليه أختها وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها تحريم جمع وكذلك إن تزوج الحر أربعا، حرمت الخامسة تحريم جمع وإن تزوج العبد اثنتين، حرمت الثالثة تحريم جمع فإذا طلق زوجته طلاقا رجعيا، فالتحريم باق بحاله في قولهم جميعا وإن كان الطلاق بائنا أو فسخا، فكذلك عند إمامنا حتى تنقضي عدتها وروي ذلك عن علي وابن عباس وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب ومجاهد والنخعي والثوري وأصحاب الرأي.

وقال القاسم بن محمد وعروة وابن أبي ليلى ومالك والشافعي وأبو ثور، وأبو عبيد وابن المنذر: له نكاح جميع من سمينا في تحريم الجمع وروي ذلك عن زيد بن ثابت؛ لأن المحرم الجمع." [1]

"بينهما في النكاح، بدليل قوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء: ٢٣] أي: نكاحهن، ثم قال: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾ [النساء: ٢٣] معطوفا عليه، والبائن ليست في نكاحه؛ ولأنها بائن فأشبهت المطلقة قبل الدخول

، **ولنا** قول علي وابن عباس وروي عن عبيدة السلماني أنه قال: ما أجمعت الصحابة على شيء كإجماعهم على أربع قبل الظهر، وأن لا تنكح امرأة في عدة أختها وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يجمع ماءه في رحم أختين» وروي عن أبي الزناد، قال: كان للوليد بن عبد الملك أربع نسوة، فطلق واحدة ألبتة، وتزوج قبل أن تحل فعاب ذلك عليه كثير من الفقهاء، وليس كلهم عابه، قال سعيد بن منصور: إذا عاب عليه سعيد بن المسيب فأي شيء بقي؟ ،. ولأنها محبوسة عن النكاح لحقه، أشبه ما لو كان الطلاق رجعيا؛ ولأنها معتدة في حقه، أشبهت الرجعية، وفارق المطلقة قبل الدخول بها.

[فصل أسلم زوج المجوسية أو الوثنية]

(٥٣١٣) فصل: ولو أسلم زوج المجوسية أو الوثنية، أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار أو غيره، لم يكن له أن يتزوج أحدا ممن يحرم الجمع بينه وبين زوجته حتى تنقضي عدتها سواء قلنا بتعجيل الفرقة أو لم نقل. وإن أسلمت زوجته، فتزوج أختها في عدتها، ثم أسلما في عدة الأولى

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٨/٧

اختار منهما واحدة، كما لو تزوجهما معا. وإن أسلم بعد انقضاء عدة الأولى، بانت، وثبت نكاح الثانية.

[فصل أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها]

(٥٣١٤) فصل: إذا أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها فليس له أن يتزوج أختها حتى ينقضي استبراؤها. نص عليه أحمد في أم الولد، وقال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن: يجوز؛ لأنها ليست زوجة، ولا في عدة من نكاح **ولنا**، أنها معتدة منه، فلم يجز له نكاح أختها، كالمعتدة من نكاح أو وطء بشبهة؛ ولأنه لا يأمن أن يكون ماؤه في رحمها، فيكون داخلا في عموم من جمع ماءه في رحم أختين، ولا يمنع من نكاح أربع سواها.

ومنعه زفر وهو غلط؛ لأن ذلك جائز قبل إعتاقها، فبعده أولى.

[فصل لا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن]

(٥٣١٥) فصل: ولا يمنع من نكاح أمة في عدة حرة بائن ومنعه أبو حنيفة، كما يحرم عليه أن يتزوجها في صلب نكاحها." (١)

"**ولنا** أنه عادم للطول، خائف للعنت، فأبيح له نكاحها، لقوله تعالى: ﴿ومن لم يستطع منكم طولا﴾ [النساء: ٢٥] الآية ولا نسلم أنه لا يجوز في صلب نكاح الحرة، بل يجوز إذا تحقق الشرطان.

[فصل إن زنى بامرأة فليس له أن يتزوج بأختها]

(٥٣١٦) فصل: وإن زنى بامرأة، فليس له أن يتزوج بأختها حتى تنقضي عدتها، وحكم العدة من الزنا والعدة من وطء الشبهة كحكم العدة من النكاح فإن زنى بأخت امرأته فقال أحمد: يمسك عن وطء امرأته حتى تحيض ثلاث حيض وقد ذكر عنه في المزني بها أنها تستبرأ بحيضة؛ لأنه وطء من غير نكاح، ولا أحكامه أحكام النكاح. ويحتمل أن لا تحرم بذلك أختها، ولا أربع سواها؛ لأنها ليست منكوحة، ومجرد الوطء لا يمنع، بدليل الوطء في ملك اليمين لا يمنع أربعا سواها.

[فصل ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها وكذبته]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٨٩

(٥٣١٧) فصل: وإذا ادعى الزوج أن امرأته أخبرته بانقضاء عدتها في مدة يجوز انقضاؤها فيها، وكذبته أبيح له نكاح أختها وأربع سواها في الظاهر، فأما في الباطن فيبنى على صدقه في ذلك؛ لأنه حق فيما بينه وبين الله تعالى، فيقبل قوله فيه، ولا يصدق في نفي نفقتها وسكناها ونفي النسب؛ لأنه حق لها ولولدها، فلا يقبل قوله فيه.

وبه قال الشافعي وغيره. وقال زفر: لا يصدق في شيء؛ لأنه قول واحد لا يصدق في بعض حكمه، فلا يصدق في البعض الآخر، قياسا لأحدهما على الآخر، وذلك لأنه لا يمكن أن يكون القول الواحد صدقا وكذبا، ولنا أنه قول يتضمن إبطال حق لغيره، وحقا له لا ضرر على غيره فيه، فوجب أن يصدق في أحدهما دون الآخر، كما لو اشترى عبدا ثم أقر أن البائع كان أعتقه، صدق في حريته، ولم يصدق في الرجوع بثمنه. وكما لو أقر أن امرأته أخته من الرضاع قبل الدخول، صدق في بينونتها وتحريمها عليه، ولم يصدق في سقوط مهرها.

[مسألة خطب امرأة فزوج بغيرها]

(٣١٨٥) مسألة: قال: (ومن خطب امرأة فزوج بغيرها، لم ينعقد النكاح) معنى ذلك أن يخطب الرجل امرأة بعينها، فيجاب إلى ذلك، ثم يوجب له النكاح في غيرها، وهو يعتقد أنها التي خطبها، فيقبل، فلا ينعقد النكاح؛ لأن القبول انصرف إلى غير من وجد الإيجاب فيه، فلم يصح، كما لو ساومه بثوب وأوجب العقد في غيره بغير علم المشتري، فلو علم الحال بعد ذلك،." (١)

"صالح

ينظر إلى الوجه ولا يكون عن طريق لذة وله أن يردد النظر إليها، ويتأمل محاسنها؛ لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك. (٥٣٢٧) فصل: ولا خلاف بين أهل العلم في إباحة النظر إلى وجهها، وذلك لأنه ليس بعورة، وهو مجمع المحاسن، وموضع النظر ولا يباح له النظر إلى ما لا يظهر عادة وحكي عن الأوزاعي أنه ينظر إلى مواضع اللحم وعن داود أنه ينظر إلى جميعها، لظاهر قوله - عليه السلام - انظر إليها ولنا قول الله تعالى ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ [النور: ٣١] وروي عن ابن عباس أنه قال: الوجه، وباطن الكف.

ولأن النظر محرم أبيح للحاجة، فيختص بما تدعو الحاجة إليه، وهو ما ذكرنا. والحديث مطلق، ومن نظر

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٩٠

إلى وجه إنسان سمي ناظرا إليه، ومن رآه وعليه أثوابه سمي رائيا له، كما قال الله تعالى: ﴿وإذا رأيتهم تعجبك أجسامهم﴾ [المنافقون: ٤] ﴿وإذا رآك الذين كفروا﴾ [الأنبياء: ٣٦] فأما ما يظهر غالبا سوى الوجه، كالكفين والقدمين ونحو ذلك، مما تظهره المرأة في منزلها ففيه روايتان؛ إحداهما: لا يباح النظر إليه؛ لأنه عورة فلم يبح النظر إليه، كالذي لا يظهر، فإن عبد الله روى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «المرأة عورة» حديث حسن ولأن الحاجة تندفع بالنظر إلى الوجه.

فبقي ما عداه على التحريم والثانية: له النظر إلى ذلك. قال أحمد في رواية حنبل: لا بأس أن ينظر إليها، وإلى ما يدعوه إلى نكاحها، من يد أو جسم ونحو ذلك.

قال أبو بكر: لا بأس أن ينظر إليها عند الخطبة حاسرة. وقال الشافعي: ينظر إلى الوجه والكفين. ووجه جواز النظر ما يظهر غالبا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما أذن في النظر إليها من غير علمها، علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر عادة إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة غيره له في الظهور؛ ولأنه يظهر غالبا، فأبيح النظر إليه كالوجه.

ولأنها امرأة أبيح له النظر إليها بأمر الشارع، فأبيح النظر منها إلى ذلك، كذوات المحارم. وقد روى سعيد عن سفيان عن عمرو بن دينار عن أبي جعفر قال: خطب عمر بن الخطاب ابنة علي فذكر منها صغرا، فقالوا له: إنما ردك فعاوده، فقال: نرسل بها إليك تنظر إليها فرضيها، فكشف عن ساقها. فقالت: أرسل، فلولا أنك أمير المؤمنين للطمت عينك.." (١)

"رأى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما تلقى، قال: إنه ليس عليك بأس، إنما هو أبوك وغلامك» رواه أبو داود وكره أبو عبد الله له أن ينظر إلى شعر مولاته وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس ومجاهد والحسن وأباح له ذلك ابن عباس لما ذكرنا من الآيتين والخبرين؛ ولأن الله تعالى قال: ﴿ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات﴾ [النور: ٥٨] إلى قوله: ﴿ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض﴾ [النور: ٥٨] ولأنه يشق التحرز منه، فأبيح له ذلك كذوي المحارم.

وقال أصحاب الشافعي: هو محرم حكمه حكم المحارم من الأقارب، في أحد الوجهين لما ذكرنا من الدليل؛ ولأنه محرم عليها، فكان محرما كالأقارب **ولنا** ما روى ابن عمر قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «سفر المرأة مع عبدها ضيعة» رواه سعيد؛ ولأنها لا تحرم عليه على التأبيد ولا يحل له

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٧/٧

استمتاعها، فلم يكن محرما كزوج أختها؛ ولأنه غير مأمون عليها، إذ ليست بينهما نفرة المحرمية، والملك لا يقتضي النفرة الطبيعية، بدليل السيد مع أمته. وإنما أبيح له من النظر ما تدعو الحاجة إليه، كالشاهد والمبتاع ونحوهما وجعله بعض أصحابنا كالأجنبي، لما ذكرناه والصحيح ما قلنا إن شاء الله تعالى.

[فصل الغلام ما دام طفلا غير مميز لا يجب الاستتار منه]

(٥٣٣٢) فصل: فأما الغلام، فما دام طفلا غير مميز، لا يجب الاستتار منه في شيء، وإن عقل، ففيه روايتان إحداهما: حكمه حكم ذي المحرم في النظر. والثانية: له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة؛ لأن الله تعالى قال ﴿ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم﴾ [النور: ٥٨] إلى قوله تعالى ﴿ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض﴾ [النور: ٥٨] إلى قوله: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم﴾ [النور: ٥٩] فدل على التفريق بين البالغ وغيره.

وقال أبو عبد الله: أبو طيبة حجم نساء النبي - صلى الله عليه وسلم - وهو غلام. ووجه الرواية الأولى قوله ﴿أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾ [النور: ٣١] وقيل لأبي عبد الله: متى تغطي المرأة رأسها من الغلام؟ قال: إذا بلغ عشر سنين.

[فصل يباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن صاحبه ولمسه]

(٥٣٣٣) فصل: ويباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن صاحبه ولمسه حتى الفرج لما روى بهز بن حكيم عن أبيه، عن جده قال: «قلت: يا رسول الله، عوراتنا ما نأتي منها وما نذر؟ فقال: احفظ عورتك،." (١)

"مع الذمي؛ ولأن الحجاب إنما يجب بنص أو قياس ولم يوجد واحد منهما فأما قوله ﴿أو نسائهن﴾ [النور: ٣١] فيحتمل أن يكون المراد به جملة النساء.

[فصل نظر المرأة إلى الرجل]

(٥٣٤٣) فصل: فأما نظر المرأة إلى الرجل، ففيه روايتان، إحداهما: لها النظر إلى ما ليس بعورة. والأخرى: لا يجوز لها النظر من الرجل إلا إلى مثل ما ينظر إليه منها. اختاره أبو بكر وهذا أحد قولي الشافعي لما

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٠٠

روى الزهري عن نبهان عن أم سلمة قالت: «كنت قاعدة عند النبي – صلى الله عليه وسلم – أنا وحفصة فاستأذن ابن أم مكتوم فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: احتجبن منه فقلت: يا رسول الله، إنه ضرير لا يبصر قال: أفعمياوان أنتما لا تبصرانه» رواه أبو داود، وغيره؛ ولأن الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن، كما أمر الرجال به؛ ولأن النساء أحد نوعي الآدميين، فحرم، عليهن النظر إلى النوع الآخر قياسا على الرجال، يحققه أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة، وهذا في المرأة أبلغ، فإنها أشد شهوة، وأقل عقلا، فتسارع الفتنة إليها أكثر. **ولنا** «، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – لفاطمة بنت قيس: اعتدي في بيت ابن أم مكتوم، فإنه رجل أعمى، تضعين ثيابك فلا يراك» متفق عليه
«. وقالت عائشة: كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يسترني بردائه، وأنا أنظر إلى الحبشة يلعبون في المسجد» متفق عليه «. ويوم فرغ النبي – صلى الله عليه وسلم – من خطبة العيد، مضى إلى النساء فذكرهن، ومعه بلال فأمرهن بالصدقة» ؛ ولأنهن لو منعن النظر، لوجب على الرجال الحجاب، كما وجب على النساء، لئلا ينظرن إليهم. فأما حديث نبهان فقال أحمد: نبهان روى حديثين عجيبين. يعني هذا الحديث، وحديث: «إذا كان لإحداكن مكاتب، فلتحتجب منه» وكأنه أشار إلى ضعف حديثه.
إذ لم يرو إلا هذين الحديثين المخالفين للأصول. وقال ابن عبد البر: نبهان مجهول، لا يعرف إلا برواية الزهري عنه هذا الحديث، وحديث فاطمة صحيح فالحجة به لازمة ثم يحتمل أن حديث نبهان خاص لأزواج النبي – صلى الله عليه وسلم – كذلك قال أحمد وأبو داود قال الأثرم: قلت لأبي عبد الله: كان حديث نبهان لأزواج النبي – صلى الله عليه وسلم – خاصة وحديث." (١)
"فاطمة لسائر الناس؟ قال: نعم، وإن قدر التعارض فتقديم الأحاديث الصحيحة أولى من الأخذ بحديث مفرد، في إسناده مقال.

[مسألة زوج أمته وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار ويبعث بها إليه بالليل]
(٥٣٤٤) مسألة: قال: (وإذا زوج أمته، وشرط عليه أن تكون عندهم بالنهار، ويبعث بها إليه بالليل، فالعقد والشرط جائزان، وعلى الزوج النفقة مدة مقامها عنده) أما الشرط: فصحيح؛ لأنه لا يخل بمقصود النكاح، فإن الاستمتاع إنما يكون ليلا، وإذا كان الشرط صحيحا لم يمنع صحة العقد، فيكونان صحيحين. وعلى الزوج النفقة في الليل؛ لأنها سلمت إليه فيه، وليس عليه نفقة النهار؛ لأنها في مقابلة الاستمتاع، وهو لا

---
(١) المغني لابن قدامة ١٠٦/٧

يتمكن من الاستمتاع بها في تلك الحال.

وإذا لم تجب نفقة النهار على الزوج، وجبت على السيد؛ لأنها في خدمته حينئذ؛ ولأنها باقية على الأصل في وجوبها على السيد، فتكون نفقتها بينهما نصفين وكذلك الكسوة. وقال بعض أصحاب الشافعي: ليس على الزوج شيء من النفقة؛ لأنها لا تجب إلا بالتمكين التام، ولم يوجد، فلم يجب منها شيء كالحرة إذا بذلت التسليم في بعض الزمان دون بعض. **ولنا** أن النفقة عوض في مقابلة المنفعة، فوجب منها بقدر ما يستوفيه، كالأجرة في الإجارة، وفارقت الحرة؛ لأن التسليم عليها واجب في جميع الزمان، فإذا امتنعت منه في البعض، فلم تسلم ما وجب عليها تسليمه، وهاهنا قد سلم السيد جميع ما وجب عليه.

فصل: فإن زوجها من غير شرط فقال القاضي: الحكم فيه كما لو شرط، وله استخدامها نهارا، وعليه إرسالها ليلا للاستمتاع بها؛ لأنه زمانه، وذلك لأن السيد يملك من أمته منفعتين، منفعة الاستخدام والاستمتاع، فإذا عقد على إحداهما، لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استيفائها، كما لو أجرها للخدمة، لم يلزمه تسليمها إلا في زمنها وهو النهار، والنفقة بينهما على قدر إقامتها عندهما وإن تبرع السيد بإرسالها ليلا ونهارا، فالنفقة كلها على الزوج، وإن تبرع الزوج بتركها عند السيد ليلا ونهارا، لم تسقط نفقتها عنه.

ولو تبرع كل واحد منهما بتركها عند الآخر، وتدافعاها، كانت نفقتها كلها على الزوج؛ لأن الزوجية تقتضي وجوب النفقة، ما لم يمنع من استمتاعها، عدوانا أو بشرط أو نحوه، ولذلك تجب نفقتها مع تعذر استمتاعها بمرض أو حيض أو نحوهما فإذا لم يكن من السيد هاهنا منع." (١)

"وجداتهن وإن علت درجتهن، على حسب ما ذكرنا في النسب، محرمات بقوله تعالى ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء: ٢٣] كل امرأة أرضعتك أمها، أو أرضعتها أمك أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة، أو ارتضعت أنت وهي من لبن رجل واحد، كرجل له امرأتان، لهما لبن أرضعتك إحداهما، وأرضعتها الأخرى، فهي أختك.

محرمة عليك لقوله سبحانه: ﴿وأخواتكم من الرضاعة﴾ [النساء: ٢٣] القسم الثاني: تحريم المصاهرة، والمنصوص عليه أربع، أمهات النساء، فمن تزوج امرأة حرم عليه كل أم لها، من نسب أو رضاع، قريبة أو بعيدة بمجرد العقد نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم منهم ابن مسعود وابن عمر وجابر وعمران بن حصين وكثير من التابعين وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي. وحكي عن علي - رضي الله عنه - أنها لا تحرم إلا بالدخول بابنتها، كما لا تحرم ابنتها إلا بالدخول **ولنا** قول الله تعالى ﴿وأمهات نسائكم﴾

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٧/٧

[النساء: ٢٣] والمعقود عليها من نسائه، فتدخل أمها في عموم الآية.
قال ابن عباس: أبهموا ما أبهم القرآن يعني عمموا حكمها في كل حال، ولا تفصلوا بين المدخول بها وبين غيرها. وروى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من تزوج امرأة فطلقها قبل أن دخل بها، فلا بأس أن يتزوج ربيبته ولا يحل له أن يتزوج أمها» رواه أبو حفص بإسناده وقال زيد تحرم بالدخول أو بالموت؛ لأنه يقوم مقام الدخول. وقد ذكرنا ما يوجب التحريم مطلقا، سواء وجد الدخول أو الموت أو لا؛ ولأنها حرمت بالمصاهرة بقول مبهم، فحرمت بنفس العقد، كحليلة الابن والأب.
الثانية: بنات النساء اللاتي دخل بهن، وهن الربائب، فلا يحرمن إلا بالدخول بأمهاتهن، وهن كل بنت للزوجة من نسب أو رضاع، قريبة أو بعيدة، وارثة أو غير وارثة، على حسب ما ذكرنا في البنات، إذا دخل بالأم حرمت عليه، سواء كانت في حجره أو لم تكن، في قول عامة الفقهاء، إلا أنه روي عن عمر وعلي – رضي الله تعالى عنهما – أنهما رخصا فيها إذا لم تكن في حجره وهو قول داود لقول الله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ [النساء: ٢٣] قال ابن المنذر: وقد أجمع علماء الأمصار على خلاف هذا القول
وقد ذكرنا حديث عبد الله بن عمرو في هذا «وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – لأم حبيبة: لا تعرضن علي بناتكن، ولا أخواتكن» ولأن التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات، وأما الآية فلم تخرج مخرج الشرط، وإنما وصفها بذلك تعريفا لها بغالب حالها، وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه." (١)

"أخوات أو عمات أو خالات، والبنات تحرم بناتهن؛ لأنهن بنات ويحرم بنات الأخوات وبناتهن؛ لأنهن بنات الأخت، وكذلك بنات بنات الأخ، إلا بنات العمات والخالات فلا يحرمن بالإجماع لقول الله تعالى: ﴿وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك﴾ [الأحزاب: ٥٠] . فأحلهن الله لنبيه – عليه السلام – ولأنهن لم يذكرن في التحريم فيدخلن في قول الله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] وكذلك لا يحرم بنات زوجات الآباء والأبناء؛ لأنهن حرمن لكونهن حلائل الآباء والأبناء ولم يوجد ذلك في بناتهن، ولا وجدت فيهن علة أخرى تقتضي تحريمهن فدخلن في قوله سبحانه: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] .
وكذلك بنات الزوجة التي لم يدخل بها محللات؛ لقوله سبحانه ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح

---

(١) المغني لابن قدامة ١١١/٧

عليكم﴾ [النساء: ٢٣] وهن الربائب، وليس هؤلاء ممن حرمت أمهن، وإنما ذكرها؛ لأنها محللة، فيشتبه حكمها فإن قيل: فلم حرمت ابنة الربيبة، ولم تحرم ابنة حليلة الابن؟ قلنا: لأن ابنة الربيبة ربيبة، وابنة الحليلة ليست حليلة؛ ولأن علة تحريم الربيبة أنه يشق التحرز من النظر إليها، والخلوة بها، بكونها في حجره في بيته، وهذا المعنى يوجد في بنتها وإن سفلت، والحليلة حرمت بنكاح الأب والابن لها، ولا يوجد ذلك في ابنتها.

[مسألة وطء الحرام محرم]

(٥٣٥٥) مسألة: قال: (ووطء الحرام محرم كما يحرم وطء الحلال والشبهة) يعني أنه يثبت به تحريم المصاهرة، فإذا زنى بامرأة حرمت على أبيه وابنه، وحرمت عليه أمها وابنتها، كما لو وطئها بشبهة أو حلالا ولو وطئ أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص أحمد على هذا، في رواية جماعة وروي نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وعطاء، وطاوس، ومجاهد، والشعبي والنخعي، والثوري، وإسحاق وأصحاب الرأي، وروى

ابن عباس أن الوطء الحرام لا يحرم. وبه قال سعيد بن المسيب ويحيى بن يعمر، وعروة، والزهري، ومالك، والشافعي، وأبو ثور وابن المنذر؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا يحرم الحرام الحلال» ولأنه وطء لا تصير به الموطوءة فراشا، فلا يحرم كوطء الصغيرة. **ولنا** قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء: ٢٢] والوطء يسمى نكاحا قال الشاعر:." (١)

"[فصل الزنى في القبل والدبر]

(٥٣٥٧) فصل: ولا فرق فيما ذكرنا بين الزنى في القبل والدبر؛ لأنه يتعلق به التحريم فيما إذا وجد في الزوجة والأمة، فكذلك في الزنى. فإن تلوط بغلام، فقال بعض أصحابنا: يتعلق به التحريم أيضا، فيحرم على اللائط أم الغلام وابنته، وعلى الغلام أم اللائط وابنته. قال: ونص عليه أحمد.

وهو قول الأوزاعي؛ لأنه وطء في الفرج، فنشر الحرمة، كوطء المرأة، ولأنها بنت من وطئه وأمه، فحرمتا عليه، كما لو كانت الموطوءة أنثى.

وقال أبو الخطاب: يكون ذلك كالمباشرة دون الفرج، يكون فيه روايتان. والصحيح أن هذا لا ينشر الحرمة، فإن هؤلاء غير منصوص عليهن في التحريم، فيدخلن في عموم قوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٧/٧

[النساء: ٢٤] ولأنهن غير منصوص عليهن، ولا في معنى المنصوص عليه، فوجب أن لا يثبت حكم التحريم فيهن، فإن المنصوص عليهن في هذا حلائل الأبناء، ومن نكحهن الآباء وأمهات النساء وبناتهن، وليس هؤلاء منهن، ولا في معناهن

؛ لأن الوطء في المرأة يكون سببا للبعضية، ويوجب المهر، ويلحق به النسب، وتصير به المرأة فراشا، ويثبت أحكاما لا يثبتها اللواط، فلا يجوز إلحاقه بهن؛ لعدم العلة، وانقطاع الشبه، ولذلك لو أرضع الرجل طفلا، لم يثبت به حكم التحريم، فهاهنا أولى. وإن قدر بينهما شبه من وجه ضعيف، فلا يجوز تخصيص عموم الكتاب به، واطراح النص بمثله.

[فصل نكاح بنته من الزنى وأخته وبنت ابنه وبنت بنته وبنت أخيه وأخته من الزنى]

(٥٣٥٨) فصل: ويحرم على الرجل نكاح بنته من الزنى، وأخته، وبنت ابنه، وبنت بنته، وبنت أخيه، وأخته من الزنى. وهو قول عامة الفقهاء. وقال مالك، والشافعي في المشهور من مذهبه: يجوز ذلك كله؛ لأنها أجنبية منه ولا تنسب إليه شرعا، ولا يجري التوارث بينهما، ولا تعتق عليه إذا ملكها، ولا تلزمه نفقتها، فلم تحرم عليه، كسائر الأجانب. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ [النساء: ٢٣] . وهذه بنته، فإنها أنثى مخلوقة من مائه، وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة، ويدل على ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في امرأة هلال بن أمية: «انظروه. يعني ولدها فإن جاءت به على صفة كذا فهو لشريك ابن سحماء» . يعني الزاني. ولأنها مخلوقة من مائه وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة، فأشبهت المخلوقة من وطء بشبهة، ولأنها بضعة منه، فلم تحل له، كبنته من النكاح، وتخلف بعض الأحكام لا ينفي كونها بنتا، كما لو تخلف لرق أو اختلاف دين.." (١)

"وقد روى ابن منصور، عن أحمد، وسأله عن الجمع بين الأختين المملوكتين، أحرام هو؟ قال: لا أقول حرام ولكن ننهى عنه. وظاهر هذا أنه مكروه غير محرم. وقال داود، وأهل الظاهر: لا يحرم. استدلالا بالآية المحللة؛ لأن حكم الحرائر في الوطء مخالف لحكم الإماء، ولهذا تحرم الزيادة على أربع في الحرائر، وتباح في الإماء بغير حصر، والمذهب تحريمه؛ للآية المحرمة، فإنه يريد بها الوطء والعقد جميعا، بدليل أن سائر المذكورات في الآية يحرم وطؤهن والعقد عليهن، وآية الحل مخصوصة بالمحرمات جميعهن، وهذه منهن، ولأنها امرأة صارت فراشا، فحرمت أختها كالزوجة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٩/٧

[الفصل الثالث كان في ملكه أختان]

(٥٣٧٣) الفصل الثالث: أنه إذا كان في ملكه أختان، فله وطء إحداهما، في قول أكثر أهل العلم. وقال الحكم، وحماد: لا يقرب واحدة منهما. وروي ذلك عن النخعي. وذكره أبو الخطاب مذهبا لأحمد. **ولنا**، أنه ليس يجمع بينهما في الفراش، فلم يحرم، كما لو كان في ملكه إحداهما فقط.

[الفصل الرابع كان في ملكه أختان وطئ إحداهما]

(٥٣٧٤) الفصل الرابع: أنه إذا وطئ إحداهما، فليس له وطء الأخرى قبل تحريم الموطوءة على نفسه، بإخراج عن ملكه أو تزويج. هذا قول علي، وابن عمر، والحسن، والأوزاعي، وإسحاق، والشافعي. فإن رهنها، لم تحل له أختها؛ لأن منعه من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها، ولهذا يحل له بإذن المرتهن في وطئها، ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه.

وقال قتادة: إن استبرأها، حلت له أختها؛ لأنه قد زال فراشه، ولهذا لو أتت بولد، فنفاه بدعوى الاستبراء انتفى، فأشبه ما لو زوجها. **ولنا**، قول علي، وابن عمر، ولأنه لم يزل ملكه عنها، ولا حلها له، فأشبه ما لو وطئت بشبهة فاستبرأها من ذلك الوطء، ولأن ذلك لا يمنعه وطأها، فلا يأمن عوده إليها، فيكون ذلك ذريعة إلى الجمع بينهما. وإن حرم إحداهما على نفسه، لم تبح الأخرى؛ لأن هذا لا يحرمها، إنما هو يمين يكفر، ولو كان يحرمها إلا أنه لعارض، متى شاء أزاله بالكفارة، فهو كالحيض والنفاس والإحرام والصيام.

وإن كاتب إحداهما، فظاهر كلام الخرقي أنه لا تحل له الأخرى. وقال أصحاب الشافعي: تحل له الأخرى. وقال أصحاب الشافعي: تحل له الأخرى؛ لأنها حرمت عليه بسبب لا يقدر على رفعه، فأشبه التزويج. **ولنا**، أنه بسبيل من استباحتها بما لا يقف على غيرهما، فلم تبح له أختها، كالمرهونة.." (١)

"[الفصل الخامس كان في ملكه أختان أخرج إحداهما من ملكه]

(٥٣٧٥) الفصل الخامس: أنه إذا أخرجها من ملكه، لم تحل له أختها، حتى يستبرئ المخرجة، ويعلم براءتها من الحمل. ومتى كانت حاملا منه، لم تحل له أختها حتى تضع حملها؛ لأنه يكون جامعا ماءه في رحم أختين، بمنزلة نكاح الأخت في عدة أختها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٢٥

[فصل وطئ أمتيه الأختين معا]

(٥٣٧٦) فصل: فإن وطئ أمتيه الأختين معا، فوطء الثانية محرم، ولا حد فيه، لأن وطأه في ملكه ولأنها مختلف في حكمها، وله سبيل إلى استباحتها، بخلاف أخته من الرضاع المملوكة له. ولا يحل له وطء إحداهما حتى يحرم الأخرى ويستبرئها. وقال القاضي، وأصحاب الشافعي: الأولى باقية على الحل؛ لأن الوطء الحرام لا يحرم الحلال. إلا أن القاضي قال: لا يطؤها حتى يستبرئ الثانية.

ولنا، أن الثانية قد صارت فراشا له يلحقه نسب ولدها، فحرمت عليه أختها، كما لو وطئها ابتداء. وقولهم: إن الحرام لا يحرم الحلال. ليس بخبر صحيح، وهو متروك بما لو وطئ الأولى في حيض أو نفاس أو إحرام، حرمت عليه أختها، وتحرم عليه أمها وابنتها على التأبيد، وكذلك لو وطئ امرأة بشبهة في هذه الحال. ولو وطئ امرأة حرمت عليه ابنتها، سواء وطئها حراما أو حلالا.

[الفصل السادس زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها فوطئها ثم عادت الأولى إلى ملكه]

(٥٣٧٧) الفصل السادس: أنه متى زال ملكه عن الموطوءة زوالا أحل له أختها، فوطئها، ثم عادت الأولى إلى ملكه، فليس له وطء إحداهما حتى تحرم الأخرى، بإخراج عن ملكه أو تزويج. نص عليه أحمد. وقال أصحاب الشافعي: لا يحرم عليه واحدة منهما؛ لأن الأولى لم تبق فراشا، فأشبه ما لو وطئ أمة ثم اشترى أختها. ولنا، أن هذه صارت فراشا، وقد رجعت إليه التي كانت فراشا، فحرمت عليه كل واحدة منهما تكون أختها فراشا، كما لو انفردت به.

فأما إن استفرش أمة ثم اشترى أختها، فإن المشتراة لم تكن فراشا له، لكن هي محرمة عليه بافتراش أختها. ولو أخرج الموطوءة عن ملكه، ثم عادت إليه قبل وطء أختها، فهي حلال له، وأختها محرمة عليه؛ لأن أختها فراشه.

[فصل حكم مباشرة الإماء فيما دون الفرج والنظر إلى الفرج بشهوة]

(٥٣٧٨) فصل: وحكم المباشرة من الإماء فيما دون الفرج، والنظر إلى الفرج بشهوة، فيما يرجع إلى تحريم الأخت،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٦/٧

"[مسألة عمة الأمة وخالتها في الجمع بينهما في الوطء كأختها]

(٥٣٨١) مسألة؛ قال: (وعمة الأمة وخالتها في ذلك كأختها) يعني في تحريم الجمع بينهما في الوطء، والتفصيل فيهما كالتفصيل في الأختين، على ما ذكرنا.

[مسألة الجمع بين المرأة وربيبتها]

(٥٣٨٢) مسألة؛ قال: (ولا بأس أن يجمع بين من كانت زوجة رجل وابنته من غيرها) أكثر أهل العلم يرون الجمع بين المرأة وربيبتها جائزا، لا بأس به، فعله عبد الله بن جعفر، وعبد الله بن صفوان بن أمية. وبه قال سائر الفقهاء، إلا الحسن، وعكرمة، وابن أبي ليلى. رويت عنهم كراهته؛ لأن إحداهما لو كانت ذكرا حرمت عليه الأخرى، فأشبه المرأة وعمتها. ولنا، قول الله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] . ولأنهما لا قرابة بينهما، فأشبهتا الأجنبيتين، ولأن الجمع حرم خوفا من قطيعة الرحم القريبة بين المتناسبتين، ولا قرابة بين هاتين، وبهذا يفارق ما ذكروه.

[فصل لرجل ابن من غير زوجته ولها بنت من غيره]

(٥٣٨٣) فصل: ولو كان لرجل ابن من غير زوجته، ولها بنت من غيره، أو كان له بنت ولها ابن، جاز تزويج أحدهما من الآخر. في قول عامة الفقهاء. وحكي عن طاوس كراهيته إذا كان مما ولدته المرأة بعد وطء الزوج لها. والأول أولى؛ لعموم الآية، والمعنى الذي ذكرناه، فإنه ليس بينهما نسب ولا سبب يقتضي التحريم، وكونه أخا لأختها، لم يرد الشرع بأنه سبب للتحريم، فبقي على الإباحة؛ لعموم الآية. ومتى ولدت المرأة من ذلك الرجل ولدا، صار عما لولد ولديهما وخالا.

[فصل تزوج امرأة وزوج ابنه أمها]

(٥٣٨٤) فصل: وإن تزوج امرأة لم تحرم أمها ولا ابنتها على أبيه ولا ابنه، فمتى تزوج امرأة وزوج ابنه أمها جاز؛ لعدم أسباب التحريم. فإذا ولد لكل واحد منهما ولد، كان ولد الابن خال ولد الأب، وولد الأب عم ولد الابن ويروى أن رجلا أتى عبد الملك بن مروان، فقال: يا أمير المؤمنين، إني تزوجت امرأة، وزوجت ابني بأمها، فأخبرنا. فقال عبد الملك: إن أخبرتني بقرابة ولدك من ولد ابنك أخبرتك. فقال الرجل: يا أمير

المؤمنين، هذا العريان بن الهيثم الذي وليته قائم سيفك، إن علم ذلك فلا تخبرني. فقال العريان: أحدهما عم الآخر، والآخر خاله.." (١)

"[فصل تزوج رجل بامرأة وزوج ابنه بنتها أو أمها]

(٥٣٨٥) فصل: وإذا تزوج رجل بامرأة، وزوج ابنه بنتها أو أمها، فزفت امرأة كل واحد منهما إلى صاحبه، فوطئها، فإن وطء الأول يوجب عليه مهر مثلها؛ لأنه وطء شبهة، ويفسخ به نكاحها من زوجها؛ لأنها صارت بالوطء حليلة ابنه أو أبيه، ويسقط به مهر الموطوءة عن زوجها؛ لأن الفسخ جاء من قبلها، بتمكينها من وطئها، ومطاوعتها عليه، ولا شيء لزوجها على الواطئ؛ لأنه لم يلزمه شيء يرجع به، ولأن المرأة مشاركة في إفساد نكاحها بالمطاوعة، فلم يجب على زوجها شيء، كما لو انفردت به. ويحتمل أن يلزمه لزوجها نصف مهر مثلها؛ لأنه أفسد نكاحها قبل الدخول، أشبه المرأة تفسد نكاحه بالرضاع.

وينفسخ نكاح الواطئ أيضا؛ لأن امرأته صارت أما لموطوءته أو بنتا لها، ولها نصف المسمى. فأما وطء الثاني، فيوجب مهر المثل للموطوءة خاصة. فإن أشكل الأول، انفسخ النكاحان، ولكل واحدة مهر مثلها على واطئها، ولا يثبت رجوع أحدهما على الآخر، ويجب لامرأة كل واحد منهما على الآخر نصف المسمى، ولا يسقط بالشك.

[مسألة حرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم]

(٥٣٨٦) مسألة؛ قال: (وحرائر نساء أهل الكتاب وذبائحهم حلال للمسلمين) ليس بين أهل العلم، بحمد الله، اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب. وممن روي عنه ذلك عمر، وعثمان، وطلحة، وحذيفة وسلمان، وجابر، وغيرهم. قال ابن المنذر: ولا يصح عن أحد من الأوائل أنه حرم ذلك. وروى الخلال، بإسناده، أن حذيفة، وطلحة، والجارود بن المعلى، وأذينة العبدي، تزوجوا نساء من أهل الكتاب. وبه قال سائر أهل العلم.

وحرمته الإمامية، تمسكا بقوله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾ [البقرة: ٢٢١] ، ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] ، **ولنا**، قول الله تعالى ﴿اليوم أحل لكم الطيبات﴾ [المائدة: ٥] /إلى قوله: ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن﴾ [المائدة: ٥] . وإجماع الصحابة، فأما قوله سبحانه ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] . فروي عن ابن عباس أنها نسخت

(١) المغني لابن قدامة ١٢٨/٧

بالآية التي في سورة المائدة.

وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى؛ لأنهما متقدمتان، والآية التي في أول المائدة متأخرة عنهما.

وقال آخرون:." (١)

"**ولنا**، قول الله تعالى ﴿أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾ [الأنعام: ١٥٦] . ولأن تلك الكتب كانت مواعظ وأمثالا، لا أحكام فيها، فلم يثبت لها حكم الكتب المشتملة على الأحكام.

[فصل ليس للمجوس كتاب ولا تحل ذبائحهم ولا نكاح نسائهم]

(٥٣٨٨) فصل: وليس للمجوس كتاب، ولا تحل ذبائحهم، ولا نكاح نسائهم. نص عليه أحمد. وهو قول عامة العلماء، إلا أبا ثور، فإنه أباح ذلك؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» . ولأنه يروى أن حذيفة تزوج مجوسية. ولأنهم يقرون بالجزية، فأشبهوا اليهود والنصارى. **ولنا**، قول الله تعالى ﴿ولا تنكحوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] .

وقوله ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] . فرخص من ذلك في أهل الكتاب، فمن عداهم يبقى على العموم، ولم يثبت أن للمجوس كتابا. وسئل أحمد، أيصح عن علي أن للمجوس كتابا؟ فقال: هذا باطل واستعظمه جدا. ولو ثبت أن لهم كتابا، فقد بينا أن حكم أهل الكتاب لا يثبت لغير أهل الكتابين. وقوله - عليه السلام -: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» .

دليل على أنه لا كتاب لهم، وإنما أراد به النبي - صلى الله عليه وسلم - في حقن دمائهم، وإقرارهم بالجزية لا غير، وذلك أنهم لما كانت لهم شبهة كتاب، غلب ذلك في تحريم دمائهم، فيجب أن يغلب حكم التحريم لنسائهم وذبائحهم، فإننا إذا غلبنا الشبهة في التحريم فتغليب الدليل الذي عارضته الشبهة في التحريم أولى، ولم يثبت أن حذيفة تزوج مجوسية، وضعف أحمد رواية من روى عن حذيفة أنه تزوج مجوسية. وقال: أبو وائل يقول: تزوج يهودية. وهو أوثق ممن روي عنه أنه تزوج مجوسية. وقال: ابن سيرين: كانت امرأة حذيفة نصرانية.

ومع تعارض الروايات لا يثبت حكم إحداهن إلا بترجيح، على أنه لو ثبت ذلك عن حذيفة، فلا يجوز الاحتجاج به مع مخالفته الكتاب وقول سائر العلماء. وأما إقرارهم بالجزية، فلأننا غلبنا حكم التحريم لدمائهم، فيجب أن يغلب حكم التحريم في ذبائحهم ونسائهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/٧

[فصل النكاح من الكفار غير أهل الكتاب]

(٥٣٨٩) فصل: وسائر الكفار غير أهل الكتاب، كمن عبد ما استحسن من الأصنام والأحجار والشجر والحيوان، فلا خلاف بين أهل العلم في تحريم نسائهم وذبائحهم؛ وذلك لما ذكرنا من الآيتين، وعدم المعارض لهما. والمرتدة يحرم نكاحها على أي دين كانت؛ لأنه لم يثبت لها حكم أهل الدين الذي انتقلت إليه في إقرارها عليه، ففي حلها أولى.." [١]

"[مسألة النكاح إذا كان أحد أبوي الكافرة كتابيا والآخر وثنيا]

(٥٣٩٠) مسألة؛ قال: (وإذا كان أحد أبوي الكافرة كتابيا، والآخر وثنيا، لم ينكحها مسلم) وجملته أنه إذا كان أحد أبوي الكتابية غير كتابي، لم يحل نكاحها، سواء كان وثنيا أو مجوسيا أو مرتدا. وبهذا قال الشافعي، فيما إذا كان الأب غير كتابي؛ لأن الولد ينسب إلى أبيه، ويشرف بشرفه وينسب إلى قبيلته، وإن كانت الأم غير كتابية فله فيه قولان. **ولنا**، أنها غير متمحضة من أهل الكتاب، فلم يجز للمسلم نكاحها، كما لو كان أبوها وثنيا، ولأنها متولدة بين من يحل وبين من لا يحل، فلم يحل، كالسمع والبغل.

ويحتمل أن تحل بكل حال، لدخولها في عموم الآية المبيحة، ولأنها كتابية تقر على دينها، فأشبهت من أبواها كتابيان. والحكم في من أبواها غير كتابيين، كالحكم في من أحد أبويها كذلك؛ لأنها إذا حرمت لكون أحد أبويها وثنيا، فلأن تحرم إذا كانا وثنيين أولى. والاحتمال الذي ذكرناه ثم متحقق هاهنا، اعتبارا بحال نفسها دون أبويها.

[مسألة تزوج كتابية فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب]

(٥٣٩١) مسألة؛ قال: (وإذا تزوج كتابية، فانتقلت إلى دين آخر من الكفر غير دين أهل الكتاب، أجبرت على الإسلام، فإن لم تسلم حتى انقضت عدتها، انفسخ نكاحها) الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة:

(٥٣٩٢) الأول: أن الكتابي إذا انتقل إلى غير دين أهل الكتاب، لم يقر عليه. لا نعلم في هذا خلافا، فإنه إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله بالجزية، كعبادة الأوثان وغيرها، مما يستحسنه، فالأصلي منهم لا يقر على دينه، فالمنتقل إليه أولى.

وإن انتقل إلى المجوسية، لم يقر أيضا؛ لأنه انتقل إلى أنقص من دينه، فلم يقر عليه، كالمسلم إذا ارتد.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣١/٧

فأما إن انتقل إلى دين آخر من دين أهل الكتاب، كاليهودي يتنصر، أو النصراني يتهود، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا يقر أيضا؛ لأنه انتقل إلى دين باطل، قد أقر ببطلانه، فلم يقر عليه، كالمرتد. والثانية، يقر عليه. نص عليه أحمد.

وهو ظاهر كلام الخرقي واختيار الخلال وصاحبه، وقول أبي حنيفة؛ لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب، فأشبه غير المنتقل. وللشافعي قولان. كالروايتين. فأما المجوسي إذا انتقل إلى دين لا يقر أهله عليه، لم يقر، كأهل ذلك الدين. وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب، خرج فيه الروايتان، وسواء فيما ذكرنا الرجل والمرأة؛ لعموم قوله – عليه السلام –: «من بدل." (١)

"(٥٣٩٥) الفصل الرابع: أن امرأة المسلم الذمية، إذا انتقلت إلى دين غير دين أهل الكتاب، فهي كالمرتدة؛ لأن غير أهل الكتاب لا يحل نكاح نسائهم، فمتى كان قبل الدخول، انفسخ نكاحها في الحال، ولا مهر لها؛ لأن الفسخ من قبلها، وإن كان بعده، وقف على انقضاء العدة، في إحدى الروايتين، والأخرى ينفسخ في الحال أيضا.

[مسألة الأمة الكتابية حلال]

[الفصل الأول أمته الكتابية حلال]

(٥٣٩٦) مسألة؛ قال: (وأمته الكتابية حلال له، دون أمته المجوسية) الكلام في هذه المسألة في فصلين:

(٥٣٩٧) أحدهما: أن أمته الكتابية حلال له. وهذا قول عامة أهل العلم، إلا الحسن، فإنه كرهه؛ لأن الأمة الكتابية يحرم نكاحها فحرم التسري بها كالمجوسية. ولنا، قول الله تعالى ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٦] . ولأنها ممن يحل نكاح حرائرهم، فحل له التسري بها، كالمسلمة.

فأما نكاحها فيحرم لأن فيه إرقاق ولده، وإبقاءه مع كافرة، بخلاف التسري. (٥٣٩٨)

[الفصل الثاني من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات وغيرهم لا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين]

الفصل الثاني: أن من حرم نكاح حرائرهم من المجوسيات، وسائر الكوافر سوى أهل الكتاب، لا يباح وطء الإماء منهن بملك اليمين. في قول أكثر أهل العلم، منهم؛ مرة الهمداني، والزهري، وسعيد بن جبير،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٣٢

والأوزاعي، والثوري، وأبو حنيفة، ومالك، والشافعي. وقال ابن عبد البر: على هذا جماعة فقهاء الأمصار، وجمهور العلماء، وما خالفه فشذوذ لا يعد خلافا. ولم يبلغنا إباحة ذلك إلا عن طاوس، ووجه قوله عموم قوله تعالى ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] .
والآية الأخرى.." [١]

"مملوك لسيدها، ولأنه قد اعتورها نقصان، نقص الكفر والملك، فإذا اجتمعا منعا، كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر، وعدم الكتاب، لم يبح نكاحها.
ولا فرق بين الحر والعبد في تحريم نكاحها؛ لعموم ما ذكرنا من الدليل، ولأن ما حرم على الحر تزويجه لأجل دينه، حرم على العبد، كالمجوسية.

[مسألة نكاح الأمة المسلمة]
(٥٤٠٠) مسألة؛ قال: (ولا لحر مسلم أن يتزوج أمة مسلمة، إلا أن لا يجد طولا بحرة مسلمة، ويخاف العنت) الكلام في هذه المسألة في شيئين؛ أحدهما، أنه يحل له نكاح الأمة المسلمة إذا وجد فيه الشرطان، عدم الطول، وخوف العنت. وهذا قول عامة العلماء، لا نعلم بينهم اختلافا فيه. والأصل فيه قول الله سبحانه ﴿ومن لم يستطع منكم طولا﴾ [النساء: ٢٥] .
الآية. والصبر عنها مع ذلك خير وأفضل؛ لقول الله تعالى ﴿وأن تصبروا خير لكم﴾ [النساء: ٢٥] . والثاني: إذا عدم الشرطان أو أحدهما، لم يحل نكاحها لحر. روي ذلك عن جابر، وابن عباس. وبه قال عطاء، وطاوس، والزهري، وعمرو بن دينار، ومكحول، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وقال مجاهد: مما وسع الله على هذه الأمة، نكاح الأمة، وإن كان موسرا.
وبه قال أبو حنيفة، إلا أن يكون تحته حرة؛ لأن القدرة على النكاح لا تمنع النكاح، كما يمنعه وجود النكاح، كنكاح الأخت والخامسة. وقال قتادة، والثوري: إذا خاف العنت حل له نكاح الأمة، وإن وجد الطول؛ لأن إباحتها لضرورة خوف العنت، وقد وجدت، فلا يندفع إلا بنكاح الأمة، فأشبه عادم الطول.
ولنا، قول الله تعالى ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥] إلى قوله ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ [النساء: ٢٥] .
فشرط في نكاحها عدم استطاعة الطول، فلم يجز مع الاستطاعة كالصوم في كفارة الظهار مع عدم استطاعة

---
(١) المغني لابن قدامة ١٣٤/٧

الإعتاق، ولأن في تزويج الأمة إرقاق ولده مع الغنى عنه، فلم يجز، كما لو كان تحته حرة. وقياسهم ليس بصحيح؛ فإن نكاح الخامسة والأخت، إنما حرم لأجل الجمع، وبالقدرة على الجمع لا يصير جامعا، والعلة هاهنا، هو الغنى عن إرقاق ولده، وذلك يحصل بالقدرة على نكاح الحرة. وأما من يجد الطول ويخاف العنت، فإن كان ذلك لكونه لا يجد إلا حرة صغيرة أو غائبة أو مريضة لا يمكن وطؤها، أو وجد مالا ولم يتزوج لقصور نسبه، فله نكاح الأمة؛ لأنه عاجز عن حرة تعفه.

وإن." (١)

"كانت الحرة في حبالة غيره، فله نكاح أمة. نص عليه أحمد في الغائبة. وهو ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم: لا يجوز؛ لوجدان الطول. **ولنا**، أنه غير مستطيع للطول إلى حرة تعفه، فأشبه من لا يجد شيئا، ألا ترى أن الله سبحانه جعل ابن السبيل الذي له اليسار في بلده فقيرا؛ لعدم قدرته عليه في الحال، وإن كانت له حرة يتمكن من وطئها، والعفة بها، فليس بخائف العنت.

[فصل إن قدر على تزويج كتابية تعفه لم يحل له نكاح الأمة]

(٥٤٠١) فصل: وإن قدر على تزويج كتابية تعفه، لم يحل له نكاح الأمة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي، وذكروا وجها آخر أنه يجوز له؛ لقول الله تعالى ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥] . وهذا غير مستطيع لذلك. **ولنا**، قول الله تعالى ﴿ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ [النساء: ٢٥] . وهذا غير خائف له، ولأنه قدر على صيانة ولده عن الرق، فلم يجز له إرقاقه، كما لو قدر على نكاح مؤمنة.

[فصل من كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها لم يجز له نكاح أمة]

(٥٤٠٢) فصل: ومن كانت تحته حرة يمكنه أن يستعف بها، لم يجز له نكاح أمة. لا نعلم في هذا خلافا، ولا فرق بين الكتابية والمسلمة في ذلك؛ لما ذكرنا من قبل.

[فصل نكاح الأمة إن لم يجد طولا لكن وجد من يقرضه ذلك]

(٥٤٠٣) فصل: فإن لم يجد طولا، لكن وجد من يقرضه ذلك، لم يلزمه؛ لأن عليه ضررا في بقاء الدين في

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٦/٧

ذمته، ولصاحبه مطالبته به في الحال. وكذلك إن رضيت الحرة بتأخير صداقها، أو تفويض بضعها؛ لأن لها مطالبته بعوضه. وكذلك إن بذل له باذل أن يزنه عنه، أو يهبه إياه، لم يلزمه قبوله؛ لما عليه من ضرر المنة، وله في ذلك كله نكاح الأمة. وإن لم يجد من يزوجه إلا بأكثر من مهر المثل، وكان قادرا عليه، ولا يجحف به، لم يكن له نكاح الأمة.

وقال أصحاب الشافعي: له ذلك، كما لو لم يجد الماء إلا بزيادة عن ثمن المثل، فله التيمم. **ولنا**، قول الله تعالى ﴿ومن لم يستطع منكم طولا﴾ [النساء: ٢٥] . وهذا مستطيع، ولأنه قادر على نكاح حرة بما لا يضره، فلم يجز له إرقاق ولده، كما لو كان بمهر مثلها، ولا نسلم ما ذكروه في التيمم، ثم هذا مفارق للتيمم من وجهين؛ أحدهما، أن التيمم رخصة عامة، وهذا أبيح للضرورة، ومع القدرة على الحرة لا ضرورة.." (١)

"والثاني، أن التيمم يتكرر، فإيجاب شرائه بزيادة على ثمن المثل يفضي إلى الإجحاف به، وهذا لا يتكرر، فلا ضرر فيه.

[فصل تزوج الأمة ثم أقر أنه كان موسرا حال النكاح]

(٥٤٠٤) فصل: وإن كان في يده مال، فذكر أنه معسر، وأن المال لغيره. فالقول قوله؛ لأنه حكم بينه وبين الله تعالى، فقبل قوله فيه، كما لو ادعى مخافة العنت. ومتى تزوج الأمة، ثم أقر أنه كان موسرا حال النكاح، فرق بينهما؛ لأنه أقر بفساد نكاحه. وهكذا إن أقر أنه لم يكن يخشى العنت. فإن كان قبل الدخول وصدقه السيد، فلا مهر، وإن كذبه، فله نصف المسمى؛ لأنه يدعي صحة النكاح والأصل معه، وإن كان بعد الدخول، فعليه المسمى جميعه، إلا أن يكون مهر المثل أكثر، فعلى قول من أوجب مهر المثل في النكاح الفاسد، يلزمه مهر المثل؛ لإقراره به.

وإن كان المسمى أكثر، وجب وللسيد ألا يصدقه فيما قال، فيكون له من المهر ما يجب في النكاح الفاسد. وهل ذلك المسمى أو مهر المثل؟ على روايتين.

[مسألة عقد علي الأمة وفيه الشرطان عدم الطول وخوف العنت ثم أيسر]

(٥٤٠٥) مسألة؛ قال: (ومتى عقد عليها وفيه الشرطان؛ عدم الطول، وخوف العنت، ثم أيسر، لم ينفسخ

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٣٧

النكاح) هذا ظاهر المذهب، وهو مذهب الشافعي، وفي المذهب وجه آخر، أنه يفسد النكاح. وهو قول المزني؛ لأنه إنما أبيح للحاجة، فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته، كمن أبيح له أكل الميتة للضرورة، فإذا وجد الحلال لم يستدمه. **ولنا**، أن فقد الطول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة، فلم تعتبر استدامته، كخوف العنت، ويفارق أكل الميتة، فإن أكلها بعد القدرة ابتداء للأكل، وهذا لا يبتدئ النكاح.

إنما يستديمه، والاستدامة للنكاح تخالف ابتداءه، بدليل أن العدة والردة وأمن العنت يمنعن ابتداءه دون استدامته.

[فصل تزوج على الأمة حرة]

(٥٤٠٦) فصل: وإن تزوج على الأمة حرة، صح. وفي بطلان نكاح الأمة روايتان؛ إحداهما، لا يبطل. وهو قول سعيد بن المسيب، وعطاء، والشافعي، وأصحاب الرأي. وروي معنى ذلك عن علي - رضي الله عنه -. والرواية الثانية، ينفسخ نكاح الأمة. وهو قول ابن عباس ومسروق، وإسحاق، والمزني. ووجه الروايتين ما تقدم في المسألة.." (١)

"وإذا ثبت هذا لزمتها العدة، وحرم عليها النكاح فيها؛ لأنها في الأصل لمعرفة براءة الرحم، ولأنها قبل العدة يحتمل أن تكون حاملا، فيكون نكاحها باطلا، فلم يصح، كالموطوءة بشبهة.

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا عدة عليها؛ لأنه وطء لا تصير به المرأة فراشا، فأشبه وطء الصغير. **ولنا**، ما ذكرناه، لأنه إذا لم يصح نكاح الحامل، فغيرها أولى، لأن وطء الحامل لا يفضي إلى اشتباه النسب، وغيرها يحتمل أن يكون ولدها من الأول، ويحتمل أن يكون من الثاني، فيفضي إلى اشتباه الأنساب، فكان بالتحريم أولى، ولأنه وطء في القبل، فأوجب العدة، كوطء الشبهة، ولا نسلم وطء الصغير الذي يمكن منه الوطء. والشرط الثاني، أن تتوب من الزنا، وبه قال قتادة، وإسحاق، وأبو عبيد.

وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: لا يشترط ذلك؛ لما روي أن عمر ضرب رجلا وامرأة في الزنى، وحرص أن يجمع بينهما، فأبى الرجل. وروي أن رجلا سأل ابن عباس عن نكاح الزانية، فقال: يجوز، أرأيت لو سرق من كرم، ثم ابتاعه، أكان يجوز؟ . **ولنا**، قول الله تعالى ﴿والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك﴾ [النور: ٣] /إلى قوله: ﴿وحرم ذلك على المؤمنين﴾ [النور: ٣] .

وهي قبل التوبة في حكم الزنى، فإذا تابت زال ذلك؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «التائب من

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٨/٧

الذنب كمن لا ذنب له» . وقوله «التوبة تمحو الحوبة» . وروي «أن مرثدا دخل مكة، فرأى امرأة فاجرة يقال لها عناق، فدعته إلى نفسها، فلم يجبها، فلما قدم المدينة سأل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال له: أنكح عناقا؟ فلم يجبه، فأنزل الله تعالى ﴿الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك﴾ [النور: ٣] . فدعاه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فتلا عليه الآية، وقال: لا تنكحها» .

ولأنها إذا كانت مقيمة على الزنا لم يأمن أن تلحق به ولدا من غيره، وتفسد فراشه. فأما حديث عمر، فالظاهر أنه استتابها. وحديث ابن عباس ليس فيه بيان، ولا تعرض له لمحل النزاع.." (١)

"إذا ثبت هذا فإن عدة الزانية كعدة المطلقة؛ لأنه استبراء لحرة، فأشبه عدة الموطوءة بشبهة. وحكى ابن أبي موسى، أنها تستبرأ بحيضه؛ لأنه ليس من نكاح ولا شبهة نكاح، فأشبه استبراء أم الولد إذا عتقت.

وأما التوبة، فهي الاستغفار والندم والإقلاع عن الذنب، كالتوبة من سائر الذنوب.

وروي عن ابن عمر، أنه قيل له: كيف تعرف توبتها؟ قال: يريدها على ذلك، فإن طاوعته فلم تتب، وإن أبت فقد تابت. فصار أحمد إلى قول ابن عمر اتباعا له. والصحيح الأول، فإنه لا ينبغي لمسلم أن يدعو امرأة إلى الزنى، ويطلبه منها. ولأن طلبه ذلك منها إنما يكون في خلوة، ولا تحل الخلوة بأجنبية، ولو كان في تعليمها القرآن، فكيف يحل في مراودتها على الزنى، ثم لا يأمن إن أجابته إلى ذلك أن تعود إلى المعصية، فلا يحل للتعرض لمثل هذا، ولأن التوبة من سائر الذنوب، وفي حق سائر الناس، وبالنسبة إلى سائر الأحكام، على غير هذا الوجه، فكذلك يكون هذا.

[إذا زنت الأمة حل نكاحها للزاني وغيره]

(٥٤١٠) فصل: وإذا وجد الشرطان حل نكاحها للزاني وغيره، في قول أكثر أهل العلم، منهم أبو بكر، وعمر، وابنه، وابن عباس، وجابر، وسعيد بن المسيب، وطاوس، وجابر بن زيد، وعطاء، والحسن، وعكرمة، والزهري، والثوري، والشافعي، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. وروي عن ابن مسعود، والبراء بن عازب، وعائشة، أنها لا تحل للزاني بحال، قالوا: لا يزالان زانيين ما اجتمعا؛ لعموم الآية والخبر.

ويحتمل أنهم أرادوا بذلك ما كان قبل التوبة، أو قبل استبرائها، فيكون كقولنا. فأما تحريمها على الإطلاق فلا يصح؛ لقوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] . ولأنها محللة لغير

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤١/٧

الزاني، فحلت له، كغيرها.

[فصل إن زنت امرأة رجل أو زنى زوجها لم ينفسخ النكاح]

(٥٤١١) فصل: وإن زنت امرأة رجل، أو زنى زوجها، لم ينفسخ النكاح، سواء كان قبل الدخول أو بعده، في قول عامة أهل العلم. وبذلك قال مجاهد، وعطاء، والنخعي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وعن جابر بن عبد الله، أن المرأة إذا زنت يفرق بينهما، وليس لها شيء. وكذلك روي عن الحسن. وعن علي - رضي الله عنه - أنه فرق بين رجل وامرأته زنى قبل الدخول بها.

واحتج لهم بأنه لو قذفها ولاعنها بانت منه؛ لتحقيقه الزنى عليها، فدل على أن الزنى يبينها. **ولنا**، أن دعواه الزنى عليها لا يبينها، ولو كان النكاح ينفسخ به لانفسخ بمجرد دعواه، كالرضاع، ولأنها معصية لا تخرج عن الإسلام، فأشبهت السرقة، فأما اللعان فإنه يقتضي الفسخ بدون الزنى، بدليل أنها إذا لاعنته فقد قابلته." (١)

"عن بيع الرجل على بيع أخيه. ولا نعلم في هذا خلافا بين أهل العلم، إلا أن قوما حملوا النهي على الكراهة، والظاهر أولى. القسم الثاني: أن ترده أو لا تركن إليه. فهذه يجوز خطبتها؛ لما روت فاطمة بنت قيس، «أنها أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فذكرت أن معاوية وأبا جهم خطباها، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم، فلا يضع عصاه عن عاتقه، انكحي أسامة بن زيد» . متفق عليه.

فخطبها النبي - صلى الله عليه وسلم - بعد إخبارها إياه بخطبة معاوية وأبي جهم لها، ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرار بها، فإنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبته إياها، وكذلك لو عرض لها في عدتها بالخطبة، فقال: لا تفوتيني بنفسك. وأشباه هذا، لم تحرم خطبتها؛ لأن في قصة فاطمة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لها «لا تفوتينا بنفسك. ولم ينكر خطبة أبي جهم ومعاوية لها» .

وذكر ابن عبد البر، أن ابن وهب روى بإسناده عن الحارث بن سعد بن أبي ذباب، أن عمر بن الخطاب خطب امرأة على جرير بن عبد الله، وعلى مروان بن الحكم، وعلى عبد الله بن عمر، فدخل على المرأة وهي جالسة في بيتها، فقال عمر: إن جرير بن عبد الله يخطب، وهو سيد أهل المشرق، ومروان يخطب،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٢/٧

وهو سيد شباب قريش، وعبد الله بن عمر يخطب، وهو من قد علمتم، وعمر بن الخطاب، فكشفت المرأة الستر، فقالت: أجاد أمير المؤمنين؟ فقال: نعم. فقالت: فقد أنكحت أمير المؤمنين، فأنكحوه. فهذا عمر قد خطب على واحد بعد واحد، قبل أن يعلم ما تقول المرأة في الأول.

القسم الثالث: أن يوجد من المرأة ما يدل على الرضى والسكون، تعريضا لا تصريحا، كقولها: ما أنت إلا رضى، وما عنك رغبة. فهذه في حكم القسم الأول، لا يحل لغيره خطبتها. هذا ظاهر كلام الخرقي، وظاهر كلام أحمد؛ فإنه قال: إذا ركن بعضهم إلى بعض، فلا يحل لأحد أن يخطب. والركون يستدل عليه بالتعريض تارة، وبالتصريح أخرى. وقال القاضي: ظاهر كلام أحمد إباحة خطبتها. وهو مذهب الشافعي في الجديد؛ لحديث فاطمة، حيث خطبها النبي – صلى الله عليه وسلم –.

وزعموا أن الظاهر من كلامها ركونها إلى أحدهما. واستدل القاضي بخطبته لها قبل سؤالها هل وجد منها ما دل على الرضى أو لا؟ **ولنا**، عموم قوله – عليه السلام –: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه» . ولأنه وجد منها ما دل على الرضى به، وسكونها إليه، فحرمت خطبتها، كما لو صرحت بذلك. وأما حديث فاطمة فلا حجة لهم فيه، فإن فيه ما يدل على أنها لم تركن إلى واحد منهما، من وجهين؛ أحدهما، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قد كان قال لها: «لا تسبقيني بنفسك. وفي لفظ: لا تفوتيني." [١]

"(٥٤١٥) فصل: وخطبة الرجل على خطبة أخيه في موضع النهي محرمة. قال أحمد: لا يحل لأحد أن يخطب في هذه الحال. وقال أبو حفص العكبري: هي مكروهة غير محرمة، وهذا نهي تأديب لا تحريم. **ولنا**، ظاهر النهي، فإن مقتضاه التحريم، ولأنه نهي عن الإضرار بالآدمي المعصوم، فكان على التحريم، كالنهي عن أكل ماله وسفك دمه، فإن فعل فنكاحه صحيح. نص عليه أحمد فقال: لا يفرق بينهما. وهو مذهب الشافعي. وروي عن مالك وداود، أنه لا يصح. وهو قياس قول أبي بكر؛ لأنه قال في البيع على بيع أخيه: هو باطل. وهذا في معناه، ووجهه أنه نكاح منهي عنه، فكان باطلا كنكاح الشغار. **ولنا**، أن المحرم لم يقارن العقد، فلم يؤثر فيه، كما لو صرح بالخطبة في العدة.

[فصل الرجوع عن الإجابة إلى الخطبة]

(٥٤١٦) فصل: ولا يكره للولي الرجوع عن الإجابة، إذا رأى المصلحة لها في ذلك؛ لأن الحق لها، وهو نائب عنها في النظر لها، فلم يكره له الرجوع الذي رأى المصلحة فيه، كما لو ساوم في بيع دارها، ثم تبين

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٤٤

له المصلحة في تركها. ولا يكره لها أيضا الرجوع إذا كرهت الخاطب؛؛ لأنه عقد عمر يدوم الضرر فيه، فكان لها الاحتياط لنفسها، والنظر في حظها. وإن رجعا عن ذلك لغير غرض، كره؛ لما فيه من إخلاف الوعد، والرجوع عن القول، ولم يحرم؛ لأن الحق بعد لم يلزمهما، كمن ساوم بسلعته، ثم بدا له أن لا يبيعها.

[فصل إن كان الخاطب الأول ذميا لم تحرم الخطبة على خطبته]

(٥٤١٧) فصل: فإن كان الخاطب الأول ذميا، لم تحرم الخطبة على خطبته. نص عليه أحمد، فقال: لا يخطب على خطبة أخيه، ولا يساوم على سوم أخيه، إنما هو للمسلمين، ولو خطب على خطبة يهودي أو نصراني، أو استام على سومهم، لم يكن داخلا في ذلك؛ لأنهم ليسوا بإخوة للمسلمين. وقال ابن عبد البر: لا يجوز أيضا؛ لأن هذا خرج مخرج الغالب، لا لتخصيص المسلم به. **ولنا**، أن لفظ النهي خاص في المسلمين، وإلحاق غيره به إنما يصح إذا كان مثله، وليس الذمي كالمسلم. ولا حرمته كحرمته، ولذلك لم تجب إجابتهم في دعوة الوليمة ونحوها.

وقوله: خرج مخرج الغالب. قلنا: متى كان في المخصوص بالذكر معنى يصح أن يعتبر في الحكم، لم يجز حذفه ولا تعدية الحكم بدونه، وللأخوة الإسلامية تأثير في وجوب الاحترام، وزيادة الاحتياط في رعاية حقوقه، وحفظ قلبه، واستبقاء مودته، فلا يجوز بخلاف ذلك. والله أعلم.." (١)

"[فصل لا يجوز للرجل وطء جارية ابنه]

(٥٤٢٥) فصل: ولا يجوز للرجل وطء جارية ابنه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون: ٦] . وليست هذه زوجة له، ولا مملوكته، ولأنه يحل لابنه وطؤها، ولا تحل المرأة لرجلين. فإن وطئها، فلا حد عليه. نص عليه أحمد. وقال داود: يحد. وقال بعض الشافعية: إن كان ابنه وطئها حد؛ لأنها محرمة عليه على التأبيد. **ولنا**، أن له فيها شبهة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أنت ومالك لأبيك» . والحد يدرأ بالشبهات، ولأن الأب لا يقتل بقتل ابنه، والقصاص حق آدمي، فإذا سقط بشبهة الملك، فالحد الذي هو حق الله تعالى بطريق الأولى، ولأنه لا يقطع بسرقة ماله، ولا يحد بقذفه، فكذلك لا يحد بالزنى بجاريته.

فإذا ثبت هذا، فإنها تحرم على الابن على التأبيد. وإن كان الابن قد وطئها، حرمت عليهما على التأبيد. وإذا لم تعلق من الأب، لم يزل ملك الابن عنها، ولم يلزمه قيمتها. وقال أبو حنيفة: يلزمه ضمانها؛ لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٦/٧

أتلفها عليه، وحرمه وطأها، فأشبه ما لو قتلها. **ولنا**، أنه لم يخرجها عن ملكه، ولم تنقص قيمتها، فأشبه ما لو أرضعتها امرأته، فإنها تحرم على الابن، ولا يجب له ضمانها. وإن علقت منه، فالولد حر، يلحق به النسب؛ لأنه من وطء لا يجب به الحد، لأجل الشبهة، فأشبه ولد الجارية المشتركة، وتصير الجارية أم ولد للأب.

وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا تصير أم ولد؛ لأنها غير مملوكة له، فأشبه ما لو وطئ جارية أجنبي بشبهة. **ولنا**، أنها علقت منه بحر لأجل الملك، فأشبهت الجارية المشتركة إذا كان موسرا. قال أصحابنا: ولا يلزم الأب قيمة الجارية، ولا قيمة ولدها ولا مهرها. وقال الشافعي: يلزمه ذلك كله، إذا حكم بأنها أم ولد. وهذا يبنى على أصل، وهو أن للأب أن يتملك من مال ولده ما شاء، وأنه ليس للابن مطالبة أبيه بدين له عليه، ولا قيمة متلف، وعندهم بخلاف ذلك، وهذا يذكر في موضع آخر، إن شاء الله تعالى.

[فصل وطئ الابن جارية أبيه عالما بتحريم ذلك]

(٥٤٢٦) فصل: وإن وطئ الابن جارية أبيه، عالما بتحريم ذلك، فعليه الحد، ولا يلحقه النسب، ولا تصير به الجارية أم ولد؛ لأنه لا ملك له ولا شبهة ملك، فأشبه وطء الأجنبية، وكذلك سائر الأقارب.

[فصل وطئ الأب وابنه جارية الابن في طهر واحد فأتت بولد]

(٥٤٢٧) فصل: وإن وطئ الأب وابنه جارية الابن في طهر واحد، فأتت بولد أري القافة، فألحق بمن ألحقته به." (١)

"(٥٤٢٩) الفصل الأول: أنه إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين، أو كتابي متزوج بوثنية أو مجوسية قبل الدخول، تعجلت الفرقة بينهما من حين إسلامه، ويكون ذلك فسخا لا طلاقا

وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة لا تتعجل الفرقة، بل إن كانا في دار الإسلام عرض الإسلام على الآخر، فإن أبى وقعت الفرقة حينئذ، وإن كانا في دار الحرب، وقف ذلك على انقضاء عدتها، فإن لم يسلم الآخر، وقعت الفرقة. فإن كان الإباء من الزوج، كان طلاقا؛ لأن الفرقة حصلت من قبله، فكان طلاقا، كما لو لفظ به، وإن كان من المرأة، كان فسخا؛ لأن المرأة لا تملك الطلاق. وقال مالك: إن كانت هي المسلمة، عرض عليه الإسلام فإن أسلم، وإلا وقعت الفرقة، وإن كان هو المسلم، تعجلت الفرقة؛ لقوله

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٥٠

سبحانه: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠]

ولنا، أنه اختلاف دين يمنع الإقرار على النكاح، فإذا وجد قبل الدخول، تعجلت الفرقة. كالردة. وعلى مالك كإسلام الزوج، أو كما لو أبى الآخر الإسلام، ولأنه إن كان هو المسلم، فليس له إمساك كافرة؛ لقوله تعالى: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] وإن كانت هي المسلمة، فلا يجوز إبقاؤها في نكاح مشرك. **ولنا**، على أنها فرقة فسخ، أنها فرقة باختلاف الدين، فكان فسخا، كما لو أسلم الزوج وأبت المرأة، ولأنها فرقة بغير لفظ، فكانت فسخا، كفرقة الرضاع.

[الفصل الثاني الفرقة إذا حصلت قبل الدخول بإسلام الزوج]

(٥٤٣٠) الفصل الثاني: أن الفرقة إذا حصلت قبل الدخول بإسلام الزوج، فللمرأة نصف المسمى إن كانت التسمية صحيحة، أو نصف مهر مثلها إن كانت فاسدة، مثل أن يصدقها خمرا أو خنزيرا؛ لأن الفرقة حصلت بفعله، وإن كانت بإسلام المرأة، فلا شيء لها؛ لأن الفرقة من جهتها. وبهذا قال الحسن، ومالك، والزهري، والأوزاعي، وابن شبرمة، والشافعي. وعن أحمد، رواية أخرى، أن لها نصف المهر إذا كانت هي المسلمة واختارها أبو بكر. وبه قال قتادة، والثوري. ويقتضيه قول أبي حنيفة؛ لأن الفرقة حصلت من قبله بإبائه الإسلام وامتناعه منه، وهي فعلت ما فرض الله عليها، فكان لها نصف ما فرض الله لها، كما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت. ونقل عن أحمد، في مجوسي أسلم قبل أن يدخل بامرأته: لا شيء لها من الصداق. ووجهها ما ذكرناه، ووجه الأولى أن الفرقة حصلت باختلاف الدين، واختلاف الدين حصل بإسلامها، فكانت الفرقة حاصلة بفعلها، فلم يجب لها شيء، كما لو ارتدت، ويفارق تعليق الطلاق، فإنه من جهة الزوج، ولهذا لو علقه على دخول الدار فدخلت، وقعت الفرقة ولها نصف المهر.." (١)

"به أحمد. قيل له: أليس يروى أنه ردها بنكاح مستأنف؟ قال: ليس له أصل. وقيل: كان بين إسلامها وردها إليه ثمان سنين. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن﴾ [الممتحنة: ١٠] . وقوله سبحانه: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ [الممتحنة: ١٠] والإجماع المنعقد على تحريم تزوج المسلمات على الكفار. فأما قصة أبي العاص مع امرأته، فقال ابن عبد البر: لا يخلو من أن تكون قبل نزول تحريم المسلمات على الكفار، فتكون منسوخة بما جاء بعدها، أو تكون حاملا استمر حملها حتى أسلم زوجها، أو مريضة لم تحض ثلاث حيضات حتى أسلم، أو تكون ردت إليه بنكاح جديد، فقد روى

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٢/٧

ابن أبي شيبة، في (سننه) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – ردها على أبي العاص بنكاح جديد.» رواه الترمذي، وقال: سمعت عبد بن حميد يقول: سمعت يزيد بن هارون يقول: حديث ابن عباس أجود إسنادا، والعمل على حديث عمرو بن شعيب.

[فصل وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد الدخول]

(٥٤٣٤) فصل: وإذا وقعت الفرقة بإسلام أحدهما بعد، الدخول، فلها المهر كاملا؛ لأنه استقر بالدخول، فلم يسقط بشيء، فإن كان مسمى صحيحا، فهو لها؛ لأن أنكحة الكفار صحيحة، يثبت لها أحكام الصحة، وإن كان محرما، وقد قبضته في حال الكفر، فليس لها غيره؛ لأننا لا نتعرض لما مضى من أحكامهم، وإن لم تقبضه، وهو حرام، فلها مهر مثلها؛ لأن الخمر والخنزير لا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة، ولا في نكاح مسلم، وقد صارت أحكامهم أحكام المسلمين

فأما نفقة العدة، فإن كانت هي المسلمة قبله، فلها نفقة عدتها؛ لأنه يتمكن من إبقاء نكاحها، واستمتاعه منها، بإسلامه معها، فكانت لها النفقة كالرجعية، وإن كان هو المسلم قبلها، فلا نفقة لها عليه؛ لأنه لا سبيل له إلى استبقاء نكاحها، وتلافي حالها، فأشبهت البائن، وسواء أسلمت في عدتها أو لم تسلم. فإن قيل: إذا لم تسلم تبينا أن نكاحها انفسخ باختلاف الدينين، فكيف تجب النفقة للبائن؟ قلنا: لأنه كان يمكن الزوج تلافي نكاحها إذا أسلمت قبله، بل يجب عليه ذلك، فكانت في معنى الرجعية

فإن قيل: الرجعية جرت إلى البينونة بسبب منه، وهذه السبب منها؟ قلنا: إلا أنه كان فرضا عليها مضيقا، ويمكنه تلافيه، بخلاف ما إذا أسلمت قبل الدخول، فإنه يسقط مهرها جميعه؛ لأنه ما أمكنه تلافيه.." (١)

"[فصل أسلم أحد الزوجين وهما في دار الحرب ودخل دار الإسلام]

(٥٤٤٠) فصل: وسواء فيما ذكرنا اتفقت الداران أو اختلفتا. وبه قال مالك، والأوزاعي، والليث، والشافعي. وقال أبو حنيفة: إن أسلم أحدهما وهما في دار الحرب، ودخل دار الإسلام، انفسخ النكاح، ولو تزوج حربي حربية، ثم دخل دار الإسلام، وعقد الذمة، انفسخ نكاحه؛ لاختلاف الدارين

ويقتضي مذهبه أن أحد الزوجين الذميين إذا دخل دار الحرب، ناقضا للعهد، انفسخ نكاحه؛ لأن الدار اختلفت بهما فعلا وحكما، فوجب أن تقع الفرقة بينهما، كما لو أسلمت في دار الإسلام قبل الدخول

ولنا، أن أبا سفيان أسلم بمر الظهران، وامرأته بمكة لم تسلم، وهي دار حرب، وأم حكيم أسلمت بمكة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٥٥

وهرب زوجها عكرمة إلى اليمن، وامرأة صفوان بن أمية أسلمت يوم الفتح، وهرب زوجها، ثم أسلموا، وأقروا على أنكحتهم مع اختلاف الدين والدار بهم، ولأنه عقد معاوضة، فلم ينفسخ باختلاف الدار كالبيع، ويفارق ما قبل الدخول، فإن القاطع للنكاح اختلاف الدين، المانع من الإقرار على النكاح، دون ما ذكروه فعلى هذا، لو تزوج مسلم مقيم بدار الإسلام حربية من أهل الكتاب، صح نكاحه، وعندهم لا يصح. **ولنا** عموم قوله تعالى ﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾ [المائدة: ٥] ولأنها امرأة يباح نكاحها إذا كانت في دار الإسلام، فأبيح نكاحها في دار الحرب، كالمسلمة.

[مسألة نكح أكثر من أربع في عقد واحد أو في عقود متفرقة ثم أصابهن ثم أسلم]

(٥٤٤١) مسألة؛ قال: ولو نكح أكثر من أربع، في عقد واحد، أو في عقود متفرقة، ثم أصابهن، ثم أسلم، ثم أسلمت كل واحدة منهن في عدتها، اختار أربعا منهن، وفارق ما سواهن، سواء كان من أمسك منهن أول من عقد عليهن أو آخرهن وجملة ذلك أن الكافر إذا أسلم، ومعه أكثر من أربع نسوة، فأسلمن في عدتهن، أو كن كتابيات، لم يكن له إمساكهن كلهن. بغير خلاف نعلمه

ولا يملك إمساك أكثر من أربع. فإذا أحب ذلك، اختار أربعا منهن، وفارق سائرهن، سواء تزوجهن في عقد أو في عقود، وسواء اختار الأوائل أو الأواخر. نص عليه أحمد. وبه قال الحسن، ومالك، والليث، والأوزاعي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، ومحمد بن الحسن. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: إن كان تزوجهن في عقد، انفسخ نكاح جميعهن، وإن كان في عقود، فنكاح الأوائل صحيح، ونكاح ما زاد على أربع باطل؛ لأن العقد إذا تناول أكثر من أربع، فتحريمه من طريق الجمع، فلا يكون فيه مخيرا بعد الإسلام، كما لو تزوجت المرأة زوجين في حال الكفر، ثم أسلما." (١)

"مات اللاتي أسلمن، ثم أسلم الباقيات، فله اختيار الميتات، وله اختيار الباقيات، وله اختيار بعض هؤلاء؛ وبعض هؤلاء؛ لأن الاختيار ليس بعقد، وإنما هو تصحيح للعقد الأول فيهن، والاعتبار في الاختيار بحال ثبوته، وحال ثبوته كن أحياء

وإن أسلمت واحدة منهن، فقال: اخترتها. جاز، فإذا اختار أربعا على هذا الوجه، انفسخ نكاح البواقي. وإن قال للمسلمة: اخترت فسخ نكاحها. لم يصح؛ لأن الفسخ إنما يكون فيما زاد على الأربع، والاختيار للأربع، وهذه من جملة الأربع، إلا أن يريد بالفسخ الطلاق، فيقع؛ لأنه كناية، ويكون طلاقه لها اختيارا لها

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٧/٧

وإن قال: اخترت فلانة. قبل أن تسلم، لم يصح؛ لأنه ليس بوقت للاختيار، لأنها جارية إلي بينونة، فلا يصح إمساكها. وإن فسخ نكاحها، لم ينفسخ؛ لأنه لما لم يجز الاختيار، لم يجز الفسخ. وإن نوى بالفسخ الطلاق، أو قال: أنت طالق. فهو موقوف، فإن أسلمت ولم يسلم زيادة على أربع، أو أسلم زيادة فاختارها، تبينا وقوع الطلاق بها، وإلا فلا

(٥٤٤٩) فصل: وإن قال: كلما أسلمت واحدة اخترتها. لم يصح؛ لأن الاختيار لا يصح تعليقه على شرط، ولا يصح في غير معين

وإن قال: كلما؛ أسلمت واحدة اخترت فسخ نكاحها. لم يصح أيضا؛ لأن الفسخ لا يتعلق بالشرط، ولا يملكه في واحدة حتى يزيد عدد المسلمات على الأربع، وإن أراد به الطلاق، فهو كما لو قال: كلما أسلمت واحدة فهي طالق. وفي ذلك وجهان: أحدهما، يصح؛ لأن الطلاق يصح تعليقه بالشرط، ويتضمن الاختيار لها، فكلما أسلمت واحدة كان اختيارا لها، وتطلق بطلاقه. والثاني، لا يصح؛ لأن الطلاق يتضمن الاختيار، والاختيار لا يصح تعليقه بالشرط

(٥٤٥٠) فصل: وإذا أسلم، ثم أحرم بحج أو عمرة، ثم أسلمن، فله الاختيار؛ لأن الاختيار استدامة للنكاح، وتعيين للمنكوحة، وليس بابتداء له. وقال القاضي: ليس له الاختيار. وهو ظاهر مذهب الشافعي. **ولنا** أنه استدامة نكاح، لا يشترط له رضاء المرأة، ولا ولي، ولا شهود، ولا يتجدد به مهر، فجاز له في الإحرام، كالرجعة." (١)

"(٥٤٥١) فصل: وإذا أسلمن معه، ثم متن قبل اختياره، فله أن يختار منهن أربعا، فيكون له ميراثهن، ولا يرث الباقيات؛ لأنهن لسن بزوجات له. وإن مات بعضهن، فله الاختيار من الأحياء، وله الاختيار من الميتات

وكذلك لو أسلم بعضهن فمتن، ثم أسلم البواقي، فله الاختيار من الجميع، فإن اختار الميتات، فله ميراثهن؛ لأنهن متن وهن نساؤه، وإن اختار غيرهن، فلا ميراث له منهن؛ لأنهن أجنبيات. وإن لم يسلم البواقي، لزم النكاح في الميتات، وله ميراثهن

فإن وطئ الجميع قبل إسلامهن، ثم أسلمن، فاختار أربعا منهن، فليس لهن إلا المسمى؛ لأنهن زوجات، ولسائرهن المسمى بالعقد الأول، ومهر المثل للوطء الثاني؛ لأنهن أجنبيات. وإن وطئهن بعد إسلامهن، فالموطوآت أولاهن المختارات، والبواقي أجنبيات، والحكم في المهر على ما ذكرناه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦١/٧

[مسألة أسلم وتحته أختان]

(٥٤٥٢) مسألة؛ قال: ولو أسلم وتحته أختان، اختار منهما واحدة هذا قول الحسن، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبي عبيد. وقال أبو حنيفة في هذه، كقوله في عشر نسوة. **ولنا**، ما روى الضحاك بن فيروز، عن أبيه، قال: قلت: يا رسول الله، «إني أسلمت وتحتي أختان قال: طلق أيتهما شئت» . رواه أبو داود، وابن ماجه، وغيرهما. ولأن أنكحة الكفار صحيحة، وإنما حرم الجمع في الإسلام، وقد أزاله، فصح، كما لو طلق إحداهما قبل إسلامه، ثم أسلم والأخرى في حباله. وهكذا الحكم في المرأة وعمتها أو خالتها؛ لأن المعنى في الجميع واحد

(٥٤٥٣) فصل: ولو تزوج وثنية، فأسلمت قبله، ثم تزوج في شركه أختها، ثم أسلما في عدة الأولى، فله أن يختار منهما؛ لأنه أسلم وتحته أختان مسلمتان. وإن أسلم هو قبلها، لم يكن له أن يتزوج أختها في عدتها، ولا أربعا سواها. فإن فعل، لم يصح النكاح الثاني. وإذا أسلمت الأولى في عدتها، فنكاحها لازم؛ لأنها انفردت به

(٥٤٥٤) فصل: وإن تزوج أختين، ودخل بهما، ثم أسلم وأسلمتا معه، فاختار إحداهما، لم يطأها حتى تنقضي عدة أختها لئلا يكون واطئا لإحدى الأختين في عدة الأخرى. وكذلك إذا أسلم وتحته أكثر من أربع، قد دخل بهن،." (١)

"[فصل أسلم الحر وتحته إماء فأعتقت إحداهن ثم أسلمت ثم أسلم البواقي]

(٥٤٦٢) فصل: إذا أسلم الحر وتحته إماء، فأعتقت إحداهن، ثم أسلمت، ثم أسلم البواقي، لم يكن له أن يختار من الإماء؛ لأنه مالك لعصمة حرة حين اجتماعها على الإسلام. وإن أسلمت إحداهن معه، ثم أعتقت، ثم أسلم البواقي، فله أن يختار من الإماء؛ لأن العبرة بحال الاختيار، وهي حالة اجتماعهم على الإسلام، وحالة اجتماعهما على الإسلام كانت أمة

(٥٤٦٣) فصل: ولو أسلم وتحته أربع إماء، وهو عادم للطول خائف للعنت، فأسلمن معه، فله أن يختار منهن واحدة، فإن كانت لا تعفه، فله أن يختار منهن من تعفه، في إحدى الروايتين، والأخرى لا يختار إلا واحدة. وهذا مذهب الشافعي. وتوجيههما قد مضى في ابتداء نكاح الإماء. وإن عدم فيه الشرطان، انفسخ النكاح في الكل، ولم يكن له خيار. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو ثور: له أن يختار منهن؛ لأنه استدامة

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٢/٧

رلعقد، لا ابتداء له، بدليل أنه لا يشترط له شروط العقد، فأشبه الرجعة

ولنا، أن هذه امرأة لا يجوز ابتداء العقد عليها حال الإسلام، فلم يملك اختيارها، كالمعتدة من غيره، وكذوات محارمه. وأما الرجعة فهي قطع جريان النكاح إلى البينونة، وهذا إثبات النكاح في امرأة. وإن كان دخل بهن، ثم أسلم، ثم أسلمن في عدتهن، فالحكم كذلك

وقال أبو بكر: لا يجوز له هاهنا اختيار، بل يبن بمجرد إسلامه، لئلا يفضي إلى استدامة نكاح مسلم في أمة كافرة. ولنا، أن إسلامهن في العدة بمنزلة إسلامهن معه، ولهذا لو كن حرائر مجوسيات أو وثنيات، فأسلمن في عدتهن، كان ذلك كإسلامهن معه، وإن لم يسلمن حتى انقضت عدتهن، انفسخ نكاحهن، سواء كن كتابيات أو غير كتابيات؛ لأنه لا يجوز له استدامة النكاح في أمة كتابية

(٥٤٦٤) فصل: ولو أسلم وهو واجد للطول، فلم يسلمن حتى أعسر، ثم أسلمن، فله أن يختار منهن؛ لأن شرائط النكاح تعتبر في وقت الاختيار، وهو وقت اجتماعهم على الإسلام، وهو حينئذ عادم للطول خائف للعنت، فكان له الاختيار. وإن أسلم وهو معسر، فلم يسلمن حتى أيسر، لم يكن له الاختيار؛ لذلك. وإن أسلمت واحدة منهن وهو موسر، ثم أسلم البواقي بعد إعساره، لم يكن له أن يختار منهن شيئا؛ لأن وقت." (١)

"أحدهما، يقر على نكاحها؛ لأنها ليست أعلى دينا منه، فيقر على نكاحها، كما يقر المسلم على نكاح الكتابية. والثاني، لا يقر على نكاحها؛ لأنها ممن لا يقر المسلم على نكاحها، فلا يقر الذمي على نكاحها، كالمرتدة.

[مسألة سمى لها وهما كافران فقبضته ثم أسلما]

(٥٤٧١) مسألة؛ قال: وما سمي لها، وهما كافران، فقبضته، ثم أسلما، فليس لها غيره، وإن كان حراما. ولو لم تقبضه، وهو حرام، فلها عليه مهر مثلها، أو نصفه، حيث أوجب ذلك وجملته أن الكفار إذا أسلموا، وتحاكموا إلينا بعد العقد والقبض، لم نتعرض لما فعلوه، وما قبضت من المهر فقد نفذ، وليس لها غيره، حلالا كان أو حراما، بدليل قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا﴾ [البقرة: ٢٧٨] . فأمر بترك ما بقي دون ما قبض

وقال تعالى: ﴿فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله﴾ [البقرة: ٢٧٥] . ولأن التعرض

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٦٦

للمقبوض بأبطاله يشق، لتطاول الزمان، وكثرة تصرفاتهم في الحرام، ففيه تنفيرهم عن الإسلام، فعفي عنه، كما عفي عما تركوه من الفرائض والواجبات، ولأنهما تقابضا بحكم الشرك، فبرئت ذمة من هو عليه منه، كما لو تبايعا بيعا فاسدا وتقابضا. وإن لم يتقابضا، فإن كان المسمى حلالا، وجب ما سمياه؛ لأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح، فوجب، كتسمية المسلم وإن كان حراما، كالخمر والخنزير، بطل، ولم يحكم به؛ لأن ما سمياه لا يجوز إيجابه في الحكم، ولا يجوز أن يكون صداقا لمسلمة، ولا في نكاح مسلم، ويجب مهر المثل إن كان بعد الدخول، ونصفه إن وقعت الفرقة قبل الدخول. وهذا معنى قوله: حيث أوجب ذلك وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف. وقال أبو حنيفة: إن كان أصدقها خمرا أو خنزيرا معينين، فليس لها إلا ذلك وإن كانا غير معينين، فلها في الخمر القيمة، وفي الخنزير مهر المثل، استحسانا. **ولنا** أن الخمر لا قيمة لها في الإسلام، فكان الواجب مهر المثل، كما لو أصدقها خنزيرا، ولأنه محرم، فأشبه ما ذكرنا

(٥٤٧٢) فصل: وإن قبضت بعض الحرام دون بعض، سقط من المهر بقدر ما قبض، ووجب بحصة ما بقي من مهر المثل، فإن كان الصداق عشرة زقاق خمر متساوية، فقبضت خمسا منها سقط نصف المهر، ووجب لها نصف مهر المثل،." (١)

"وإن كانت مختلفة، اعتبر ذلك بالكيل، في أحد الوجهين؛ لأنه إذا وجب اعتباره، اعتبر بالكيل فيما له مثل يتأتى الكيل فيه. والثاني، يقسم على عددها؛ لأنه لا قيمة لها، فاستوى صغيرها وكبيرها

وإن أصدقها عشرة خنازير، ففيه الوجهان؛ أحدهما، يقسم على عددها؛ لما ذكرنا، والثاني، يعتبر قيمتها كأنها مما يجوز بيعه، كما تقوم شجاج الحر كأنه عبد. وإن أصدقها كلبا وخنزيرين وثلاثة زقاق خمر، ففيه ثلاثة أوجه؛ أحدها، يقسم على قدر قيمتها عندهم. والثاني، يقسم على عدد الأجناس، فيجعل لكل جنس ثلث المهر. والثالث، يقسم على العدد كله، فلكل واحد سدس المهر، فللكلب سدسه، ولكل واحد من الخنزيرين والزقاق سدسه. ومذهب الشافعي فيه على نحو من هذا.

[فصل نكحها نكاحا فاسدا فأسلما قبل الدخول أو ترافعوا إلينا]

(٥٤٧٣) فصل: فإن نكحها نكاحا فاسدا، وهو ما لا يقرون عليه إذا أسلموا، كنكاح ذوات الرحم المحرم، فأسلما قبل الدخول، أو ترافعوا إلينا، فرق بينهما، ولا مهر لها. قال أحمد، في المجوسية تكون تحت أخيها أو أبيها، فيطلقها أو يموت عنها، فترتفع إلى المسلمين بطلب مهرها: لا مهر لها. وذلك لأنه نكاح

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٧٠

باطل من أصله، لا يقر عليه في الإسلام، وحصل فيه الفرقة قبل الدخول. فأما إن دخل بها، فهل يجب لها مهر المثل؟ يخرج على الروايتين في المسلم إذا وطئ امرأة من محارمه بشبهة.

[فصل تزوج ذمي ذمية على أن لا صداق لها]

(٥٤٧٤) فصل: إذا تزوج ذمي ذمية، على أن لا صداق لها، أو سكت عن ذكره، فلها المطالبة بفرضه، إن كان قبل الدخول، وإن كان بعده، فلها مهر المثل، كما في نكاح المسلمين. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن تزوجها على أن لا مهر لها، فلا شيء لها، وإن سكت عن ذكره، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا مهر لها. والأخرى: لها مهر المثل. واحتج بأن المهر يجب لحق الله تعالى وحقها، وقد أسقطت حقها، والذمي لا يطالب بحق الله تعالى. ولنا، أن هذا نكاح خلا عن تسمية، فيجب للمرأة فيه مهر المثل كالمسلمة، وإنما وجب المهر في حق المفوضة لئلا تصير كالموهوبة والمباحة، وهذا يوجد في حق الذمي.

[فصل إذا ارتفع أهل الشرك إلى الحاكم في ابتداء العقد لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين]

(٥٤٧٥) فصل: إذا ارتفعوا إلى الحاكم في ابتداء العقد، لم يزوجهم إلا بشروط نكاح المسلمين؛ لقول الله عز وجل: ﴿وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط﴾ [المائدة: ٤٢] . وقوله: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة: ٤٩] . ولأنه لا حاجة." (١)

"إلى عقده، بخلاف ذلك

وإن أسلموا، أو ترافعوا إلينا بعد العقد، لم نتعرض لكيفية عقدهم، ونظرنا في الحال؛ فإن كانت المرأة ممن يجوز عقد النكاح عليها ابتداء، أقرهما، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها، كذوات محرمه، فرق بينهما. فإن تزوج معتدة وأسلما، أو ترافعا في عدتها، فرق بينهما؛ لأنه لا يجوز ابتداء نكاحها، وإن كان بعد انقضائها، أقر لجواز ابتداء نكاحها. وإن كان بينهما نكاح متعة، لم يقرا عليه؛ لأنه إن كان بعد المدة، فلم يبق بينها نكاح، وإن كان في المدة، فهما لا يعتقدان تأبيده، والنكاح عقد مؤبد، إلا أن يكونا ممن يعتقد إفساد الشرط وصحة النكاح مؤبدا، فيقران عليه

وإن كان بينهما نكاح شرط فيه الخيار متى شاءا أو شاء أحدهما، لم يقرا عليه؛ لأنهما لا يعتقدان لزومه، إلا أن يعتقدا فساد الشرط وحده. وإن كان خيار مدة، فأسلما فيها، لم يقرا؛ لذلك. وإن كان بعدها أقرا؛

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧١/٧

لأنهما يعتقدان لزومه. وكل ما اعتقدوه، فهو نكاح يقرون عليه، وما لا فلا، فلو مهر حربي حربية، فوطئها، أو طاوعته، ثم أسلما، فإن كان ذلك في اعتقادهم نكاحا، أقرا عليه؛ لأنه نكاح لهم في من يجوز ابتداء نكاحها، فأقرا عليه، كالنكاح بلا ولي، وإن لم يعتقداه نكاحا، لم يقرا عليه.

[فصل أنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح]

(٥٤٧٦) فصل: وأنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح، من وقوع الطلاق، والظهار، والإيلاء، ووجوب المهر، والقسم، والإباحة للزوج الأول والإحصان، وغير ذلك. وممن أجاز طلاق الكفار، عطاء، والشعبي، والنخعي، والزهري، وحماد، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي. ولم يجوزه الحسن، وقتادة، وربيعة، ومالك. ولنا، أنه طلاق من بالغ عاقل في نكاح صحيح، فوقع، كطلاق المسلم

فإن قيل: لا نسلم صحة أنكحتهم. قلنا: دليل ذلك أن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقال: ﴿وامرأته حمالة الحطب﴾ [المسد: ٤] . وقال: ﴿امرأت فرعون﴾ [القصص: ٩] . وحقيقة الإضافة تقتضي زوجية صحيحة. وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ولدت من نكاح، لا من سفاح» . وإذا ثبت صحتها، ثبتت أحكامها، كأنكحة المسلمين.." (١)

"الأخرى، ويكون في التي سمى لها صداقا روايتان؛ لأن فيه تسمية وشرطا، فأشبه ما لو سمى لكل واحدة منهما مهرا ذكره القاضي هكذا. (٥٤٨٧) فصل: فإن قال: زوجتك جاريتي هذه، على أن تزوجني ابنتك وتكون رقبتها صداقا لابنتك. لم يصح تزويج الجارية، في قياس المذهب؛ لأنه لم يجعل لها صداقا سوى تزويج ابنته

وإذا زوجه ابنته، على أن يجعل رقبة الجارية صداقا لها، صح؛ لأن الجارية تصلح أن تكون صداقا. وإن زوج عبده امرأة، وجعل رقبته صداقا لها، لم يصح الصداق؛ لأن ملك المرأة زوجها يمنع صحة النكاح، فيفسد الصداق، ويصح النكاح، ويجب مهر المثل.

[مسألة نكاح المتعة]

(٥٤٨٨) مسألة؛ قال: (ولا يجوز نكاح المتعة) معنى نكاح المتعة أن يتزوج المرأة مدة، مثل أن يقول: زوجتك ابنتي شهرا، أو سنة، أو إلى انقضاء الموسم، أو قدوم الحاج. وشبهه، سواء كانت المدة معلومة أو

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٢/٧

مجهولة. فهذا نكاح باطل. نص عليه أحمد، فقال: نكاح المتعة حرام. وقال أبو بكر: فيها رواية أخرى، أنها مكروهة غير حرام؛ لأن ابن منصور سأل أحمد عنها، فقال: يجتنبها أحب إلي. وقال فظاهر هذا الكراهة دون التحريم. وغير أبي بكر من أصحابنا يمنع هذا، ويقول: في المسألة رواية واحدة في تحريمها. وهذا قول عامة الصحابة والفقهاء. وممن روي عنه تحريمها عمر، وعلي، وابن عمر، وابن مسعود، وابن الزبير قال ابن عبد البر: وعلى تحريم المتعة مالك، وأهل المدينة، وأبو حنيفة في أهل العراق، والأوزاعي في أهل الشام، والليث في أهل مصر، والشافعي، وسائر أصحاب الآثار

وقال زفر: يصح النكاح، ويبطل الشرط. وحكي عن ابن عباس، أنها جائزة. وعليه أكثر أصحاب عطاء وطاوس. وبه قال ابن جريج وحكي ذلك عن أبي سعيد الخدري، وجابر وإليه ذهب الشيعة؛ لأنه قد ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أذن فيها، وروي أن عمر قال: «متعتان كانتا على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أفأنهى عنهما، وأعاقب عليهما؛ متعة النساء، ومتعة الحج.» ولأنه عقد على منفعة، فيكون مؤقتا، كالإجارة. **ولنا** ما روى الربيع بن سبرة، أنه قال أشهد على أبي، أنه حدث «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عنه في حجة الوداع» . وفي لفظ: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «حرم متعة النساء.» . رواه أبو داود." (١)

"صحيح، في قول عامة أهل العلم، إلا الأوزاعي قال: هو نكاح متعة. والصحيح أنه لا بأس به، ولا تضر نيته، وليس على الرجل أن ينوي حبس امرأته وحسبه إن وافقته، وإلا طلقها.

[مسألة تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه]

(٥٤٩٠) مسألة؛ قال: (ولو تزوجها على أن يطلقها في وقت بعينه، لم ينعقد النكاح) . يعني إذا تزوجها بشرط أن يطلقها في وقت معين، لم يصح النكاح سواء كان معلوما أو مجهولا، مثل أن يشترط عليه طلاقها إن قدم أبوها أو أخوها. وقال أبو حنيفة: يصح النكاح، ويبطل الشرط. وهو أظهر قولي الشافعي، قاله في عامة كتبه؛ لأن النكاح وقع مطلقا، وإنما شرط على نفسه شرطا، وذلك لا يؤثر فيه، كما لو شرط أن لا يتزوج عليها، ولا يسافر بها

ولنا، أن هذا شرط مانع من بقاء النكاح، فأشبه نكاح المتعة، ويفارق ما قاسوا عليه، فإنه لم يشترط قطع النكاح.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٨/٧

[مسألة نكاح المحلل]

(٥٤٩١) مسألة؛ قال: (وكذلك إن شرط عليه أن يحلها لزوج كان قبله) وجملته أن نكاح المحلل حرام باطل، في قول عامة أهل العلم؛ منهم الحسن والنخعي، وقتادة، ومالك، والليث، والثوري، وابن المبارك، والشافعي، وسواء قال: زوجتكها إلى أن تطأها. أو شرط أنه إذا أحلها فلا نكاح بينهما، أو أنه إذا أحلها للأول طلقها

وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح، ويبطل الشرط. وقال الشافعي في الصورتين الأوليين: لا يصح. وفي الثالثة على قولين. **ولنا**، ما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «لعن الله المحلل، والمحلل له.» رواه أبو داود، وابن ماجه، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح، والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب النبي – صلى الله عليه وسلم – منهم عمر بن الخطاب، وعثمان، وعبد الله بن عمر. وهو قول الفقهاء من التابعين. وروي ذلك عن علي، وابن مسعود، وابن عباس وقال ابن مسعود: «المحلل والمحلل له ملعون، على لسان محمد – صلى الله عليه وسلم –.» وروى ابن ماجه، عن عقبة بن عامر، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ ..» (١)

"وقال: عسى امرأته تريد الولد

وهذا في ابتداء النكاح، فأما الفسخ فلا يثبت به، ولو ثبت بذلك لثبت في الآيسة، ولأن ذلك لا يعلم، فإن رجالا لا يولد لأحدهم وهو شاب، ثم يولد له وهو شيخ، ولا يتحقق ذلك منهما. وأما سائر العيوب فلا يثبت بها فسخ عندهم. والله أعلم.

[فصل أصاب أحد الزوجين بالآخر عيبا وبه عيب من غير جنسه]

(٥٥٠١) الفصل الرابع: أنه إذا أصاب أحدهما بالآخر عيبا، وبه عيب من غير جنسه، كالأبرص يجد المرأة مجنونة أو مجذومة، فلكل واحد منهما الخيار؛ لوجود سببه، إلا أن يجد المجبوب المرأة رتقاء، فلا ينبغي أن يثبت لهما خيار؛ لأن عيبه ليس هو المانع لصاحبه من الاستمتاع، وإنما امتنع لعيب نفسه

وإن وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله، ففيه وجهان: أحدهما، لا خيار لهما؛ لأنهما متساويان، ولا مزية لأحدهما على صاحبه، فأشبها الصحيحين. والثاني، له الخيار؛ لوجود سببه، فأشبه ما لو غر عبد ب أمة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٨٠

[فصل حدث العيب بأحد الزوجين بعد العقد]

(٥٥٠٢) فصل: وإن حدث العيب بأحدهما بعد العقد، ففيه وجهان؛ أحدهما، يثبت الخيار. وهو ظاهر قول الخرقي لأنه قال: فإن جب قبل الدخول، فلها الخيار في وقتها؛ لأنه عيب في النكاح يثبت الخيار مقارنا، فأثبته طارئا، كالإعسار وكالرق، فإنه يثبت الخيار إذا قارن، مثل أن تغر الأمة من عبد، ويثبته إذا طرأت الحرية، مثل إن عتقت الأمة تحت العبد، ولأنه عقد على منفعة، فحدوث العيب بها يثبت الخيار، كالإجارة. والثاني، لا يثبت الخيار. وهو قول أبي بكر وابن حامد ومذهب مالك لأنه عيب حدث بالمعقود عليه بعد لزوم العقد، أشبه الحادث بالمبيع. وهذا ينتقض بالعيب الحادث في الإجارة

وقال أصحاب الشافعي: إن حدث بالزوج، أثبت الخيار، وإن حدث بالمرأة، فكذلك، في أحد الوجهين، والآخر، لا يثبته؛ لأن الرجل يمكنه طلاقها، بخلاف المرأة. **ولنا**، أنهما تساويا فيما إذا كان الـعيب سابقا، فتساويا فيه لاحقا، كالمتبايعين.

[فصل من شرط ثبوت الخيار بعيوب النكاح أن لا يكون عالما بها وقت العقد ولا يرضى بها بعده]

(٥٥٠٣) فصل: ومن شرط ثبوت الخيار بهذه العيوب، أن لا يكون عالما بها وقت العقد، ولا يرضى بها بعده، فإن علم بها في العقد، أو بعده فرضي، فلا خيار له. لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه رضي به، فأشبه مشتري المعيب. وإن ظن العيب يسيرا فبان كثيرا، كمن ظن أن البرص في قليل من جسده، فبان في كثير منه، فلا خيار له أيضا؛ لأنه من جنس ما رضي به، وإن رضي بعيب، فبان به غيره،

فله الخيار؛ لأنه وجد به عيبا لم يرض به، ولا بجنسه، فثبت له الخيار، كالمبيع إذا رضي بعيب فيه، فوجد به غيره. وإن رضي بعيب، فزاد بعد العقد، كأن به." [١]

"قليل من البرص، فانبسط في جلده، فلا خيار له؛ لأن رضاه به رضى بما يحدث منه.

[فصل خيار عيب النكاح ثابت على التراخي]

(٥٥٠٤) فصل: وخيار العيب ثابت على التراخي، لا يسقط، ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى به، من القول، أو الاستمتاع من الزوج، أو التمكين من المرأة. هذا ظاهر كلام الخرقي لقوله: فإن علمت أنه عنين،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٧/٧

فسكتت عن المطالبة، ثم طالبت بعد، فلها ذلك، وذكر القاضي أنه على الفور. وهو مذهب الشافعي فمتى أخر الفسخ مع العلم والإمكان، بطل خياره؛ لأنه خيار الرد بالعيب. فكان على الفور، كالذي في البيع. **ولنا**، أنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي، كخيار القصاص، وخيار العيب في المبيع يمنعه، ثم الفرق بينهما أن ضرره في المبيع غير متحقق؛ لأنه قد يكون المقصود ماليته أو خدمته، ويحصل ذلك مع عيبه. وهاهنا المقصود الاستمتاع، ويفوت ذلك بعيبه. وأما خيار المجبرة والشفعة والمجلس، فهو لدفع ضرر غير متحقق

(٥٥٠٥) فصل: ويحتاج الفسخ إلى حكم حاكم؛ لأنه مجتهد فيه، فهو كفسخ العنة، والفسخ للإعسار بالنفقة. ويخالف خيار المعتقة؛ فإنه متفق عليه.

[مسألة إذا فسخ قبل المسيس فلا مهر]

[الفصل الأول الفسخ إذا وجد قبل الدخول]

(٥٥٠٦) مسألة؛ قال: وإذا فسخ قبل المسيس، فلا مهر، وإن كان بعده، وادعى أنه ما علم، حلف، وكان له أن يفسخ، وعليه المهر، يرجع به على من غره

الكلام في هذه المسألة في فصول أربعة: (٥٥٠٧) الفصل الأول: أن الفسخ إذا وجد قبل الدخول، فلا مهر لها عليه، سواء كان من الزوج أو المرأة. وهذا قول الشافعي لأن الفسخ إن كان منها، فالفرقة من جهتها، فسقط مهرها، كما لو فسخته برضاع زوجة له أخرى، وإن كان منه، فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالإخفاء، فصار الفسخ كأنه منها. فإن قيل: فهلا جعلتم فسخها لعيبه، كأنه منه؛ لحصوله بتدليسه؟ قلنا: العوض من الزوج في مقابلة منافعها، فإذا اختارت فسخ العقد مع سلامة ما عقدت عليه، رجع العوض إلى العاقد معها، وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها، لا لتعذر ما استحقت عليه في مقابلته عوضا، فافترقا.

[الفصل الثاني الفسخ إذا كان بعد الدخول في النكاح]

(٥٥٠٨) الفصل الثاني: أن الفسخ إذا كان بعد الدخول، فلها المهر؛ لأن المهر يجب بالعقد، ويستقر بالدخول، فلا يسقط." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٨/٧

"بحادث بعده، ولذلك لا يسقط بردتها، ولا بفسخ من جهتها، ويجب المهر المسمى. وذكر القاضي، في " المجرد " فيه روايتين؛ إحداهما، يجب المسمى. والأخرى، مهر المثل، بناء على الروايتين في العقد الفاسد

وقال الشافعي: الواجب مهر المثل؛ لأن الفسخ استند إلى العقد، فصار كالعقد الفاسد. **ولنا**، أنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح، فوجب المسمى، كغير المعيبة، وكالمعتقة تحت عبد

والدليل على أن النكاح صحيح، أنه وجد بشروطه وأركانه، فكان صحيحا، كما لو لم يفسخه، ولأنه لو لم يفسخه لكان صحيحا، فكذلك إذا فسخه، كنكاح الأمة إذا عتقت تحت عبد، ولأنه تترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت الإحصان والإباحة للزوج الأول، وسائر أحكام الصحيح، ولأنه لو كان فاسدا لما جاز إبقاؤه وتعين فسخه. وما ذكروه غير صحيح؛ فإن الفسخ يثبت حكمه من حينه، غير سابق عليه، وما وقع على صفة يستحيل أن يكون واقعا على غيره،

وكذلك لو فسخ البيع بعيب، لم يصر العقد فاسدا، ولا يكون النماء لغير المشتري، ولو كان المبيع أمة، فوطئها، لم يجب به مهرها، فكذلك النكاح.

[الفصل الثالث علم بالعيب وقت عقد النكاح أو بعده ثم وجد منه رضى]

(٥٥٠٩) الفصل الثالث: إذا علم بالعيب وقت العقد، أو بعده ثم وجد منه رضا، أو دلالة عليه، كالدخول بالمرأة، أو تمكينها إياه من الوطء، لم يثبت له الفسخ؛ لأنه رضي بإسقاط حقه فسقط، كما لو علم المشتري بالعيب فرضيه. وإذا اختلفا في العلم، فالقول قول من ينكره؛ لأن الأصل عدمه.

[الفصل الرابع الرجوع بالمهر على من غره في عيوب النكاح]

(٥٥١٠) الفصل الرابع: أنه يرجع بالمهر على من غره. وقال أبو بكر: فيه روايتان؛ إحداهما، يرجع به. والأخرى: لا يرجع. والصحيح أن المذهب رواية واحدة، وأنه يرجع به؛ فإن أحمد قال: كنت أذهب إلى قول علي فهبته، فملت إلى قول عمر: إذا تزوجها، فرأى جذاما أو برص،، فإن لها المهر بمسيسه إياها، ووليها ضامن للصداق

وهذا يدل على أنه رجع إلى هذا القول، وبه قال الزهري، وقتادة، ومالك، والشافعي في القديم. وروي عن علي أنه قال: لا يرجع. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي في الجديد؛ لأنه ضمن ما استوفى بدله، وهو الوطء،

فلا يرجع به على غيره، كما لو كان المبيع معيبا فأكله. **ولنا** ما روى مالك، عن يحيى بن سعيد، عن سعيد بن المسيب، قال قال: عمر بن الخطاب: أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص، فمسها، فلها صداقها، وذلك لزوجها غرم على وليها.

ولأنه غره." (١)

"في النكاح بما يثبت الخيار، فكان المهر عليه، كما لو غره بحرية أمة. وإذا ثبت هذا، فإن كان الولي علم غرم، وإن لم يكن علم فالتغرير من المرأة، فيرجع عليها بجميع الصداق. وإن اختلفوا في علم الولي، فشهدت بينة عليه بالإقرار بالعلم، وإلا فالقول قوله مع يمينه

قال الزهري، وقتادة: إن علم الولي غرم، وإلا استحلف بالله العظيم؛ أنه ما علم، ثم هو على الزوج. وقال القاضي: إن كان أبا، أو جدا، أو ممن يجوز له أن يراها، فالتغرير من جهته، علم أو لم يعلم. وإن كان ممن لا يجوز له أن يراها، كابن العم، والمولى، وعلم غرم، وإن أنكر، ولم تقم بينة بإقراره، فالقول قوله، ويرجع على المرأة بجميع الصداق

وهذا قول مالك إلا أنه قال: إذا ردت المرأة ما أخذت، ترك لها قدر ما تستحل به، لئلا تصير كالموهوبة. وللشافعي قولان، كقول مالك والقاضي. **ولنا**، على أن الولي إذا لم يعلم لا يغرم، أن التغرير من غيره، فلم يغرم، كما لو كان ابن عم. وعلى أنه يرجع بكل الصداق، أنه مغرور منها، فرجع بكل الصداق، كما لو غره الولي. وقولهم: لا يخفى على من يراها. لا يصح؛ فإن عيوب الفرج لا اطلاع له عليها، ولا يحل له رؤيتها، وكذلك العيوب تحت الثياب، فصار في هذا كمن لا يراها، إلا في الجنون، فإنه لا يكاد يخفى على من يراها، إلا أن يكون غائبا. وأما الرجوع بالمهر، فإنه لسبب آخر، فيكون بمنزلة ما لو وهبته إياه، بخلاف الموهوبة.

[فصل طلقها قبل الدخول ثم علم أنه كان بها عيب من عيوب النكاح]

(٥٥١١) فصل: إذا طلقها قبل الدخول، ثم علم أنه كان بها عيب، فعليه نصف الصداق، ولا يرجع به؛ لأنه رضي بالتزام نصف الصداق، فلم يرجع على أحد. وإن ماتت أو مات قبل العلم بالعيب، فلها الصداق كاملا، ولا يرجع على أحد؛ لأن سبب الرجوع الفسخ، ولم يوجد، وهاهنا استقر الصداق بالموت، فلا يرجع به.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٩/٧

[مسألة المطلقة قبل الدخول لا سكنى لها ولا نفقة]

(٥٥١٢) مسألة؛ قال: ولا سكنى لها، ولا نفقة؛ لأن السكنى والنفقة إنما تجب لمرأة لزوجها عليها الرجعة. وإنما كان كذلك؛ لأنها تبين بالفسخ، كما تبين بطلاق ثلاث، ولا يستحق زوجها عليها رجعة، فلم تجب لها سكنى ولا نفقة؛ لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لفاطمة بنت قيس: «إنما السكنى والنفقة للمرأة إذا كان لزوجها عليها الرجعة» . رواه النسائي.

وهذا إذا كانت حائلا، فإن كانت حاملا، فلها النفقة؛ لأنها بائن من نكاح صحيح في حال حملها، فكانت لها النفقة كالمطلقة ثلاثا والمختلعة. وفي السكنى روايتان

وقال القاضي: لا نفقة لها إن كانت حاملا، في أحد الوجهين؛ لأنها بائن من نكاح فاسد. وكذلك." (١)

"[فصل فرقة الخيار في النكاح فسخ]

(٥٥١٧) فصل: وفرقة الخيار فسخ، لا ينقص بها عدد الطلاق. نص عليه أحمد ولا أعلم فيه خلافا. قيل لأحمد: لم لا يكون طلاقا؟ قال: لأن الطلاق ما تكلم به الرجل. ولأنها فرقة لاختيار المرأة، فكانت فسخا، كالفسخ لعنته أو عتهه.

[مسألة أعتق قبل أن تختار أو وطئها]

(٥٥١٨) مسألة؛ قال: فإن أعتق قبل أن تختار، أو وطئها، بطل خيارها، علمت أن الخيار لها أو لم تعلم وجملة ذلك أن خيار المعتقة على التراخي، ما لم يوجد أحد هذين الأمرين؛ عتق زوجها، أو وطئه لها، ولا يمنع الزوج من وطئها

وممن قال: إنه على التراخي؛ مالك، والأوزاعي. وروي ذلك عن عبد الله بن عمر وأخته حفصة وبه قال سليمان بن يسار، ونافع، والزهري، وقتادة وحكاه بعض أهل العلم عن الفقهاء السبعة. وقال أبو حنيفة، وسائر العراقيين: لها الخيار في مجلس العلم

وللشافعي ثلاثة أقوال؛ أظهرها كقولنا. والثاني، أنه على الفور، كخيار الشفعة. والثالث، أنه إلى ثلاثة أيام. ولنا، ما روى الإمام أحمد، في " المسند "، بإسناده عن الحسن بن عمرو بن أمية، قال: سمعت رجالا يتحدثون عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا عتقت الأمة، فهي بالخيار، ما لم يطأها، إن

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٩٠

شاءت فارقته، وإن وطئها فلا خيار لها» . رواه الأثرم أيضا.

وروى أبو داود، «أن بريرة عتقت وهي عند مغيث، عبد لآل أبي أحمد، فخيرها النبي - صلى الله عليه وسلم -، فقال لها: إن قربك فلا خيار لك» . ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولا مخالف لهم في عصرهم

قال ابن عبد البر: لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا من الصحابة. ولأن الحاجة داعية إلى ذلك، فثبت، كخيار القصاص، أو خيار لدفع ضرر متحقق، فأشبه ما قلنا. إذا ثبت هذا، فمتى عتق قبل أن تختار، سقط خيارها؛ لأن الخيار لدفع الضرر بالرق، وقد زال بعتقه، فسقط، كالمبيع إذا زال عيبه. وهذا أحد قولي الشافعي وإن وطئها بطل خيارها، علمت بالخيار أو لم تعلم. نص عليه أحمد وهو قول من سمينا في صدر المسألة. وذكر القاضي وأصحابه: أن لها الخيار وإن أصيبت،." (١)

"ما لم تعلم، فإن أصابها بعد علمها، فلا خيار لها. وهذا قول عطاء، والحكم، وحماد، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق؛ لأنها إذا أمكنت من وطئها قبل علمها، فلم يوجد منها ما يدل على الرضى، فهو كما لو لم تصب. **ولنا**، ما تقدم من الحديث

وروى مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، أن مولاة لبني عدي، يقال لها: زبراء، أخبرته أنها كانت تحت عبد، فعتقت، قالت: فأرسلت إلى حفصة، فدعتني، فقالت: إن أمرك بيدك ما لم يمسك زوجك، فإن مسك، فليس لك من الأمر شيء. فقلت: هو الطلاق، ثم الطلاق [ثم الطلاق] . ففارقته ثلاثا

وقال مالك، عن نافع، عن ابن عمر: إن لها الخيار ما لم يمسها. ولأنه خيار عيب، فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة، كخيار الرد بالعيب. ولا تفريع على هذا القول، فأما على القول الآخر، فإذا وطئها، وادعت الجهالة بالعتق، وهي ممن يجوز خفاء ذلك عليها، مثل أن يعتقها سيدها في بلد آخر، فالقول قولها مع يمينها؛ لأن الأصل عدم ذلك

وإن كانت ممن لا يخفى ذلك عليها، لكونهما في بلد واحد، وقد اشتهر ذلك، لم يقبل قولها؛ لأنه خلاف الظاهر. وإن علمت العتق، وادعت الجهالة بثبوت الخيار، فالقول قولها؛ لأن ذلك لا يعلمه إلا خواص الناس، فالظاهر صدقها فيه. وللشافعي في قبول قولها في ذلك قولان.

[فصل عتق الزوجان العبد والأمة دفعة واحدة]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٣/٧

(٥٥١٩) فصل: فإن أعتق العبد والأمة دفعة واحدة، فلا خيار لها، والنكاح بحاله، سواء أعتقهما رجل واحد أو رجلان. نص عليه أحمد وعنه: لها الخيار. والأول أولى؛ لأن الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ، فالمقارنة أولى، كإسلام الزوجين. وعن أحمد: إن عتقا معا انفسخ النكاح. ومعناه – والله أعلم – أنه إذا وهب لعبده سرية، وأذن له في التسري بها، ثم أعتقهما جميعا، صارا حرين، وخرجت عن ملك العبد، فلم يكن له إصابتها إلا بنكاح جديد

هكذا روى جماعة من أصحابه، في من وهب لعبده سرية، أو اشترى له سرية، ثم أعتقهما، لا يقربها إلا بنكاح جديد. واحتج أحمد على ذلك، بما روى نافع، عن ابن عمر، أن عبدا له كان له سريتان، فأعتقهما وأعتقه، فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد. ولأنها بإعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة، فلم يبح له التسري بها، كالحرة الأصلية

وأما إذا كانت امرأته، فعتقا، لم ينفسخ نكاحه بذلك؛ لأنه إذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها. فلأن لا ينفسخ بإعتاقهما معا أولى. ويحتمل أن أحمد إنما أراد بقوله: انفسخ." (١)

"[فصل زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها ثم مات]

فصل: ولو زوج أمة قيمتها عشرة بصداق عشرين، ثم أعتقها في مرضه بعد الدخول بها، ثم مات، ولا يملك غيرها وغير مهرها بعد استيفائه، عتقت؛ لأنها تخرج من الثلث، ولها الخيار. وإن لم تكن قبضته، عتق ثلثها في الحال. وفي الخيار لها وجهان، فكلما اقتضي من مهرها شيء عتق منها بقدر ثلثه، فإذا استوفي كله عتقت كلها، ولها الخيار حينئذ عند من لم يثبت لها الخيار قبل ذلك

فإن كان زوجها قد وطئها قبل استيفاء مهرها، فقد بطل خيارها عند من جعل لها الخيار حينئذ؛ لأنها أسقطته بتمكينه من وطئها. وعلى قول الخرقي لا يبطل؛ لأنها مكنت منه قبل ثبوت الخيار لها، فأشبه ما لو مكنت منه قبل عتقها. فأما إن عتقت قبل الدخول بها، فلا خيار لها، على قول الخرقي؛ لأن فسخها النكاح يسقط به صداقها، فيعجز الثلث عن كمال قيمتها، فيرق ثلثاه، ويسقط خيارها، فيفضي إثبات الخيار لها إلى إسقاطه، فيسقط. وهذا مذهب الشافعي

وعند أبي بكر، لها الخيار. فعلى قول من أوجب لسيدها نصف المهر، فإذا استوفي عتق ثلثاها، وعلى قول من أسقطه، يعتق ثلثها.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٤/٧

[مسألة المعتقة إن اختارت المقام مع زوجها قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول]

(٥٥٢٤) مسألة؛ قال: فإن اختارت المقام معه قبل الدخول، أو بعده، فالمهر للسيد، وإن اختارت فراقه قبل الدخول، فلا مهر لها، وإن اختارته بعد الدخول، فالمهر للسيد

وجملته أن المعتقة إن اختارت المقام مع زوجها قبل الدخول أو بعده أو اختارت الفسخ بعد الدخول، فالمهر واجب؛ لأنه واجب بالعقد، فإذا اختارت المقام، فلم يوجد له مسقط، وإن فسخت بعد الدخول، فقد استقر بالدخول، فلم يسقط بشيء، وهو للسيد في الحالين؛ لأنه وجب بالعقد في ملكه، والواجب المسمى في الحالين، سواء كان الدخول قبل العتق أو بعده

وقال أصحاب الشافعي: إن كان الدخول قبل العتق، فالواجب المسمى، وإن كان بعده، فالواجب مهر المثل؛ لأن الفسخ استند إلى حالة العتق، فصار الوطء في نكاح فاسد. **ولنا**، أنه عقد صحيح، فيه مسمى صحيح، اتصل به الدخول قبل الفسخ، فأوجب المسمى، كما لو لم يفسخ، ولأنه لو وجب بالوطء بعد الفسخ، لكان المهر لها؛ لأنها حرة حينئذ

وقولهم: إن الوطء في نكاح فاسد. غير صحيح؛ فإنه كان صحيحا، ولم يوجد ما يفسده، ويثبت فيه أحكام الوطء في النكاح الصحيح، من الإحلال للزوج الأول، والإحصان، وكونه حلالا. وأما إن اختارت الفسخ قبل الدخول، فلا مهر لها. نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي

وعن أحمد، رواية أخرى، للسيد نصف المهر؛ لأنه وجب للسيد، فلا يسقط بفعل غيره.." (١)

"**ولنا**، أن الفرقة جاءت من قبلها، فسقط مهرها، كما لو أسلمت، أو ارتدت، أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعه. وقوله: وجب للسيد. قلنا: لكن بواسطتها ولهذا سقط نصفه بفسخها، وجميعه بإسلامها وردتها

(٥٥٢٥) فصل: ولو كانت مفوضة، ففرض لها مهر المثل، فهو للسيد أيضا؛ لأنه وجب بالعقد في ملكه لا بالفرض. وكذلك لو مات أحدهما، وجب، والموت لا يوجب، فدل على أنه وجب بالعقد. وإن كان الفسخ قبل الدخول والفرض، فلا شيء، إلا على الرواية الأخرى، ينبغي أن تجب المتعة؛ لأنها تجب بالفرقة قبل الدخول في موضع لو كان مسمى وجب نصفه.

[فصل طلقها طلاقا بائنا ثم أعتقت]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/١٩٦

(٥٥٢٦) فصل: فإن طلقها طلاقا بائنا، ثم أعتقت، فلا خيار لها؛ لأن الفسخ إنما يكون في نكاح، ولا نكاح هاهنا. وإن كان رجعيا، فلها الخيار في العدة؛ لأن نكاحها باق، فيمكن فسخه، ولها في الفسخ فائدة؛ لأنها لا تأمن رجعته لها في آخر عدتها، فتحتاج إلى استئناف عدة أخرى إذا فسخت، فإذا فسخت انقطعت الرجعة، وثبتت على ما مضى من عدة الطلاق، ولا تحتاج إلى استئناف عدة؛ لأنها معتدة من الطلاق إذا لم يفسخ. فإن قيل: فيفسخ حينئذ؟ قلنا: إذا تحتاج إلى عدة أخرى. وإذا فسخت في عدتها، ثبتت على ما مضى من عدتها، ولم تحتج إلى عدة أخرى؛ لأنها معتدة من الطلاق، والفسخ لا ينافيها ولا يقطعها، فهو كما لو طلقها طلقة أخرى، وينبني على عدة حرة؛ لأنها عتقت في أثناء العدة وهي رجعية. فإن اختارت المقام، بطل خيارها

وقال الشافعي: لا يبطل؛ لأنها اختارت المقام مع جريانها إلى البينونة، وذلك ينافي اختيار المقام. **ولنا**، أنها حالة يصح فيها اختيار الفسخ، فصح اختيار المقام، كصلب النكاح. وإن لم تختر شيئا، لم يسقط خيارها؛ لأنه على التراخي، ولأن سكوتها لا يدل على رضاها؛ لاحتمال أنه كان لجريانها إلى البينونة، اكتفاء منها بذلك

فإن ارتجعها، فلها الفسخ حينئذ، فإن فسخت، ثم عاد فتزوجها، بقيت معه بطلقة واحدة؛ لأن طلاق العبد اثنتان. وإن تزوجها بعد أن أعتق، رجعت معه على طلقتين؛ لأنه صار حرا، فملك ثلاث طلقات، كسائر الأحرار.

[فصل طلقها بعد عتقها وقبل اختيارها]

(٥٥٢٧) فصل: فإن طلقها بعد عتقها، وقبل اختيارها، أو طلق الصغيرة والمجنونة بعد العتق، وقع طلاقه، وبطل خيارها؛ لأنه طلاق من زوج جائز التصرف، في نكاح صحيح، فنفذ كما لو لم يعتق. وقال القاضي: طلاقه موقوف. فإن اختارت الفسخ لم يقع الطلاق؛ لأن طلاقه يتضمن إبطال حقها من الخيار، وإن لم تختر وقع. وللشافعي." [١]

"امرأة أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: «يا رسول الله، إن رفاعة طلقني، فبت طلاقي، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير، وإنما له مثل هدبة الثوب، فقال: تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك» . ولم يضرب له مدة. **ولنا**، ما روي أن عمر - رضي الله عنه - أجل

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٧/٧

العنين سنة. وروى ذلك الدارقطني، بإسناده عن عمر وابن مسعود، والمغيرة بن شعبة ولا مخالف لهم. ورواه أبو حفص عن علي ولأنه عيب يمنع الوطء، فأثبت الخيار، كالجب في الرجل، والرتق في المرأة، فأما الخبر، فلا حجة لهم فيه؛ فإن المدة إنما تضرب له مع اعترافه، وطلب المرأة ذلك، ولم يوجد واحد منهما وقد روي أن الرجل أنكر ذلك، وقال: إني لأعركها عرك الأديم. وقال ابن عبد البر: وقد صح أن ذلك كان بعد طلاقه، فلا معنى لضرب المدة. وصحح ذلك قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (تريدين أن ترجعي إلى رفاعة) . ولو كان قبل طلاقه لما كان ذلك إليها. وقيل: إنها ذكرت ضعفه، وشبهته بهدبة الثوب مبالغة، ولذلك قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: (حتى تذوقي عسيلته) والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك.

[مسألة ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها]

(٥٥٣٢) مسألة؛ قال: وإذا ادعت المرأة أن زوجها عنين لا يصل إليها، أجل سنة منذ ترافعه، فإن لم يصبها فيها، خيرت في المقام معه أو فراقه، فإن اختارت فراقه، كان ذلك فسخا بلا طلاق. وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت عجز زوجها عن وطئها لعنة سئل عن ذلك، فإن أنكر والمرأة عذراء، فالقول قولها، وإن كانت ثيبا، فالقول قوله مع يمينه. في ظاهر المذهب؛ لأن هذا أمر لا يعلم إلا من جهته، والأصل السلامة

وقال القاضي: هل يستحلف أو لا؟ على وجهين، بناء على دعوى الطلاق. فإن أقر بالعجز، أو ثبت ببينة على إقراره به، أو أنكر وطلبت يمينه فنكل، ثبت عجزه، ويؤجل سنة. في قول عامة أهل العلم. وعن الحارث بن ربيعة، أنه أجل عشرة أشهر. ولنا قول من سمينا من الصحابة، ولأن هذا العجز قد يكون لعنة، وقد يكون لمرض، فضربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة، فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة، وإن كان من رطوبة زال في فصل." (١)

"الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال. فإذا مضت الفصول الأربعة، واختلفت عليه الأهوية فلم تزل، علم أنه خلقة

وحكي عن أبي عبيد، أنه قال: أهل الطب يقولون: الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة، ثم يظهر. وابتداء السنة منذ ترافعه. قال ابن عبد البر: على هذا جماعة القائلين بتأجيله. قال معمر في حديث عمر: يؤجل سنة: من يوم مرافعته، فإذا انقضت المدة فلم يطأ، فلها الخيار، فإن اختارت الفسخ، لم يجز إلا بحكم حاكم؛ لأنه مختلف فيه، فإما أن يفسخ، وإما أن يرده إليها فتفسخ هي. في قول عامة القائلين به

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٠٠

ولا يفسخ حتى تختار الفسخ وتطلبه؛ لأنه لحقها، فلا تجبر على استيفائه، كالفسخ للإعسار، فإذا فسخ فهو فسخ وليس بطلاق. وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة، ومالك والثوري يفرق الحاكم بينهما، وتكون تطليقة؛ لأنه فرقة لعدم الوطء، فكانت طلاقا، كفرقة المولي. **ولنا**، أن هذا خيار ثبت لأجل العيب، فكان فسخا، كفسخ المشتري لأجل العيب.

[فصل اتفقا بعد الفرقة على الرجعة]

(٥٥٣٣) فصل: فإن اتفقا بعد الفرقة على الرجعة، لم يجز إلا بنكاح جديد؛ لأنها قد بانت عنه، وانفسخ النكاح. فإذا تزوجها كانت عنده على طلاق ثلاث. نص عليه أحمد. وذكر أبو بكر فيها قولا ثانيا، أنهما لا يجتمعان أبدا؛ لأنها فرقة تتعلق بحكم الحاكم، فحرمت النكاح، كفرقة اللعان

والمذهب أنها تحل له؛ لأنها فرقة لأجل العيب، فلم تمنع النكاح، كفرقة المعتقة، والفرقة في سائر العيوب. وأما فرقة اللعان فإنها حصلت بلعانهما قبل تفريق الحاكم، وهاهنا بخلافه، ولأن اللعان يحرم المقام على النكاح، فمنع ابتداءه، ويوجب الفرقة، فمنع الاجتماع، وهاهنا بخلافه. ولو رضيت المرأة بالمقام، أو لم تطلب الفسخ، لم يجز الفسخ، فكيف يصح القياس مع هذه الفروق؟ .

[فصل من علم أن عجزه عن الوطء لعارض من صغر أو مرض مرجو الزوال]

(٥٥٣٤) فصل: ومن علم أن عجزه عن الوطء لعارض؛ من صغر، أو مرض مرجو الزوال، لم تضرب له مدة؛ لأن ذلك عارض يزول، والعنة خلقة وجبلة لا تزول. وإن كان لكبر، أو مرض لا يرجى زواله، ضربت له المدة؛ لأنه في معنى من خلق كذلك. وإن كان لجب، أو شلل، ثبت الخيار في الحال؛ لأن الوطء ميئوس منه فلا معنى لانتظاره. وإن كان قد بقي من الذكر ما يمكن الوطء به، فالأولى ضرب المدة له؛ لأنه في معنى العنين خلقة. وإن اختلف في القدر الباقي هل يمكن الوطء بمثله أو لا؟ رجع إلى أهل الخبرة في معرفة ذلك.

[فصل الخصي من عيوب النكاح]

(٥٥٣٥) فصل: فأما الخصي، فإن الخرقي ذكره في ترجمة الباب، ولم يفرده بحكم، فظاهر كلامه أنه ألحقه بغيره، في أنه." (١)

"واحتج أبو حنيفة بما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم –، أنه قال: «لا مهر أقل من عشرة دراهم» . ولأنه يستباح به عضو، فكان مقدرا كالذي يقطع به السارق. ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – للذي زوجه: «هل عندك من شيء تصدقها؟ قال: لا أجد. قال: التمس، ولو خاتما من حديد» . متفق عليه. وعن عامر بن ربيعة، أن امرأة من بني فزارة، تزوجت على نعلين، فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ قالت: نعم. فأجازه.» أخرجه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

وعن جابر، أن رسول الله قال: «لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما، كانت له حلالا» . رواه الإمام أحمد، في المسند. وفي لفظ عن جابر، قال: «كنا ننكح على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على القبضة من الطعام» . رواه الأثرم. ولأن قول الله عز وجل: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] . يدخل فيه القليل والكثير. ولأنه بدل منفعتها، فجاز ما تراضيا عليه من المال، كالعشرة وكالأجرة.

وحديثهم غير صحيح، رواه مبشر بن عبيد، وهو ضعيف، عن الحجاج بن أرطاة، وهو مدلس. ورووه عن جابر، وقد روينا عنه خلافه. أو نحمله على مهر امرأة بعينها، أو على الاستحباب. وقياسهم لا يصح؛ فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة، والقطع إتلاف عضو دون استباحته، وهو عقوبة وحد، وهذا عوض، فقياسه على الأعواض أولى. وأما أكثر الصداق، فلا توقيت فيه، بإجماع أهل العلم. قاله ابن عبد البر وقد قال الله عز وجل: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا﴾ [النساء: ٢٠] . وروى أبو حفص بإسناده، أن عمر أصدق أم كلثوم ابنة علي أربعين ألفا. وعن عمر – رضي الله عنه – أنه قال: خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثرة الصداق، فذكرت هذه الآية: ﴿وآتيتم إحداهن قنطارا﴾ [النساء: ٢٠] . قال أبو صالح: القنطار مائة رطل. وقال أبو سعيد الخدري ملء مسك ثور ذهبا وعن مجاهد:." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٠١

(٢) المغني لابن قدامة ٧/٢١١

"وقد نقل مهنا، عن أحمد إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر، كيف يكون هذا؟ قيل له: فامرأة يكون لها ضياع وأرضون، لا تقدر على أن تعمرها؟ ، قال: لا يصلح هذا: قال أبو بكر: إن كانت الخدمة معلومة جاز، وإن كانت مجهولة لا تنضبط فلها صداق مثلها. كأنه تأول مسألة مهنا على أن الخدمة مجهولة، فلذلك لم يصح.

ونقل أبو طالب، عن أحمد التزويج على بناء الدار، وخياطة الثوب، وعمل شيء، جائز؛ وذلك لأنه معلوم يجوز أخذ العوض عنه، فجاز أن يكون صداقا كالأعيان. ولو تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معين، صح؛ لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الأجرة عنه. وإن أصدقها الإتيان به أين كان، لم يصح؛ لأنه مجهول.

[فصل نكحها على أن يحج بها]

(٥٥٥٤) فصل: ولو نكحها على أن يحج بها، لم تصح التسمية. وبهذا قال الشافعي وقال النخعي، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي وأبو عبيد: يصح، **ولنا** أن الحملان مجهول، لا يوقف له على حد، فلم يصح، كما لو أصدقها شيئا. فعلى هذا لها مهر المثل، وكذلك كل موضع قلنا: لا تصح التسمية.

[فصل أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب]

(٥٥٥٥) فصل: وإن أصدقها خياطة ثوب بعينه، فهلك الثوب، لم تفسد التسمية، ولم يجب مهر المثل؛ لأن تعذر تسليم ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل، كما لو أصدقها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه، ويجب عليه أجر مثل خياطته؛ لأن المعقود على العمل فيه تلف فوجب الرجوع إلى عوض العمل، كما لو أصدقها تعليم عبدها صناعة فمات قبل التعليم، وإن عجز عن خياطته مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه، فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه، وإن طلقها قبل خياطته قبل الدخول فعليه خياطة نصفه إن أمكن معرفة نصفه وإن لم يمكن فعليه نصف أجر خياطته إلا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقينا، وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليه بنصف أجره.

[فصل إن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح]

(٥٥٥٦) فصل: وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح؛ لأنه منفعة معلومة يجوز بذل العوض عنها فجاز جعلها صداقا كخياطة ثوبها. وإن أصدقها تعليمه أو تعليمها شعرا مباحا معينا أو فقها

أو لغة أو نحوا أو غير ذلك من العلوم الشرعية التي يجوز أخذ الأجرة على تعليمها جاز وصحت التسمية؛ لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه فجاز صداقا كمنافع الدار.." (١)

"[فصل طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة التي أصدقها إياها]

(٥٥٦١) فصل: فإن طلقها قبل الدخول بعد تعليمها السورة

رجع عليها بنصف أجر تعليمها؛ لأن الطلاق قبل الدخول يوجب الرجوع بنصف الصداق، وإن لم يكن علمها ففيه وجهان؛: أحدهما، عليه نصف أجر تعليمها، لأنها قد صارت أجنبية، فلا يؤمن في تعليمها الفتنة. والثاني يباح له تعليمها من وراء حجاب من غير خلوة بها، كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات، وإن كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها السورة الوجهان. وإن أصدقها رد عبدها من مكان معين، فطلقها قبل الدخول وقبل الرد، فعليه نصف أجر الرد؛ لأنه لا يمكنه نصف الرد، وإن طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف أجره.

[فصل أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن]

(٥٥٦٢) فصل: ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يجز، ولها مهر المثل وقال الشافعي: يصح؛ لقول الله تعالى ﴿حتى يسمع كلام الله﴾ [التوبة: ٦] ولنا أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتقاده أنه حق فالكافر أولى، وقد قال النبي – صلى الله عليه وسلم – «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو، مخافة أن تناله أيديهم» فالتحفظ أولى أن يمنع منه، فأما الآية التي احتجوا بها، فلا حجة لهم فيها؛ فإن السماع غير الحفظ وإن أصدقها أو أصدق المسلمة تعليم شيء من التوراة والإنجيل لم يصح في المذهبين؛ لأنه مبدل مغير.

ولو أصدق الكتابي الكتابية شيئا من ذلك كان كما لو أصدقها محرما.

[فصل الصداق ما اتفقوا عليه ورضوا به]

(٥٥٦٣) الفصل الثاني أن الصداق ما اتفقوا عليه، ورضوا به لقول الله تعالى ﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة﴾ [النساء: ٢٤] وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – «العلائق ما تراضى عليه الأهلون» ؛ ولأنه عقد معاوضة، فيعتبر رضى المتعاقدين، كسائر عقود المعاوضات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢١٣

فإن كان الولي الأب فمهما اتفق هو والزوج عليه، جاز أن يكون صداقا قليلا كان أو كثيرا، بكرا كانت أو ثيبا صغيرة كانت أو كبيرة على ما أسلفناه فيما مضى، ولذلك زوج شعيب – عليه السلام – موسى – عليه السلام – ابنته وجعلا الصداق إجارة ثماني حجج من غير مراجعة الزوجة، وإن كان الولي غير الأب اعتبر رضى المرأة والزوج، لأن الصداق لها وهو عوض." (١)

"لمنفعتها فأشبه أجر دارها وصداق أمتها. فإن لم يستأذنها الولي في الصداق، فحكمه حكم الوكيل المطلق في البيع إن جعل الصداق مهر المثل فما زاد صح ولزم، وإن نقص عنه فلها مهر المثل.

[فصل الصداق لا يكون إلا مالا]

(٥٥٦٤) الفصل الثالث: أن الصداق لا يكون إلا مالا؛ لقول الله تعالى ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] ويشترط أن يكون له نصف يتمول عادة، بحيث إذا طلقها قبل الدخول بقي لها من النصف مال حلال. وهذا معنى قول الخرقي: له نصف يحصل، وما لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع، كالمحرم والمعدوم والمجهول وما لا منفعة فيه، وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه، وما لا يقدر على تسليمه، كالطير في الهواء والسمك في الماء، وما لا يتمول عادة كحبة حنطة وقشرة جوزة لا يجوز أن يكون صداقا؛ لأنه نقل للملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالمبيع ويعتبر أن يكون نصفه مما يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفا، لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول، فلا يبقى للمرأة إلا نصفه، فيجب أن يبقى لها مال تنتفع به. ويعتبر نصف القيمة، لا نصف عين الصداق؛ فإنه لو أصدقها عبدا جاز، وإن لم تمكن قسمته.

[مسألة أصدقها عبدا بعينه فوجدت به عيبا فردته]

مسألة؛ قال وإذا أصدقها عبدا بعينه، فوجدت به عيبا فردته، فلها عليه قيمته. وجملة ذلك أن الصداق إذا كان معينا فوجدت به عيبا فلها رده كالمبيع المعيب، ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان العيب كثيرا، فإن كان يسيرا، فحكي عن أبي حنيفة، أنه لا يرد به. **ولنا** أنه عيب يرد به المبيع، فرد به الصداق، كالكثير، وإذا ردته، فلها قيمته؛ لأن العقد لا ينفسخ برده، فيبقى سبب استحقاقه، فيجب عليه قيمته، كما لو غصبها إياه فأتلفه، وإن كان الصداق مثليا، كالمكيل والموزون، فردته، فلها عليه مثله؛ لأنه أقرب إليه، وإن اختارت

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢١٦

إمساك المعيب، وأخذ أرشه فلها ذلك، في قياس المذهب.

وإن حدث به عيب عندها، ثم وجدت به عيبا خيرت بين أخذ أرشه، وبين رده ورد أرش عيبه؛ لأنه عوض في عقد معاوضة، فيثبت فيه ذلك، كالبيع، وسائر فروع الرد بالعيب، فيثبت فيها ها هنا مثل ما يثبت في البيع؛ لما ذكرنا.

[فصل شرطت في الصداق صفة مقصودة]

(٥٥٦٦) فصل: وإن شرطت في الصداق صفة مقصودة، كالكتابة والصناعة، فبان بخلافها، فلها الرد، كما ترد به في البيع وهكذا إن دلسه تدليسا يرد به المبيع، مثل تحمير وجه الجارية، وتسويد شعرها وتجعيده." (١)

"وما ذكره يبطل بما إذا أصدقها عبدا فبان حرا؛ ولأنه إن أوجب قيمة الخمر، فالخمر لا قيمة له، وإن أوجب قيمة الخل، فقد اعتبر التسمية في إيجاب قيمته، ففي إيجاب مثله أولى.

[فصل قال أصدقتك هذا الخمر وأشار إلى الخل]

(٥٥٦٩) فصل: وإن قال: أصدقتك هذا الخمر - وأشار إلى الخل - أو عبد فلان هذا - وأشار إلى عبده - صحت التسمية، ولها المشار إليه؛ لأن المعقود عليه يصح العقد عليه، فلا يختلف حكمه باختلاف صفته، كما لو قال: بعتك هذا الأسود. وأشار إلى أبيض. أو هذا الطويل. وأشار إلى قصير.

[فصل تزوجها على عبدين فخرج أحدهما حرا أو مغصوبا]

(٥٥٧٠) فصل: وإن تزوجها على عبدين، فخرج أحدهما حرا أو مغصوبا، صح الصداق فيما تملكه ولها قيمة الآخر. نص عليه أحمد، وإن كان عبدا واحدا، فخرج نصفه حرا أو مغصوبا، فلها الخيار بين رده وأخذ قيمته، وبين إمساك نصفه وأخذ قيمة باقيه. نص عليه أحمد، لأن الشركة عيب، فكان لها الفسخ، كما لو وجدته معيبا.

فإن قيل: فلم لا تقولون ببطلان التسمية في الجميع، وترجع بالقيمة كلها في المسألتين، كما في تفريق الصفقة؟ قلنا: إن القيمة بدل، إنما يصار إليها عند العجز عن الأصل، وها هنا العبد المملوك مقدور عليه، ولا عيب فيه وهو مسمى في العقد، فلا يجوز الرجوع إلى بدله. أما تفريق الصفقة، فإنه إذا بطل العقد في

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٧/٧

الجميع، صرنا إلى الثمن، وليس هو بدلا عن المبيع، وإنما انفسخ العقد، فرجع في رأس ماله، وها هنا لا ينفسخ العقد وإنما رجع إلى قيمة الحر منهما؛ لتعذر تسليمه. والعبد مقدور على تسليمه فلا وجه لإيجاب قيمته.

وأما إذا كان نصفه حرا، ففيه عيب، فجاز رده بعيبه. وقال أبو حنيفة: إذا أصدقها عبدين، فإذا أحدهما حر، فلها العبد وحده صداقا، ولا شيء لها سواه. **ولنا** أنه أصدقها حرا، فلم تسقط تسميته إلى غير شيء، كما لو كان منفردا. آخر الجزء الرابع من ربع النك ح من أجزاء الشيخ رحمه الله

[مسألة تزوجها على أن يشتري لها عبدا بعينه]

(٥٥٧١) مسألة؛ قال: وإذا تزوجها على أن يشتري لها عبدا بعينه، فلم يبع، أو طلب فيه أكثر من قيمته، أو لم يقدر عليه، فلها قيمته. نص أحمد على هذا في رواية الأثرم، وقال الشافعي: لا تصح التسمية، ولها مهر المثل؛ لأنه جعل ملك غيره عوضا، فلم يصح، كالبيع.." [١]

"**ولنا** أنه أصدقها تحصيل عبد معين، فصح، كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا، وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه.

إذا ثبت هذا، فإنه إذا قدر عليه بثمن مثله، لزمه تحصيله ودفعه إليها، وإن جاءها بقيمته، لم يلزمها قبوله؛ لأنه قدر على دفع صداقها إليها، فلزمه، كما لو أصدقها عبدا يملكه. وإن لم يبعه سيده أو تعذر عليه الوصول إليه؛ لتلفه أو غير ذلك، أو طلب فيه أكثر من قيمته، فلها قيمته؛ لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقوم فوجبت قيمته، كما لو تلف، وإن كان الذي جعل لها مثليا، فتعذر شراؤه، وجب لها مثله؛ لأن المثل أقرب إليه.

[فصل تزوجها على عبد موصوف في الذمة]

(٥٥٧٢) فصل: وإن تزوجها على عبد موصوف في الذمة؛ صح لأنه يصح أن يكون عوضا في البيع. فإن جاءها بقيمته، لم يلزمها قبولها. وبهذا قال الشافعي. واختاره أبو الخطاب وقال القاضي: يلزمها قبولها، قياسا على الإبل في الدية. **ولنا** أنها استحقت عليه بعقد معاوضة، فلم يلزمها أخذ قيمته، كالمسلم فيه، ولأنه عبد وجب صداقا فأشبه ما لو كان معيبا، وأما الدية فلا يلزم أخذ قيمة الإبل، وإنما الأثمان أصل في

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢١٩

الدية، كما أن الإبل أصل، فيتخير بين دفع أي الأصول شاء، فيلزم الولي قبوله لها على طريق القيمة، بخلاف مسألتنا، ولأن الدية خارجة عن القياس، فلا يناقض بها، ولا يقاس عليها، ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على غير عقود المعاوضات، ثم ينتقض بالعبد المعين.

[فصل تزوجها على أن يعتق أباها]

(٥٥٧٣) فصل: وإن تزوجها على أن يعتق أباها صح، نص عليه أحمد فإن طلب به أكثر من قيمته، أو لم يقدر عليه، فلها قيمته. وهذا قول الشعبي. ووجهه ما تقدم. فإن جاءها بقيمته مع إمكان شرائه، لم يلزمها قبولها؛ لما ذكرنا، ولأنه يفوت عليها العوض في عتق أبيها.

[فصل لا يصح الصداق إلا مِعلوما يصح بمثله البيع]

(٥٥٧٤) فصل: ولا يصح الصداق إلا معلوما يصح بمثله البيع. وهذا اختيار أبي بكر، ومذهب الشافعي. وقال القاضي: يصح مجهولا، ما لم تزد جهالته على مهر المثل؛ لأن جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم، فطلقها قبل أن يدخل بها: يقوم الخادم وسطا على قدر ما يخدم مثلها. ونحو هذا قول أبي حنيفة فعلى هذا إذا تزوجها على عبد، أو أمة، أو فرس، أو بغل، أو حيوان من جنس معلوم، أو ثوب هروي أو مروي، وما أشبهه مما يذكر جنسه، فإنه يصح، ولها الوسط. وكذلك قفيز حنطة، وعشرة." (١)

"إحداهما، لها المتعة إذا طلقها قبل الدخول، لأن ارتفاع العقد يوجب رفع ما أوجبه من العوض كالبيع، لكن تركناه في نصف المسمى لتراضيهما عليه، فكان ما تراضيا عليه أولى ففي مهر المثل يبقى على الأصل في أنه يرتفع وتجب المتعة.

والثانية، أن لها نصف مهر المثل؛ لأن ما أوجبه عقد النكاح يتنصف بالطلاق قبل الدخول، ومهر المثل قد أوجبه العقد، فيتنصف به كالمسمى. والخرقي فرق بينهما، فأوجب في التسمية الفاسدة نصف مهر المثل، وفي المفوضة المتعة. وهو مذهب الشافعي؛ لأن المفوضة رضيت بلا عوض، وعاد إليها بضعها سليما، وإيجاب نصف المهر لها لا وجه له؛ لأن الله تعالى أوجب لها المتعة، ففي إيجاب نصف المهر جمع بينهما أو إسقاط للمتعة المنصوص عليها، وكلاهما فاسد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٢٠

وأما التي اشترطت لنفسها مهرا، فلم ترض إلا بعوض، ولم يحصل لها العوض الذي اشترطته، فوجب لها بدل ما فات عليها من العوض، وهو مهر المثل، أو نصفه إن كان قبل الدخول، ولأن الأصل وجوب مهر المثل، لأنه وجب بالعقد، بدليل أنه يستقر بالدخول والموت، وإنما خولف هذا في المفوضة بالنص الوارد فيها، ففيما عداها يبقى على الأصل.

[مسألة إذا سمى لها تسمية فاسدة وجب مهر المثل]

(٥٥٧٩) المسألة الثالثة: أنه إذا سمى لها تسمية فاسدة، وجب مهر المثل بالغا ما بلغ، وبه قال الشافعي، وزفر. وقال أبو حنيفة، وصاحباه: يجب الأقل من المسمى أو مهر المثل؛ لأن البضع لا يقوم إلا بالعقد، فإذا رضيت بأقل من مهر مثلها، لم يقوم بأكثر مما رضيت به؛ لأنها رضيت بإسقاط الزيادة. **ولنا** أن ما يضمن بالعقد الفاسد، اعتبرت قيمته بالغا ما بلغ، كالمبيع.

وما ذكروه فغير مسلم، ثم لا يصح عندهم، فإنه لو وطئها وجب مهر المثل، ولو لم يكن له قيمة لم يجب.

فإن قيل: إنما وجب لحق الله تعالى. قيل: لو كان كذلك لوجب أقل المهر، ولم يجب مهر المثل.

[مسألة تزوجها على ألف له، وألف لأبيها]

(٥٥٨٠) مسألة قال وإذا تزوجها على ألف لها، وألف لأبيها، كان ذلك جائزا، فإن طلقها قبل الدخول، رجع عليها بنصف الألفين، ولم يكن على الأب شيء أخذه. وجملة الأمر أنه يجوز لأبي المرأة أن يشترط شيئا من صداق ابنته لنفسه. وبهذا قال إسحاق. وقد روي عن مسروق، أنه لما زوج ابنته، اشترط لنفسه عشرة آلاف، فجعلها في الحج والمساكين، ثم قال للزوج: جهز امرأتك.

وروي نحو ذلك عن علي بن الحسين، وقال عطاء، وطاوس، وعكرمة،." (١)

"نصف الصداق المسمى فيه. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لها جميعه؛ لأن حكم الوطء موجود فيه، بدليل أنها لو أتت بولد لزمه. **ولنا** قول الله سبحانه ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] ولأنه طلاق من نكاح لم يمسها فيه، فوجب أن يتنصف به المهر، كما لو تزوجها بعد العدة، وما ذكره غير صحيح، فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده، ولا يقوم مقامه. فأما إن كان لم يدخل بها في النكاح الأول أيضا، فعليه نصف الصداق الأول،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٤/٧

ونصف الصداق الثاني. بغير خلاف.

الحكم الثالث، أن الصداق إذا زاد بعد العقد، لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة، كعبد يكبر أو يتعلم صناعة أو يسمن، أو متميزة، كالولد والكسب والثمرة، فإن كانت متميزة أخذت الزيادة، ورجع بنصف الأصل، وإن كانت غير متميزة، فالخيرة إليها، إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد؛ لأن الزيادة لها لا يلزمها بذلها ولا يمكنها دفع الأصل بدونها، فصرنا إلى نصف القيمة، وإن شاءت دفعت إليه نصفا زائدا، فيلزمه قبوله؛ لأنها دفعت إليه حقه وزيادة لا تضر ولا تتميز، فإن كان محجورا عليها، لم يكن لها الرجوع إلا في نصف القيمة لأن الزيادة لها، ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها.

وإن نقص الصداق بعد العقد، فهو من ضمانها، ولا يخلو أيضا من أن يكون النقص متميزا أو غير متميز، فإن كان متميزا، كعبدين تلف أحدهما، فإنه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف، أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمثال، وإن لم يكن متميزا، كعبد كان شابا فصار شيخا، فنقصت قيمته، أو نسي ما كان يحسن من صناعة أو كتابة، أو هزل، فالخيار إلى الزوج، إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها؛ لأن ضمان النقص عليها، فلا يلزمه أخذ نصفه؛ لأنه دون حقه، وإن شاء رجع بنصفه ناقصا، فتجبر المرأة على ذلك، لأنه رضي أن يأخذ حقه ناقصا، وإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا، لم يكن له هذا في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر الفقهاء. وقال القاضي: القياس أن له ذلك، كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش.

وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة، والشافعي وقال محمد بن الحسن: الزيادة غير المتميزة تابعة للعين، فله الرجوع فيها؛ لأنها تتبع في الفسوخ، فأشبهت زيادة السوق. **ولنا** أنها زيادة حدثت في ملكها، فلم تنصف بالطلاق، كالمتميزة، وأما زيادة السوق فليست ملكه، وفارق نماء المبيع، لأن سبب الفسخ العيب، وهو سابق على الزيادة، وسبب تنصيف المهر الطلاق، وهو حادث بعدها، ولأن الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين، ولهذا لو وجدها ناقصة، كان له." (١)

"وما عداه لا يحتاج إلى قبض، ولها التصرف فيه قبل قبضه. وقال القاضي: ما كان متعينا فلها التصرف فيه، وما لم يكن متعينا، كالقفيز من صبرة، والرطل من زيت من دن، لا تملك التصرف فيه حتى تقبضه، كالمبيع، وقد ذكرنا في المبيع رواية أخرى، أنها لا تملك التصرف في شيء منه قبل قبضه. وهذا مذهب

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٢٨

الشافعي. وهذا أصل ذكر في البيع.
وذكر القاضي في موضع آخر أن ما لم ينتقض العقد بهلاكه، كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه؛ لأنه بذل لا ينفسخ السبب الذي ملك به بهلاكه، فجاز التصرف فيه قبل قبضه، كالوصية والميراث. وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها، وهو نوع تصرف فيه، وقياس المذهب أن ما جاز لها التصرف فيه، فهو من ضمانها إن تلف أو نقص، وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج. وإن منعها الزوج قبضه، أو لم يمكنها منه فهو من ضمانه على كل حال؛ لأن يده عادية فضمنه كالغاصب. وقد نقل مهنا، عن أحمد في رجل تزوج امرأة على هذا الغلام، ففقئت عينه، فقال: إن كانت قبضته، فهو لها، وإن لم تكن قبضته، فهو على الزوج. فظاهر هذا أنه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال وهو مذهب الشافعي.
وكل موضع قلنا: هو من ضمان الزوج قبل القبض. إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه، ويضمنه بمثله إن كان مثليا، وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي في القديم وقال في الجديد: يرجع إلى مهر المثل لأن تلف العوض يوجب الرجوع في المعوض، فإذا تعذر رده رجع إلى قيمته، كالمبيع، ومهر المثل هو القيمة، فوجب الرجوع إليه. **ولنا** أن كل عين يجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب استحقاقها، فالواجب بدلها، كالمغصوب والقرض والعارية، وفارق المبيع إذا تلف فإن البيع انفسخ، وزال سبب الاستحقاق.
إذا ثبت هذا، فإن التالف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال؛ أحدها، أن يتلف بفعلها، فيكون ذلك قبضا منها، ويسقط عن الزوج ضمانه. والثاني، تلف بفعل الزوج، فهو من ضمانه على كل حال، ويضمنه لها بما ذكرناه. والثالث، أتلفه أجنبي، فلها الخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه، وبين الرجوع على الزوج، ويرجع الزوج على المتلف. الرابع، تلف بفعل الله تعالى، فهو على ما ذكرناه من التفصيل في صدر المسألة.

[فصل طلق المرأة قبل الدخول]
(٥٥٨٩) فصل: إذا طلق المرأة قبل الدخول، وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود، لم يخل من ثلاثة أقسام:." (١)

---
(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٣١

"في نيته كأن قالت: قصدت الهبة. وقال: قصدت دفع الصداق. فالقول قول الزوج بلا يمين؛ لأنه أعلم بما نواه، ولا تطلع المرأة على نيته، وإن اختلفا في لفظه، فقالت: قد قلت خذي هذا هبة أو هدية. فأنكر ذلك، فالقول قوله مع يمينه؛ لأنها تدعي عقدا على ملكه، وهو ينكره، فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها، لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه، كأن أصدقها دراهم، فدفع إليها عوضا، ثم اختلفا، وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها، فللمرأة رد العرض، ومطالبته بصداقها.

قال أحمد في رواية الفضل بن زياد، في رجل تزوج امرأة على صداق ألف، فبعث إليها بقيمته متاعا وثيابا، ولم يخبرهم أنه من الصداق، فلما دخل سألته الصداق، فقال لها: قد بعثت إليك بهذا المتاع، واحتسبته من الصداق. فقالت المرأة: صداقي دراهم: ترد الثياب والمتاع، وترجع عليه بصداقها. فهذه الرواية إذا لم يخبرهم أنه صداق، فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق، وادعت هي أنه قال: هو هبة. فينبغي أن يحلف كل واحد منهما، ويتراجعان بما لكل واحد منهما.

وحكي عن مالك، أنه قال إن كان مما جرت العادة بهديته، كالثوب والخاتم، فالقول قولها؛ لأن الظاهر معها، وإلا فالقول قوله. **ولنا** أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه إلى يدها، فكان القول قول المالك، كما لو قال: أودعتك هذه العين. قالت: بل وهبتها.

[فصل مات الزوجان واختلف ورثتهما]

(٥٥٩٦) فصل: إذا مات الزوجان، واختلف ورثتهما، قام ورثة كل إنسان مقامه، إلا أن من يحلف منهم على الإثبات يحلف على البت، ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم؛ لأنه يحلف على نفي فعل الغير. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة إن مات أحد الزوجين فكذلك، وإن مات الزوجان، فادعى ورثة المرأة التسمية، وأنكرها ورثة الزوج جملة، لم يحكم عليهم بشيء. قال أصحابه: إنما قال ذلك إذا تقادم العهد؛ لأنه تعذر الرجوع إلى مهر المثل، لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات. وقال محمد بن الحسن: يقضى بمهر المثل.

وقال زفر: بعشرة دراهم؛ لأنه أقل الصداق. **ولنا** أن ما اختلف فيه المتعاقدان، قام ورثتهما مقامهما، كالمتبايعين. وما ذكروه ليس بصحيح؛ لأنه لا يسقط الحق لتقادم العهد، ولا يتعذر الرجوع في ذلك، كقيم سائر المتلفات.

[فصل اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة]

(٥٥٩٧) فصل: وإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة، قام الأب مقام الزوجة في اليمين؛ لأنه يحلف على فعل." (١)

"كلام الخرقي لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق، لكنه مجهول، فسقط لجهالته، ووجب مهر المثل. والتفويض الصحيح، أن تأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها في تزويجها بغير مهر، أو بتفويض قدره، أو يزوجها أبوها كذلك. فأما إن زوجها غير أبيها، ولم يذكر مهرا، بغير إذنها في ذلك، فإنه يجب مهر المثل. وقال الشافعي لا يكون التفويض إلا في الصورة الأولى. وقد سبق الكلام معه في أن للأب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها، فكذلك يجوز تفويضه. فإذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول، فليس لها إلا المتعة.

نص عليه أحمد، في رواية جماعة، وهو قول ابن عمر، وابن عباس، والحسن، وعطاء، وجابر بن زيد، والشعبي، والزهري، والنخعي، والثوري والشافعي، وإسحاق، وأبي عبيد، وأصحاب الرأي. وعن أحمد، رواية أخرى، أن الواجب لها نصف مهر مثلها؛ لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول، فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول، كما لو سمى محرما. وقال مالك، والليث، وابن أبي ليلى: المتعة مستحبة غير واجبة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿حقا على المحسنين﴾ [البقرة: ٢٣٦] فخصهم بها فيدل أنها على سبيل الإحسان والتفضل، والإحسان ليس بواجب، ولأنها لو كانت واجبة لم تختص المحسنين دون غيرهم.

ولنا، قوله تعالى: ﴿ومتعوهن﴾ [البقرة: ٢٣٦] . أمر، والأمر يقتضي الوجوب. وقال تعالى: ﴿وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين﴾ [البقرة: ٢٤١] . وقال تعالى: ﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن﴾ [الأحزاب: ٤٩] . ولأنه طلاق في نكاح يقتضي عوضا، فلم يعر عن العوض، كما لو سمى مهرا. وأداء الواجب من الإحسان، فلا تعارض بينهما.

[فصل فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبل الدخول]

(٥٦٠٠) فصل: فإن فرض لها بعد العقد، ثم طلقها قبل الدخول، فلها نصف ما فرض لها، ولا متعة. وهذا قول ابن عمر، وعطاء، والشعبي، والنخعي، والشافعي، وأبي عبيد وعن أحمد أن لها المتعة، يسقط المهر. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه نكاح عري عن تسميته، فوجبت به المتعة، كما لو لم يفرض لها. **ولنا** قوله تعالى:

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٣٦

﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] . ولأنه مفروض يستقر بالدخول، فتنصف بالطلاق قبله كالمسمى في العقد.." (١)

"فإن كان سمى صداقا، فلا أوجبها عليه، وأستحب أن يمتع وإن سمى لها صداقا. وإنما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها، ودلالتها على إيجابها.

وقول علي - رضي الله عنه - ومن سمينا من الأئمة بها، فلما امتنع الوجوب لدلالة الآيتين المذكورتين على نفي الوجوب، ودلالة المعنى المذكور عليه، تعين حمل الأدلة الدالة عليها على الاستحباب، أو على أنه أريد به الخصوص. وأما المتوفى عنها، فلا متعة لها بالإجماع؛ لأن النص العام لم يتناولها، وإنما تناول المطلقات، ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعاوضة، فلم يجب لها به سواه، كما في سائر العقود.

[فصل المتعة تجب على كل زوج]

(٥٦٠٣) فصل: والمتعة تجب على كل زوج، لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول، وسواء في ذلك الحر والعبد، والمسلم والذمي، والحرة والأمة، والمسلمة والذمية. وحكي عن أبي حنيفة: لا متعة للذمية. وقال الأوزاعي: إن كان الزوجان أو أحدهم، رقيقا، فلا متعة. **ولنا** عموم النص ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمي، فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى، ولأن ما يجب من العوض يستوي فيه المسلم والكافر، والحر والعبد، كالمهر.

[فصل في المفوضة المهر]

(٥٦٠٤) فصل: فأما المفوضة المهر، وهي التي يتزوجها على ما شاء أحدهما، أو التي زوجها غير أبيها بغير صداق بغير إذنها، أو التي مهرها فاسد، فإنه يجب لها مهر المثل، ويتنصف بالطلاق قبل الدخول، ولا متعة لها. هذا ظاهر كلام الخرقي وقد صرح به في التي مهرها فاسد. وهو مذهب الشافعي وعن أحمد، أن لها المتعة دون نصف المهر، كالمفوضة البضع.

وهو مذهب أبي حنيفة لأنه خلا عقدها من تسمية صحيحة، فأشبهت التي لم يسم لها شيء. **ولنا**، أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق، فوجب أن يتنصف، كما لو سماه. أو نقول: لم ترض بغير صداق، فلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٣٩

تجب المتعة، كالمسمى لها. وتفارق التي رضيت بغير عوض؛ فإنها رضيته بغير صداق، وعاد بضعها سليما، فعوضت المتعة، بخلاف مسألتنا.

[فصل كل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة]

(٥٦٠٥) فصل: وكل فرقة يتنصف بها المسمى، توجب المتعة، إذا كانت مفوضة، وما يسقط به المسمى من الفرق،." (١)

"وذكر القاضي في " المجرد " رواية ثالثة: أنها مقدرة بما يصادف نصف مهر المثل؛ لأنها بدل عنه. فيجب أن تتقدر به. وهذه الرواية تضعف لوجهين؛ أحدهما، أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج، وتقديرها بنصف مهر المثل يوجب اعتبارها بحال المرأة؛ لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها. الثاني، أنا لو قدرناها بنصف المهر لكانت نصف المهر، إذ ليس المهر معينا في شيء ولا المتعة. ووجه قول الخرقي قول ابن عباس: أعلى المتعة الخادم، ثم دون ذلك الكسوة. رواه أبو حفص بإسناده. وقدرها بكسوة تجوز لها الصلاة فيها؛ لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك، كالكسوة في الكفارة، والسترة في الصلاة. وروى كنيف السلمي، أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية، فحممها بجارية سوداء. يعني متعها. قال إبراهيم النخعي: العرب تسمي المتعة التحميم. وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها، فإن سمح لها بزيادة على الخادم، أو رضيت بأقل من الكسوة، جاز؛ لأن الحق لهما، لا يخرج عنهما، وهو مما يجوز بذله، فجاز ما اتفقا عليه، كالصداق. وقد روي عن الحسن بن علي - رضي الله عنهما -، أنه متع امرأة بعشرة آلاف درهم، فقالت: متاع قليل من حبيب مفارق.

[مسألة طالبته قبل الدخول أن يفرض لها]

(٥٦٠٨) مسألة؛ قال: (ولو طالبته قبل الدخول أن يفرض لها، أجبر على ذلك. فإن فرض لها مهر مثلها لم يكن لها غيره، وكذلك إن فرض لها أقل منه فرضيته) وجملة ذلك أن المفوضة لها المطالبة بفرض المهر؛ لأن النكاح لا يخلو من المهر فوجبت لها المطالبة ببيان قدره. وبهذا قال الشافعي. ولا نعلم فيه مخالفا. فإن اتفق الزوجان على فرضه، جاز ما فرضاه، قليلا كان أو كثيرا، سواء كانا عالمين بمهر المثل أو غير عالمين به.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤١/٧

وقال الشافعي في قول له: لا يصح الفرض بغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل؛ لأن ما يفرضه بدل عن مهر المثل، فيحتاج أن يكون المبدل معلوما. ولنا أنه إذا فرض لها كثيرا، فقد بذل من ماله فوق ما يلزمه، وإن رضيت باليسير، فقد رضيت بدون ما يجب لها، فلا تمنع من ذلك. وقولهم إنه بدل غير صحيح فإن البدل غير المبدل، والمفروض إن كان ناقصا فهو بعضه.

وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة، فلا يصح جعله بدلا، ولو." [1]

"درعك الحطمية؟ .» رواه أبو داود، والنسائي. ولنا حديث عقبة بن عامر، في الذي زوجه النبي - صلى الله عليه وسلم - ودخل بها ولم يعطها شيئا.

وروت عائشة، قالت: «أمرني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن أدخل امرأة على زوجها، قبل أن يعطيها شيئا.» رواه ابن ماجه. ولأنه عوض في عقد معاوضة، فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه، كالثمن في البيع، والأجرة في الإجارة. وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب، فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئا، موافقة للأخبار، ولعادة الناس فيما بينهم، ولتخرج المفوضة عن شبه الموهوبة، وليكون ذلك أقطع للخصومة. ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب، فلا يكون بين القولين فرق. والله أعلم.

[مسألة مات أحد الزوجين قبل الإصابة وقبل الفرض]

(٥٦١٢) مسألة؛ قال: (ولو مات أحدهما قبل الإصابة، وقبل الفرض، ورثه صاحبه، وكان لها مهر نسائها) أما الميراث فلا خلاف فيه؛ فإن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضا وعقد الزوجية هاهنا صحيح ثابت، فيورث به؛ لدخوله في عموم النص. وأما الصداق، فإنه يكمل لها مهر نسائها، في الصحيح من المذهب. وإليه ذهب ابن مسعود، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، وإسحاق. وروي عن علي، وابن عباس، وابن عمر، والزهري، وربيعة، ومالك، والأوزاعي: لا مهر لها؛ لأنها فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس، فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق.

وقال أبو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمية. وعن أحمد رواية أخرى، لا يكمل، ويتنصف وللشافعي قولان، كالروايتين. ولنا: ما روي «أن عبد الله بن مسعود - رضي الله عنه -. قضى لامرأة لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٣/٧

يفرض لها زوجها صداقا، ولم يدخل بها حتى مات، فقال: لها صداق نسائها، لا وكس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث. فقام معقل بن سنان الأشجعي، فقال: قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في بروع ابنة واشق مثل ما قضيت.» قال الترمذي: هذا حديث صحيح.

وهو نص في محل النزاع، ولأن الموت معنى يكمل به المسمى، فكمل به مهر المثل للمفوضة، كالدخول. وقياس الموت على الطلاق غير صحيح فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه، ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول، ولم تجب." (١)

"به وجهان؛ أحدهما يكمل به الصداق؛ لما روى الدارقطني، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «من كشف خمار امرأة، ونظر إليها، وجب الصداق، دخل بها، أو لم يدخل.» ولأنه مسيس، فيدخل في قوله تعالى: ﴿من قبل أن تمسوهن﴾ [البقرة: ٢٣٧] . ولأنه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق، كالوطء. والوجه الآخر: لا يكمل به الصداق وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأن قوله تعالى: ﴿تمسوهن﴾ [البقرة: ٢٣٦] إنما أريد به في الظاهر الجماع، ومقتضى قوله: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾ [البقرة: ٢٣٧] أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها، ولا تجب عليها العدة، ترك عمومه في من خلا بها، للإجماع الوارد عن الصحابة، فيبقى فيما عداه على مقتضى العموم.

[فصل دفع زوجته فأذهب عذرتها]

فصل: إذا دفع زوجته، فأذهب عذرتها، ثم طلقها قبل الدخول، فليس عليه إلا نصف صداقها، وقال أبو يوسف، ومحمد: عليه الصداق كاملا؛ لأنه أذهب عذرتها في نكاح صحيح، فكان عليه المهر كاملا، كما لو وطئها. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] وهذه مطلقة قبل المسيس، فأشبه ما لو لم يدفعها، ولأنه أتلف ما يستحق إتلافه بالعقد، فلم يضمنه لغيره، كما لو أتلف عذرة أمته.

ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا؛ لأن أحمد قال: إن فعل ذلك أجنبي، عليه الصداق. ففيما إذا فعله الزوج أولى، فإن ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقرير المهر. ونص أحمد في من أخذ امرأته، وقبض عليها، وفي من نظر إليها وهي عريانة: عليه الصداق كاملا. فهذا أولى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٦/٧

[فصل دفع امرأة أجنبية فأذهب عذرتها]

(٥٦٢٢) فصل: وإن دفع امرأة أجنبية، فأذهب عذرتها، أو فعل ذلك بأصبعه أو غيرها، فقال أحمد: لها صداق نسائها. وقال: إن تزوج امرأة عذراء، فدفعها هو وأخوه، فأذهبا عذرتها، ثم طلقها قبل الدخول، فعلى الزوج نصف الصداق، وعلى الأخ نصف العقر. وروي نحو ذلك عن علي، وابنه الحسن، وعبد الله بن معقل، وعبد الملك بن مروان وقال الشافعي: ليس عليه إلا أرش بكارتها؛ لأنه إتلاف جزء لم يرد الشرع بتقدير عوضه، فرجع في ديته إلى الحكومة، كسائر ما لم يقدر، ولأنه إذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج، ففي حق الأجنبي أولى.." [١]

"بعينه. وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والمزني وقال أبو حنيفة: لا يرجع بشيء؛ لأن النصف حصل في يده، فقد استعجل حقه. وقال الشافعي، في أحد أقواله كق**ولنا**. والثاني، له نصف النصف الباقي، ونصف قيمة الموهوب. والثالث، يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف. **ولنا**، أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه، فأشبه ما لم تهبه شيئا.

[فصل خالع امرأته بنصف صداقها قبل دخوله]

(٥٦٢٩) فصل: فإن خالع امرأته بنصف صداقها، قبل دخوله، بها صح وصار الصداق كله؛ له نصفه بالطلاق، ونصفه بالخلع. ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه؛ لأنه إذا خالعها بنصفه، مع علمه أن النصف يسقط عنه، صار مخالعا بنصف النصف الذي يبقى لها، فيصير له النصف بالطلاق، والربع بالخلع. وإن خالعها بمثل نصف الصداق في ذمتها، صح، وسقط جميع الصداق؛ نصفه بالطلاق بالمقاصة بما في ذمتها له من عوض الخلع. ولو قالت له: اخلعني بما تسلم لي من صداقي. ففعل، صح، وبرئ من جميع الصداق. وكذلك إن قالت: اخلعني على أن لا تبعة عليك في المهر. صح، وسقط جميعه عنه.

وإن خالعته بمثل جميع الصداق في ذمتها، صح، ويرجع عليها بنصفه؛ لأنه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه، ويسقط عنه النصف بالطلاق، يبقى لها عليها النصف. وإن خالعته بصداقها كله فكذلك، في أحد الوجهين. وفي الآخر، لا يرجع عليها بشيء لأنه لما خالعها به، مع علمه بسقوط نصفه بالطلاق، كان مخالعا لها بنصفه، ويسقط عنه بالطلاق نصفه، ولا يبقى لها شيء.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٥٢

[فصل أبرأت المفوضة من المهر]

(٥٦٣٠) فصل: وإذا أبرأت المفوضة من المهر، صح قبل الدخول وبعده، وسواء في ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر. وكذلك من سمي لها مهر فاسد كالخمر والمجهول؛ لأن المهر واجب في هذه المواضع، وإنما جهل قدره، والبراءة من المجهول صحيحة؛ لأنها إسقاط، فصحت في المجهول كالطلاق. وقال الشافعي: لا تصح البراءة في شيء من هذا؛ لأن المفوضة لم يجب لها مهر، فلا يصح الإبراء مما لم يجب، وغيرها مهرها مجهول، والبراءة من المجهول لا تصح، إلا أن تقول: أبرأتك من درهم إلى ألف. فيبرأ من مهرها إذا كان دون الألف.

وقد دللنا على وجوبه فيما مضى، فيصح الإبراء منه، كما لو قالت: أبرأتك من درهم إلى ألف. وإذا أبرأت المفوضة، ثم طلقت قبل الدخول، فإن قلنا: لا يرجع إلى المسمى لها. لم يرجع هاهنا، وإن قلنا: يرجع ثم. احتمل أن لا يرجع هاهنا؛ لأن المهر كله سقط بالطلاق، ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء.

ويحتمل أن يرجع؛." (١)

"جعلها جميعها للمرأة، لا تتنصف بطلاقها، إلا أن تكون غير مقبوضة، فإنها تسقط لكونها عدة غير لازمة، فإن كان القاضي أراد ذلك فهذا وجه، وإلا فلا.

[مسألة أصدقها غنما فتوالدت ثم طلقها قبل الدخول]

(٥٦٤٥) مسألة؛ قال: (وإذا أصدقها غنما فتوالدت، ثم طلقها قبل الدخول، كانت الأولاد لها، ورجع بنصف الأمهات، إلا أن تكون الولادة نقصتها، فيكون مخيرا بين أن يأخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها أو يأخذ نصفها ناقصة) قد ذكرنا أن المهر يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد، فإذا زاد فالزيادة لها، وإن نقص فعليها. وإذا كانت غنما فتوالدت، فالأولاد زيادة منفصلة، تنفرد بها دونه، لأنه نماء ملكها.

ويرجع في نصف الأمهات، إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة؛ لأنه نصف ما فرض لها، وقد قال الله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] وإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها، فله الخيار بين أخذ نصفها ناقصا؛ لأنه راض بدون حقه، وبين أخذ نصف قيمتها: وقت ما أصدقها؛ لأن ضمان النقص عليها، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لا يرجع في نصف الأصل وإنما يرجع في نصف القيمة؛ لأنه لا يجوز فسخ العقد في الأصل دون النماء؛ لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٧/٧

موجب العقد، فلم يجز رجوعه في الأصل بدونه.

ولنا، أن هذا نماء منفصل عن الصداق، فلم يمنع رجوع الزوج، كما لو انفصل قبل القبض، وما ذكروه فغير صحيح؛ لأن الطلاق ليس برفع للعقد، ولا النماء من موجبات العقد، إنما هو من موجبات الملك. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده، إلا أن يكون قد منعها قبضه. فيكون النقص من ضمانه، والزيادة لها، فتنفرد بالأولاد. وإن نقصت الأمهات، خيرت بين أخذ نصفها ناقصة، وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها إلى يوم طلقها. وإن أراد الزوج نصف قيمة الأمهات من المرأة، لم يكن له ذلك.

وقال أبو حنيفة: إذا ولدت في يد الزوج، ثم طلقها قبل الدخول، رجع في نصف الأولاد أيضا؛ لأن الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد، لأن حق التسليم تعلق بالأم، فسرى إلى الولد، كحق الاستيلاد، وما دخل في التسليم المستحق يتنصف بالطلاق، كالذي دخل في العقد. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] وما فرض ها هنا إلا الأمهات، فلا يتنصف سواها." (١)

"[فصل تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين]

فصل: إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين، صح ذكره أبو بكر؛ لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول، أو ضمان ما لم يجب، وكلاهما صحيح، ولا فرق بين كون الزوج موسرا أو معسرا. واختلف أصحاب الشافعي؛ فمنهم من قال ك**ولنا**، ومنهم من قال: لا يصح إلا ضمان نفقة المعسر؛ لأن غير المعسر يتغير حاله، فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط، فيكون ضمان مجهول، والمعسر معلوم ما عليه. ومنهم من قال: لا يصح أصلا، لأنه ضمان ما لم يجب. **ولنا** أن الحبل لا يمنع صحة الضمان، بدليل صحة ضمان نفقة المعسر، مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة، ومع ذلك صح الضمان، فكذلك هذا.

[فصل يجب المهر للمنكوحة نكاحا صحيحا والموطوءة في نكاح فاسد]

(٥٦٥٥) فصل: ويجب المهر للمنكوحة نكاحا صحيحا، والموطوءة في نكاح فاسد، والموطوءة بشبهة. بغير خلاف نعلمه. ويجب للمكرهة على الزنى. وعن أحمد، رواية أخرى: أنه لا مهر لها إن كانت ثيبا. واختاره أبو بكر. ولا يجب مع ذلك أرش البكارة. وذكر القاضي، أن أحمد قد قال في رواية أبي طالب،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٧/٧

في حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنى، وهي بكر: فعليه المهر، وأرش البكارة. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا مهر للمكرهة على الزنى.

ولنا «قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: فلها المهر بما استحل من فرجها» . وهذا حجة على أبي حنيفة؛ فإن المكره مستحل لفرجها، فإن الاستحلال الفعل في غير موضع الحل، كقوله - عليه السلام - : «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» . وهو حجة على من أوجب الأرش لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش، ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة، وفي العقد الفاسد كرها، فوجب بدله كإتلاف المال، وأكل طعام الغير.

ولنا، على أنه لا يجب الأرش، أنه وطء ضمن بالمهر، فلم يجب معه أرش، كسائر الوطء، يحققه أن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء، وبدل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد، وكونه تمحض عدوانا، ولأن الأرش يدخل في المهر، لكون الواجب لها مهر المثل، ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها، فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة، فلا يجب عوضها مرة ثانية.

يحققه أنه إذا أخذ أرش البكارة مرة، لم يجز أخذه مرة أخرى، فتصير كأنها معدومة، فلا يجب لها إلا مهر ثيب، ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر مثل البكر، فلا تجوز الزيادة عليه. والله أعلم.." (١)

"[فصل لا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه]

(٥٦٥٦) فصل: ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه. وهو اختيار أبي بكر. ومذهب النخعي، ومكحول، وأبي حنيفة، والشافعي. وعن أحمد، رواية أخرى، أن ذوات محارمه من النساء لا مهر لهن. وهو قول الشعبي؛ لأن تحريمهن تحريم أصل، فلا يستحق به مهر. كاللواط، وفارق من حرمت تحريم المصاهرة، فإن تحريمها طارئ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم في من حرمت بالرضاع؛ لأنه طارئ أيضا. وعن أحمد، رواية أخرى، أن من تحرم ابنتها لا مهر لها، كالأم والبنت والأخت، ومن تحل ابنتها، كالعمة والخالة، فلها المهر؛ لأن تحريمها أخف. **ولنا**، أن ما ضمن للأجنبي، ضمن للمناسب، كالمال ومهر الأمة، ولأنه أتلف منفعة بضعها بالوطء، فلزمه مهرها، كالأجنبية، ولأنه محل مضمون على غيره، فوجب عليه ضمانه، كالمال، وبهذا فارق اللواط؛ فإنه ليس بمضمون على أحد.

[فصل لا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٧١

(٥٦٥٧) فصل: ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ولا اللواط؛ لأن الشرع لم يرد ببدله، ولا هو إتلاف لشيء، فأشبه القبلة والوطء دون الفرج، ولا يجب للمطاوعة على الزنى، لأنها باذلة لما يجب بذله لها، فلم يجب لها شيء، كما لو أذنت له في قطع يدها فقطعها، إلا أن تكون أمة، فيكون المهر لسيدها، ولا يسقط ببذلها؛ لأن الحق لغيرها، فأشبه ما لو بذلت قطع يدها.

[فصل طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها]

(٥٦٥٨) فصل: ولو طلق امرأته قبل الدخول طلقة، وظن أنها لا تبين بها، فوطئها، لزمه مهر المثل، ونصف المسمى. وقال مالك: لا يلزمه إلا مهر واحد. ولنا أن المفروض يتنصف بطلاقه، بقوله سبحانه: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧] . ووطؤه بعد ذلك عري عن العقد، فوجب به مهر المثل، كما لو علم أو كغيرها، أو كما لو وطئها غيره.

[فصل ومن نكاحها باطل إذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لها]

(٥٦٥٩) فصل: ومن نكاحها باطل بالإجماع كالمزوجة، والمعتدة، إذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال، وتحريم الوطء، وهي مطاوعة عالمة، فلا مهر لها؛ لأنه زنى يوجب الحد، وهي مطاوعة عليه. وإن جهلت تحريم ذلك، أو كونها في العدة فالمهر لها؛ لأنه وطء شبهة. وقد روى أبو داود، بإسناده، «أن رجلا يقال له بصرة بن أكثم، نكح امرأة، فولدت لأربعة أشهر،." (١)

"فخرج بها حتى بلغ ثنية الصهباء، فبنى بها، ثم صنع حيسا في نطع صغير، ثم قال: ائذن لمن حولك. فكانت وليمة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - على صفية.» متفق عليهن.

ويستحب أن يولم بشاة، إن أمكنه ذلك؛ لقول «رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لعبد الرحمن: أولم ولو بشاة» . وقال أنس: «ما أولم النبي - صلى الله عليه وسلم - على شيء من نسائه ما أولم على زينب، أولم بشاة.» لفظ البخاري. فإن أولم بغير هذا جاز؛ فقد أولم النبي - صلى الله عليه وسلم - على صفية بحيس، وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير. رواه البخاري.

(٥٦٦٣) فصل: وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم. وقال بعض أصحاب الشافعي: هي واجبة؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٧٢

النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بها عبد الرحمن بن عوف، ولأن الإجابة إليها واجبة؛ فكانت واجبة.
ولنا، أنها طعام لسرور حادث؛ فأشبه سائر الأطعمة، والخبر محمول على الاستحباب؛ بدليل ما ذكرناه، وكونه أمر بشاة ولا خلاف في أنها لا تجب، وما ذكروه من المعنى لا أصل له، ثم هو باطل بالسلام، ليس بواجب وإجابة المسلم واجبة.

[مسألة وجوب الإجابة إلى الوليمة لمن دعي إليها]

مسألة قال: (وعلى من دعي أن يجيب) قال ابن عبد البر لا خلاف في وجوب الإجابة إلى الوليمة لمن دعي إليها، إذا لم يكن فيها لهو. وبه يقول مالك، والشافعي والعنبري، وأبو حنيفة وأصحابه. ومن أصحاب الشافعي من قال: هي من فروض الكفايات؛ لأن الإجابة إكرام وموالاة، فهي كرد السلام.
ولنا ما روى ابن عمر، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها» . وفي لفظ قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم إليها» . وقال أبو هريرة: شر الطعام طعام الوليمة؛ يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله. رواهن البخاري. وهذا عام، ومعنى قوله: شر الطعام طعام الوليمة – والله أعلم – أي." (١)
"بسم الله، ثم قبض يده، وقال: كلوا، فإني صائم.
وإن كان صوما تطوعا، استحب له الأكل؛ لأن له الخروج من الصوم، فإذا كان في الأكل إجابة أخيه المسلم، وإدخال السرور على قلبه، كان أولى. وقد روي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان في دعوة، ومعه جماعة، فاعتزل رجل من القوم ناحية، فقال: إني صائم، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: دعاكم أخوكم، وتكلف لكم، كل، ثم صم يوما مكانه إن شئت» وإن أحب إتمام الصيام جاز؛ لما روينا من الخبر المتقدم، ولكن يدعو لهم، ويترك، ويخبرهم بصيامه؛ ليعلموا عذره، فتزول عنه التهمة في ترك الأكل.
وقد روى أبو حفص، بإسناده عن عثمان بن عفان – رضي الله عنه – أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم، فقال: إني صائم، ولكني أحببت أن أجيب الداعي، فأدعو بالبركة. وعن عبد الله قال: إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم، فليقل: إني صائم. وإن كان مفطرا، فالأولى له الأكل؛ لأنه أبلغ في إكرام الداعي، وجبر قلبه. ولا يجب عليه ذلك. وقال أصحاب الشافعي: فيه وجه آخر، أنه يلزمه الأكل؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «وإن كان مفطرا فليطعم» .

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٧٦

ولأن المقصود منه الأكل، فكان واجبا. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا دعي أحدكم فليجب، فإن شاء أكل، وإن شاء ترك» . حديث صحيح. ولأنه لو وجب الأكل، لوجب على المتطوع بالصوم، فلما لم يلزمه الأكل، لم يلزمه إذا كان مفطرا. وقولهم: المقصود الأكل. قلنا: بل المقصود الإجابة، ولذلك وجبت على الصائم الذي لا يأكل.

[فصل إذا دعي إلى وليمة فيها معصية]

(٥٦٧١) فصل: إذا دعي إلى وليمة، فيها معصية، كالخمر، والزمر، والعود ونحوه، وأمكنه الإنكار، وإزالة المنكر، لزمه الحضور والإنكار؛ لأنه يؤدي فرضين؛ إجابة أخيه المسلم، وإزالة المنكر. وإن لم يقدر على الإنكار، لم يحضر. وإن لم يعلم بالمنكر حتى حضر، أزاله، فإن لم يقدر انصرف. ونحو هذا قال الشافعي. وقال مالك:." (١)

"أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو إسحاق الجوزجاني: عليها ذلك. واحتجا «بقصة علي وفاطمة؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت، وعلى علي ما كان خارجا من البيت من عمل» . رواه الجوزجاني من طرق. قال الجوزجاني: وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد، لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها، ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر، أو من جبل أحمر إلى جبل أسود، كان عليها أن تفعل» . ورواه بإسناده.
قال: فهذه طاعته فيما لا منفعة فيه، فكيف بمؤنة معاشه؟ «وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يأمر نساءه بخدمته. فقال: يا عائشة اسقينا، يا عائشة أطعمينا، يا عائشة هلمي الشفرة، واشحذيها بحجر» .
وقد روي «أن فاطمة أتت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - تشكو إليه ما تلقى من الرحى، وسألته خادما يكفيها ذلك.» **ولنا** - أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع، فلا يلزمها غيره، كسقي دوابه، وحصاد زرعه. فأما قسم النبي - صلى الله عليه وسلم - بين علي وفاطمة، فعلى ما تليق به الأخلاق المرضية، ومجرى العادة، لا على سبيل الإيجاب، كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر، أنها كانت تقوم بفرس الزبير، وتلتقط له النوى، وتحمله على رأسها. ولم يكن ذلك واجبا عليها، ولهذا لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت، ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة، ولكن الأولى لها فعل ما جرت العادة بقيامها به؛ لأنه العادة، ولا تصلح الحال إلا به، ولا تنتظم المعيشة بدونه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٩/٧

[فصل وطء الزوجة في الدبر]

(٥٦٩٧) فصل: ولا يحل وطء الزوجة في الدبر، في قول أكثر أهل العلم؛ منهم علي، وعبد الله، وأبو الدرداء، وابن عباس، وعبد الله بن عمرو، وأبو هريرة. وبه قال سعيد بن المسيب، وأبو بكر بن عبد الرحمن، ومجاهد، وعكرمة، والشافعي، وأصحاب الرأي، وابن المنذر. ورويت إباحته عن ابن عمر، وزيد بن أسلم، ونافع، ومالك. وروي عن مالك أنه قال: ما أدركت أحدا أقتدي به في ديني في أنه حلال.." (١)

"وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك واحتج من أحله، بقول الله تعالى: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ [البقرة: ٢٢٣] . وقوله سبحانه: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ [المؤمنون: ٥] ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون: ٦] . **ولنا** ما روي أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن الله لا يستحيي من الحق، لا تأتوا النساء من أعجازهن.» وعن أبي هريرة، وابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأة في دبرها» . رواهما ابن ماجه.

وعن ابن مسعود، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «محاش النساء حرام عليكم» . وعن أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من أتى حائضا أو امرأة في دبرها، أو كاهنا فصدقه بما يقول، فقد كفر بما أنزل على محمد» . رواهن كلهن الأثرم. فأما الآية، فروى جابر قال: كان اليهود يقولون: إذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها، جاء الولد أحول. فأنزل الله ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ [البقرة: ٢٢٣] . من بين يديها، ومن خلفها، غير أن لا يأتيها إلا في المأتى. متفق عليه.

وفي رواية: «ائتها مقبلة ومدبرة، إذا كان ذلك في الفرج» . والآية الأخرى المراد بها ذلك.

[فصل وطئ زوجته في دبرها]

(٥٦٩٨) فصل: فإن وطئ زوجته في دبرها، فلا حد عليه؛ لأن له في ذلك شبهة، ويعزر لفعله المحرم، وعليها الغسل؛ لأنه إيلاج فرج في فرج، وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات، وتقرير المهر، ووجوب العدة. وإن كان الوطء لأجنبية، وجب حد اللوطي، ولا مهر عليه؛ لأنه لم يفوت منفعة لها عوض في الشرع. ولا يحصل بوطء زوجته في الدبر إحصان، إنما يحصل بالوطء الكامل، وليس هذا بوطء كامل،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٢٩٦

والإحلال للزوج الأول؛ لأن المرأة لا تذوق به عسيلة الرجل. ولا تحصل به الفينة، ولا الخروج من العنة؛ لأن الوطء فيهما لحق المرأة، وحقها الوطء في القبل. ولا يزول به الاكتفاء بصمتها في الإذن بالنكاح؛ لأن بكارة الأصل باقية.

(٥٦٩٩) فصل: ولا بأس بالتلذذ بها بين الأليتين من غير إيلاج؛ لأن السنة إنما وردت بتحريم الدبر، فهو مخصوص بذلك، ولأنه حرم لأجل الأذى، وذلك مخصوص بالدبر، فاختص التحريم به.." (١)

"وقال القاضي، في " المجرد " لا يجب قسم الابتداء، إلا أن يترك الوطء مصرا، فإن تركه غير مصر لم يلزمه قسم، ولا وطء؛ لأن أحمد قال: إذا وصل الرجل إلى امرأته مرة، بطل أن يكون عنينا. أي لا يؤجل. وقال الشافعي: لا يجب قسم الابتداء بحال؛ لأن القسم لحقه، فلم يجب عليه. ولنا قول «النبي - صلى الله عليه وسلم - لعبد الله بن عمرو بن العاص: يا عبد الله، ألم أخبر أنك تصوم النهار، وتقوم الليل؟ قلت: بلى يا رسول الله. قال: فلا تفعل، صم، وأفطر، وقم ونم؛ فإن لجسدك عليك حقا، وإن لعينك عليك حقا، وإن لزوجك عليك حقا» . متفق عليه. فأخبر أن للمرأة عليه حقا.

وقد اشتهرت قصة كعب بن سور، ورواها عمر بن شبة في كتاب " قضاة البصرة " من وجوه؛ إحداهن عن الشعبي، أن كعب بن سور كان جالسا عند عمر بن الخطاب، فجاءت امرأة، فقالت: يا أمير المؤمنين، ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي، والله إنه ليبيت ليله قائما. ويظل نهاره صائما. فاستغفر لها، وأثنى عليها. واستحيت المرأة، وقامت راجعة، فقال كعب: يا أمير المؤمنين، هلا أعديت المرأة على زوجها؟ فقال: وما ذاك؟ فقال إنها جاءت تشكوه، إذا كانت حاله هذه في العبادة، متى يتفرغ لها؟ فبعث عمر إلى زوجها، فجاء، فقال لكعب: اقض بينهما، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم. قال: فإني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة، هي رابعتهن، فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن، ولها يوم وليلة. فقال عمر: والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر، اذهب فأنت قاض على أهل البصرة وفي رواية، فقال عمر: نعم القاضي أنت.

وهذه قضية انتشرت فلم تنكر، فكانت إجماعا. ولأنه لو لم يكن حقا، لم تستحق فسخ النكاح لتعذره بالجب والعنة، وامتناعه بالإيلاء. ولأنه لو لم يكن حقا للمرأة، لملك الزوج تخصيص إحدى زوجتيه به، كالزيادة في النفقة على قدر الواجب. إذا ثبت هذا، فقال أصحابنا: حق المرأة ليلة من كل أربع، وللأمة ليلة من كل سبع؛ لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر، ولها السابعة، والذي يقوى عندي، أن لها

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٩٧/٧

ليلة من ثمان، لتكون على النصف مما للحرة، فإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان، ليس لها أكثر من ذلك، فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف، ولم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة، ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمه، فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن، فقسم بينهن سبعا، فماذا يصنع في الليلة الثامنة؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند." (١)

"حرة، فقد زادها على ما يجب لها، وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرة، ولا سبيل إليه، وعلى ما اخترن تكون هذه الليلة الثامنة له، إن أحب انفرد فيها، وإن أحب بات عند الأولى مستأنفا للقسم.

وإن كان عنده حرة وأمة، قسم لهن ليال من ثمان، وله الانفراد في خمس. وإن كان تحته حرتان وأمة، فلهن خمس وله ثلاث. وإن كان حرتان وأمتان، فلهن ست وله اثنتان. وإن كانت أمة واحدة، فلها ليلة وله سبع، وعلى قولهم لها ليلة وله ست.

[فصل الوطء واجب على الرجل]

(٥٧١٠) فصل والوطء واجب على الرجل، إذا لم يكن له عذر. وبه قال مالك. وعلى قول القاضي: لا يجب إلا أن يتركه للإضرار. وقال الشافعي لا يجب عليه؛ لأنه حق له فلا يجب عليه، كسائر حقوقه. **ولنا**، ما تقدم في الفصل الذي قبله، وفي بعض روايات حديث كعب أنه حين قضى بين الرجل وامرأته، قال:

إن لها عليك حقا يا بعل ... تصيبها في أربع لمن عدل

فأعطها ذاك ودع عنك العلل

، فاستحسن عمر قضاءه، ورضيه.

ولأنه حق واجب بالاتفاق، وإذا حلف على تركه، فيجب قبل أن يحلف، كسائر الحقوق الواجبة، يحقق هذا أنه لو لم يكن واجبا، لم يصر باليمين على تركه واجبا، كسائر ما لا يجب، ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين، ودفع الضرر عنهما، وهو مفض إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل، فيجب تعليله بذلك، ويكون النكاح حقا لهما جميعا، ولأنه لو لم يكن لها فيه حق، لما وجب استئذانها في العزل، كالأمة.

إذا ثبت وجوبه، فهو مقدر بأربعة أشهر. نص عليه أحمد ووجهه إن الله تعالى قدره بأربعة أشهر في حق المولي، فكذلك في حق غيره؛ لأن اليمين لا توجب ما حلف على تركه، فيدل على أنه واجب بدونها. فإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٠٣

أصر على ترك الوطء، وطالبت المرأة، فقد روى ابن منصور، عن أحمد في رجل تزوج امرأة، ولم يدخل بها، يقول: غدا أدخل بها، إلى شهر، هل يجبر على الدخول؟ فقال: أذهب إلى أربعة أشهر، إن دخل بها، وإلا فرق بينهما. فجعله أحمد كالمولي.

وقال أبو بكر بن جعفر: لم يرو مسألة ابن منصور غيره، وفيها نظر، وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك، وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأنه لو ضرب له المدة لذلك، وفرق بينهم، لم يكن للإيلاء أثر، ولا خلاف في اعتباره.

[فصل كم يغيب الرجل عن زوجته]

(٥٧١١) فصل: وإن سافر عن امرأته لعذر وحاجة، سقط حقها من القسم والوطء، وإن طال سفره، ولذلك لا يصح." (١)

"أحدهما، يجوز؛ لحديث عائشة. والثاني، لا يجوز؛ لأنه يحصل لها به السكن، فأشبه الجماع. فإن أطال المقام عندها، قضاه. وإن جامعها في الزمن اليسير، ففيه وجهان على ما ذكرنا. ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا، إلا أنهم قالوا: لا يقضي إذا جامع في النهار. **ولنا**، أنه زمن يقضيه إذا طال المقام، فيقضيه إذا جامع فيه، كالليل.

(٥٧١٨) فصل: والأولى أن يكون لكل واحدة منهن مسكن يأتيها فيه؛ لأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يقسم هكذا، ولأنه أصون لهن وأستر، حتى لا يخرجن من بيوتهن. وإن اتخذ لنفسه منزلا يستدعي إليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها، كان له ذلك؛ لأن للرجل نقل زوجته حيث شاء، ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم؛ لنشوزها. وإن اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن، ويستدعي البعض، كان له ذلك؛ لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء.

وإن حبس الزوج، فأحب القسم بين نسائه، بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها، فعليهن طاعته، إن كان ذلك سكنى مثلهن، وإن لم يكن، لم تلزمهن إجابته؛ لأن عليهن في ذلك ضررا. وإن أطعنه، لم يكن له أن يترك العدل بينهن، ولا استدعاء بعضهن دون بعض، كما في غير الحبس.

[مسألة وطئ زوجته ولم يطأ الأخرى]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٤/٧

(٥٧١٩) مسألة قال: (ولو وطئ زوجته، ولم يطأ الأخرى، فليس بعاص) لا نعلم خلافا بين أهل العلم، في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع، وهو مذهب مالك والشافعي وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل، ولا سبيل إلى التسوية بينهن في ذلك، فإن قلبه قد يميل إلى إحداهما دون الأخرى، قال الله تعالى: ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾ [النساء: ١٢٩] قال عبيدة السلماني في الحب والجماع.

وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع، كان أحسن وأولى؛ فإنه أبلغ في العدل، «وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يقسم بينهن فيعدل، ثم يقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما لا أملك.» وروي أنه كان يسوي بينهن حتى في القبل. ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع فيما دون الفرج؛ من القبل، واللمس، ونحوهما؛ لأنه إذا لم تجب التسوية في الجماع، ففي دواعيه أولى.

[مسألة يقسم لزوجته الأمة ليلة وللحرة ليلتين]

(٥٧٢٠) مسألة؛ قال: (ويقسم لزوجته الأمة ليلة، وللحرة ليلتين، وإن كانت كتابية)." (١)

"[فصل الحق في القسم للأمة دون سيدها]

(٥٧٢٣) فصل: والحق في القسم للأمة دون سيدها، فلها أن تهب ليلتها لزوجها، ولبعض ضرائرها، كالحرة، وليس لسيدها الاعتراض عليها، ولا أن يهبه دونها؛ لأن الإيواء والسكن حق لها دون سيدها، فملكت إسقاطه. وذكر القاضي، أن قياس قول أحمد إنه يستأذن سيد الأمة في العزل عنها. أن لا تجوز هبتها لحقها من القسم إلا بإذنه. ولا يصح هذا؛ لأن الوطء لا يتناوله القسم، فلم يكن للولي فيه حق، ولأن المطالبة بالفيئة للأمة دون سيدها، وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها، فلا وجه لإثبات الحق له هاهنا.

[فصل لا قسم على الرجل في ملك يمينه]

(٥٧٢٤) فصل: ولا قسم على الرجل في ملك يمينه، فمن كان له نساء وإماء، فله الدخول على الإماء كيف شاء، والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء، وإن شاء أقل، وإن شاء أكثر، وإن شاء ساوى بين الإماء، وإن شاء فضل، وإن شاء استمتع من بعضهن دون بعض؛ بدليل قول الله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٨/٧

فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣] وقد «كان للنبي - صلى الله عليه وسلم - مارية القبطية، وريحانة، فلم يكن يقسم لهما.» ولأن الأمة لا حق لها في الاستمتاع، ولذلك لا يثبت، لها الخيار بكون السيد مجبوبا أو عنينا، ولا تضرب لها مدة الإيلاء، لكن إن احتاجت إلى النكاح، فعليه إعفافها، إما بوطئها، أو تزويجها، أو بيعها.

[فصل يقسم بين نسائه ليلة ليلة]

(٥٧٢٥) فصل ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فإن أحب الزيادة على ذلك لم يجز إلا برضاهن. وقال القاضي: له أن يقسم ليلتين ليلتين، وثلاثا ثلاثا. ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن. والأولى مع هذا ليلة وليلة؛ لأنه أقرب لعهدهن به، وتجوز الثلاث لأنها في حد القلة، فهي كالليلة، وهذا مذهب الشافعي **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - إنما قسم ليلة وليلة، ولأن التسوية واجبة، وإنما جوز بالبداية بواحدة، لتعذر الجمع، فإذا بات عند واحدة ليلة، تعينت الليلة الثانية حقا للأخرى، فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها، ولأنه تأخير لحقوق بعضهن، فلم يجز بغير رضاهن، كالزيادة على الثلاث، ولأنه إذا كان له أربع نسوة، فجعل لكل واحدة ثلاثا، حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال، وذلك كثير، فلم يجز، كما لو كان له امرأتان، فأراد أن يجعل لكل واحدة تسعا، ولأن للتأخير آفات، فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضى المستحق." (١)

"سوى بينهن كما يسوي بينهن في الحضر، ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه. وهذا معنى قول الخرقي " فإذا قدم ابتدأ القسم بينهن ". وهذا قول أكثر أهل العلم.

وحكي عن داود أنه يقضي؛ لقول الله تعالى: ﴿فلا تميلوا كل الميل﴾ [النساء: ١٢٩] **ولنا**، أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها، ولأن هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل لها من السكن، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر، فلو قضي للحاضرات، لكان قد مال على المسافرة كل الميل، لكن إن سافر بإحداهن بغير قرعة، أثم، وقضى للبواقي بعد سفره. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة، ومالك: لا يقضي؛ لأن قسم الحضر ليس بمثل لقسم السفر، فيتعذر القضاء. **ولنا**، أنه خص بعضهن بمدة، على وجه تلحقه التهمة فيه، فلزمه القضاء، كما لو كان حاضرا. إذا ثبت هذا، فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة، وإنما يقضي منها ما أقام منها معها بمبيت ونحوه، فأما زمان السير، فلم يحصل لها منه

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣١٠

إلا التعب والمشقة فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتا عندها، واستمتاعا بها، لمال كل الميل.

[فصل إذا خرجت القرعة لإحداهن لم يجب عليه السفر بها]

(٥٧٣٢) فصل: إذا خرجت القرعة لإحداهن، لم يجب عليه السفر بها، وله تركها والسفر وحده؛ لأن القرعة لا توجب، وإنما تعين من تستحق التقديم. وإن أراد السفر بغيرها، لم يجز؛ لأنها تعينت بالقرعة، فلم يجز العدول عنها إلى غيرها. وإن وهبت حقها من ذلك لغيرها، جاز إذا رضي الزوج؛ لأن الحق لها، فصحت هبتها له، كما لو وهبت ليلتها في الحضر. ولا يجوز بغير رضى الزوج؛ لما ذكرنا في هبة الليلة في الحضر.

وإن وهبته للزوج، أو للجميع، جاز. وإن امتنعت من السفر معه، سقط حقها إذا رضي الزوج، وإن أبى، فله إكراهها على السفر معه؛ لما ذكرنا. وإن رضي بذلك، أستأنف القرعة بين البواقي. وإن رضي الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة، جاز؛ لأن الحق لهن، إلا أن لا يرضى الزوج، ويريد غير من اتفقن عليها، فيصار إلى القرعة. ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير؛ لعموم الخبر والمعنى. وذكر القاضي احتمالا ثانيا، أنه يقضي للبواقي في السفر القصير؛ لأنه في حكم الإقامة، وهو وجه لأصحاب الشافعي.

ولنا، أنه سافر بها بقرعة، فلم يقض كالطويل، ولو كان في حكم الإقامة لم يجز المسافرة بإحداهن." [1]

"ولا خلق، إلا أني أخاف الكفر. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. فردتها عليه، وأمره ففارقها» .

وفي رواية، فقال له: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة» وبهذا قال جميع الفقهاء بالحجاز والشام. قال ابن عبد البر ولا نعلم أحدا خالفه، إلا بكر بن عبد الله المزني؛ فإنه لم يجزه، وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه: ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج﴾ [النساء: ٢٠] . الآية وروي عن ابن سيرين وأبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا؛ لقول الله تعالى: ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [النساء: ١٩] .

ولنا الآية التي تلوناها، والخبر، وأنه قول عمر وعثمان وعلي وغيرهم من الصحابة، لم نعرف لهم في عصرهم مخالفا، فيكون إجماعا، ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع، وأن الآية الناسخة متأخرة، ولم

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣١٤

يثبت شيء من ذلك. إذا ثبت هذا، فإن هذا يسمى خلعا؛ لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها. قال الله تعالى: ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ [البقرة: ١٨٧] ويسمى افتداء؛ لأنها تفتدي نفسها بمال تبذله. قال الله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩]

[فصل لا يفتقر الخلع إلى حاكم]

(٥٧٤٧) فصل: ولا يفتقر الخلع إلى حاكم. نص عليه أحمد، فقال: يجوز الخلع دون السلطان. وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان - رضي الله عنهما - وبه قال شريح والزهري، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأهل الرأي. وعن الحسن، وابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان. **ولنا**، قول عمر وعثمان، ولأنه معاوضة، فلم يفتقر إلى السلطان، كالبيع والنكاح، ولأنه قطع عقد بالتراضي، أشبه الإقالة.

[فصل بالخلع في الحيض والطهر]

(٥٧٤٨) فصل: ولا بأس بالخلع في الحيض والطهر الذي أصابها فيه؛ لأن المنع من الطلاق في الحيض من أجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة، والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه، وذلك أعظم من ضرر طول العدة، فجاز دفع أعلاهما بأدناهما، ولذلك لم يسأل النبي - صلى الله عليه وسلم -." (١)

"المختلعة عن حالها، ولأن ضرر تطويل العدة عليها، والخلع يحصل بسؤالها، فيكون ذلك رضاء منها به، ودليلا على رجحان مصلحتها فيه.

[مسألة لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها]

(٥٧٤٩) مسألة؛ قال: (ولا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها) هذا القول يدل على صحة الخلع بأكثر من الصداق، وأنهما إذا تراضيا على الخلع بشيء صح. وهذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد وقبيصة بن ذؤيب والنخعي ومالك والشافعي وأصحاب الرأي. ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا: لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها، وعقاص رأسها كان ذلك جائزا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٢٤

وقال عطاء وطاوس والزهري وعمرو بن شعيب: لا يأخذ أكثر مما أعطاها. وروي ذلك عن علي بإسناد منقطع. واختاره أبو بكر قال: فإن فعل رد الزيادة. وعن سعيد بن المسيب قال: ما أرى أن يأخذ كل مالها، ولكن ليدع لها شيئا. واحتجوا بما روي «أن جميلة بنت سلول أتت النبي – صلى الله عليه وسلم – فقالت: والله ما أعيب على ثابت في دين ولا خلق، ولكن أكره الكفر في الإسلام، لا أطيقه بغضا. فقال لها النبي – صلى الله عليه وسلم –: أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم. فأمره النبي – صلى الله عليه وسلم – أن يأخذ منها حديقته، ولا يزداد.» رواه ابن ماجه.

ولأنه بدل في مقابلة فسخ، فلم يزد على قدره في ابتداء العقد، كالعوض في الإقالة. **ولنا**، قول الله تعالى ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] . ولأنه قول من سمينا من الصحابة، قالت الربيع بنت معوذ: اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي، فأجاز ذلك عثمان بن عفان – رضي الله عنه –. ومثل هذا يشتهر، فلم ينكر، فيكون إجماعا ولم يصح عن علي خلافه.

فإذا ثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ أكثر مما أعطاها. وبذلك قال سعيد بن المسيب والحسن والشعبي والحكم وحماد وإسحاق وأبو عبيد فإن فعل جاز مع الكراهية. ولم يكرهه أبو حنيفة ومالك والشافعي قال مالك لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق.

ولنا، حديث جميلة. وروي عن عطاء عن النبي – صلى الله عليه وسلم – «أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها.» رواه أبو حفص بإسناده. وهو صريح في الحكم، فنجمع بين الآية والخبر، فنقول: الآية دالة على الجواز، والنهي عن الزيادة للكراهية. والله أعلم.." (١)

"المسيب، وشريح، وطاوس، والنخعي والزهري والحكم وحماد، والثوري؛ لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «المختلعة يلحقها الطلاق، ما دامت في العدة» **ولنا**، أنه قول ابن عباس وابن الزبير، ولا نعرف لهما مخالفا في عصرهما.

ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد، فلم يلحقها طلاقه، كالمطلقة قبل الدخول، أو المنقضية عدتها، ولأنه لا يملك بضعها، فلم يلحقها طلاقه، كالأجنبية، ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل، ولا تطلق بالكناية، فلا يلحقها الصريح المعين، كما قبل الدخول. ولا فرق بين أن يواجهها به، فيقول: أنت طالق. أو لا يواجهها به، مثل أن يقول: فلانة طالق. وحديثهم لا نعرف له أصلا، ولا ذكره أصحاب السنن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٥/٧

[فصل لا يثبت في الخلع رجعة]

(٥٧٥٩) فصل: ولا يثبت في الخلع رجعة، سواء قلنا: هو فسخ أو طلاق. في قول أكثر أهل العلم؛ منهم الحسن وعطاء وطاوس والنخعي والثوري والأوزاعي ومالك والشافعي وإسحاق وحكي عن الزهري وسعيد بن المسيب أنهما قالا: الزوج بالخيار بين إمساك العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة. وقال أبو ثور إن كان الخلع بلفظ الطلاق، فله الرجعة؛ لأن الرجعة؛ من حقوق الطلاق، فلا تسقط بالعوض، كالولاء مع العتق.

ولنا، قوله سبحانه وتعالى: ﴿فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] . وإنما يكون فداء إذا خرجت به عن قبضته وسلطانه، وإذا كانت له الرجعة، فهي تحت حكمه، ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة، فلو جاز ارتجاعها، لعاد الضرر، وفارق الولاء؛ فإن العتق لا ينفك منه، والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول، وإذا أكمل العدد.

[فصل شرط في الخلع أن له الرجعة]

(٥٧٦٠) فصل: فإن شرط في الخلع أن له الرجعة، فقال ابن حامد يبطل الشرط، ويصح الخلع. وهو قول أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن مالك لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسدا، فلا يفسد بالشرط الفاسد، كالنكاح، ولأنه لفظ يقتضي البينونة. فإذا شرط الرجعة معه، بطل الشرط، كالطلاق الثلاث. ويحتمل أن يبطل الخلع وتثبت الرجعة. وهو منصوص الشافعي لأن شرط العوض والرجعة متنافيان، فإذا شرطاهما سقطا، وبقي مجرد الطلاق فتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط، ولأنه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه، فأبطله، كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع.

وإذا حكمنا بالصحة، فقال القاضي: يسقط المسمى في العوض؛ لأنه لم يرض به عوضا حتى ضم إليه الشرط، فإذا سقط الشرط، وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله إليه، فيصير مجهولا،." (١)

"فيسقط، ويجب المسمى في العقد. ويحتمل أن يجب المسمى؛ لأنهما تراضيا به عوضا، فلم يجب غيره، كما لو خلا عن شرط الرجعة. (٥٧٦١) فصل: فإن شرط الخيار لها أو له، يوما أو أكثر، وقبلت المرأة، صح الخلع، وبطل الخيار. وبه قال أبو حنيفة فيما إذا كان الخيار للرجل. وقال: إذا جعل الخيار. للمرأة، ثبت لها الخيار، ولم يقع الطلاق. **ولنا**، أن سبب وقوع الطلاق وجد، وهو اللفظ به، فوقع، كما لو

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣١/٧

أطلق، ومتى وقع، فلا سبيل إلى رفعه.

[فصل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا]

(٥٧٦٢) فصل: نقل مهنا، في رجل قالت له امرأته: اجعل أمري بيدي، وأعطيك عبدي هذا. فقبض العبد، وجعل أمرها بيدها، وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئا هو له، إنما قالت: اجعل أمري بيدي وأعطيك. فقيل له: متى شاءت تختار؟ قال: نعم، ما لم يطأها، أو ينقض. فجعل له الرجوع ما لم تطلق. وإذا رجع فينبغي أن ترجع عليه بالعوض؛ لأنه استرجع ما جعل لها، فتسترجع منه ما أعطته. ولو قال: إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك. ملك إبطال هذه الصفة؛ لأن هذا يجوز الرجوع فيه لو لم يكن معلقا، فمع التعليق أولى، كالوكالة.

قال أحمد ولو جعلت له امرأته ألف درهم على أن يخيرها، فاختارت الزوج، لا يرد عليها شيئا، ووجهه أن الألف في مقابلة تمليكه إياها الخيار، وقد فعل، فاستحق الألف، وليست الألف في مقابلة الفرقة.

[فصل قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم ارتدت]

(٥٧٦٣) فصل: إذا قالت امرأته: طلقني بدينار. فطلقها، ثم ارتدت، لزمها الدينار، ووقع الطلاق بائنا، ولا تؤثر الردة؛ لأنها وجدت بعد البينونة. وإن طلقها بعد ردتها وقبل دخوله بها، بانت بالردة، ولم يقع الطلاق؛ لأنه صادفها بائنا، فإن كان بعد الدخول، وقلنا: إن الردة ينفسخ بها النكاح في الحال. فكذلك، وإن قلنا: يقف على انقضاء العدة. كان الطلاق مراعى.

فإن أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها، تبينا أنها لم تكن زوجته حين طلقها، فلم يقع، ولا شيء له عليها، وإن رجعت إلى الإسلام، بان أن الطلاق صادف زوجته، فوقع، واستحق عليها العوض.

[مسألة الخلع بالمجهول]

(٥٧٦٤) مسألة؛ قال: وإذا قالت له اخلعني على ما في يدي من الدراهم. ففعل فلم يكن في يدها شيء، لزمها ثلاثة دراهم." (١)

"وجملة ذلك أن الخلع بالمجهول جائز، وله ما جعل له. وهذا قول أصحاب الرأي. وقال أبو بكر: لا يصح الخلع، ولا شيء له؛ لأنه معاوضة، فلا يصح بالمجهول، كالبيع. وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٢/٧

يصح الخلع، وله مهر مثلها؛ لأنه معاوضة بالبضع، فإذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل، كالنكاح.
ولنا، أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط، فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية، ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع، ليس فيه تمليك شيء، والإسقاط تدخله المسامحة، ولذلك جاز من غير عوض، بخلاف النكاح.

وإذا صح الخلع، فلا يجب مهر المثل؛ لأنها لم تبذله، ولا فوتت عليه ما يوجبه، فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها، أو رضاعها لمن ينفسخ به نكاحها، لم يجب عليها شيء، ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي، لم يجب للزوج عوض عن بضعها، ولو وطئت بشبهة أو مكرهة، لوجب المهر لها دون الزوج، ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء، وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة، وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها إلى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله، فأما إيجاب شيء لم ترض به فلا وجه له.

فعلى هذا، إن خالعها على ما في يدها من الدراهم، صح، فإن كان في يدها دراهم فهي له، وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة. نص عليه أحمد لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة، لفظها دل على ذلك، فاستحقه كما لو وصى له بدراهم. وإن كان في يدها أقل من ثلاثة، احتمل أن لا يكون له غيره؛ لأنه من الدراهم، وهو في يدها. واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة؛ لأن اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن في يدها شيء، فكذلك إذا كان في يدها.

[فصل الخلع على مجهول]

(٥٧٦٥) فصل: والخلع على مجهول ينقسم أقساما؛: أحدها، أن يخالعها على عدد مجهول من شيء غير مختلف، كالدنانير والدراهم، كالتي يخالعها على ما في يدها من الدراهم، فهي هذه التي ذكر الخرقي حكمها. والثاني، أن يكون ذلك من شيء مختلف لا يعظم اختلافه، مثل أن يخالعها على عبد مطلق أو عبيد، أو يقول: إن أعطيتني عبدا فأنت طالق. فإنها تطلق بأي عبد أعطته إياه، ويملكه بذلك، ولا يكون له غيره. وكذلك إن خالعته عليه، فليس له إلا ما يقع عليه اسم العبد. وإن خالعته على عبيد فله ثلاثة. هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخرقي في المسألة التي قبلها. وقد قال أحمد فيما إذا قال: إذا أعطيتني عبدا." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٣/٧

"فأنت طالق. فأعطته عبدا: فهي طالق.

والظاهر من كلامه ما قلناه. وقال القاضي: له عليها عبد وسط. وتأول كلام أحمد على أنها أعطته عبدا وسطا، والظاهر خلافه. **ولنا**، أنها خالعته على مسمى مجهول، فكان له أقل ما يقع عليه الاسم، كما لو خالعها على ما في يدها من الدراهم، ولأنه إذا قال: إن أعطيتني عبدا فأنت طالق. فأعطته عبدا، فقد وجد شرطه، فيجب أن يقع الطلاق، كما لو قال: إن رأيت عبدا فأنت طالق. ولا يلزمها أكثر منه؛ لأنها لم تلتزم له شيئا فلا يلزمها شيء، كما لو طلقها بغير خلع. الثالث، أن يخالعها على مسمى تعظم الجهالة فيه، مثل أن يخالعها على دابة، أو بعير، أو بقرة، أو ثوب، أو يقول: إن أعطيتني ذلك فأنت طالق.

فالواجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك، ويقع الطلاق بها إذا أعطته إياه، فيما إذا علق طلاقها على عطيته إياه، ولا يلزمها غير ذلك، في قياس ما قبلها. وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء: ترد عليه ما أخذت من صداقها؛ لأنها فوتت البضع، ولم يحصل له العوض؛ لجهالته، فوجب عليها قيمة ما فوتت، وهو المهر. **ولنا**، ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل، فلم يلزمها، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ولأن المسمى قد استوفي بدله بالوطء، فكيف يجب بغير رضى ممن يجب عليه، والأشبه بمذهب أحمد، أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به.

ومن هذا القسم، لو خالعها على ما في بيتها من المتاع، فإن كان فيه متاع، فهو له، قليلا كان أو كثيرا، معلوما أو مجهولا، وإن لم يكن فيه متاع، فله أقل ما يقع عليه اسم المتاع. وعلى قول القاضي، عليها المسمى في الصداق. وهو قول أصحاب الرأي. والوجه للقولين ما تقدم. الرابع، أن يخالعها على حمل أمتها، أو غنمها، أو غيرهما من الحيوان، أو قال: على ما في بطونها أو ضروعها، فيصح الخلع.

وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح الخلع على ما في بطنه،، ولا يصح على حملها. **ولنا** أن حملها هو ما في بطنها، فصح الخلع عليه، كما لو قال: على ما في بطنها. إذا ثبت هذا، فإنه إن خرج الولد سليما، أو كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له، وإن لم يخرج شيء، فقال القاضي: لا شيء له. وهو قول مالك وأصحاب الرأي، وقال ابن عقيل: لها مهر المثل، وقال أبو الخطاب: له المسمى. وإن خالعها على ما يثمر نخلها، أو تحمل أمتها، صح.

قال أحمد: إذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين، فجائز، فإن لم يحمل نخلها، ترضيه." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٣٤

"- صلى الله عليه وسلم - «لا رضاع بعد فصال» يعني بعد العامين، فيحمل المطلق من كلام الآدمي على ذلك أيضا، ولا يحتاج إلى وصف الرضاع، لأن جنسه كاف، كما لو ذكر جنس الخياطة في الإجارة، فإن ماتت المرضعة، أو جف لبنها، فعليها أجر المثل لما بقي من المدة. وإن مات الصبي فكذلك.

وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا ينفسخ، ويأتيها بصبي ترضعه مكانه؛ لأن الصبي مستوفى به، لا معقود عليه، فأشبه ما لو استأجر دابة ليركبها فمات. **ولنا** أنه عقد على فعل في عين، فينفسخ بتلفها، كما لو ماتت الدابة المستأجرة، ولأن ما يستوفيه من اللبن إنما يتقدر بحاجة الصبي، وحاجات الصبيان تختلف ولا تنضبط، فلم يجز أن يقوم غيره مقامه، كما لو أراد إبداله في حياته، ولأنه لا يجوز إبداله في حياته، فلم يجز بعد موته، كالمرضعة، بخلاف راكب الدابة. وإن وجد أحد هذه الأمور قبل مضي شيء من المدة، فعليها أجر رضاع مثله.

وعن مالك كق**ولنا**، وعنه: لا يرجع بشيء. وعن الشافعي كق**ولنا**، وعنه: يرجع بالمهر. **ولنا**، أنه عوض معين تلف قبل قبضه، فوجبت قيمته أو مثلها، كما لو خالعها على قفيز، فهلك قبل قبضه.

[فصل خالعها على كفالة ولده عشر سنين]

فصل: وإن خالعها على كفالة ولده عشر سنين، صح، وإن لم يذكر مدة الرضاع منها، ولا قدر الطعام والأدم، ويرجع عند الإطلاق إلى نفقة مثله. وقال الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع، وقدر الطعام وجنسه، وقدر الإدام وجنسه، ويكون المبلغ معلوما مضبوطا بالصفة كالمسلم فيه، وما يحل منه كل يوم. ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقا، وقد ذكرناه في الإجارة ودللنا عليه بقصة موسى - عليه السلام -، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «رحم الله أخي موسى، آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه» ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة، وهي غير مقدرة، كذا هاهنا.

وللوالد أن يأخذ منها ما يستحقه من مؤنة الصبي، وما يحتاج إليه؛ لأنه بدل ثبت له في ذمتها، فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره، فإن أحب أنفقه بعينه، وإن أحب أخذه لنفسه، وأنفق عليه غيره. وإن أذن لها في إنفاقه على الصبي، جاز فإن مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع، فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤنة. وهل يستحقه دفعة أو يوما بيوم؟ فيه وجهان؛." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٣٦

"توجد من المرأة رغبة عن زوجها، وحاجة إلى فراقه، فتسأله فراقها، فإذا أجابها، حصل المقصود من الخلع، فصح، كما لو كان بعوض قال أبو بكر: لا خلاف عن أبي عبد الله، أن الخلع ما كان من قبل النساء، فإذا كان من قبل الرجال، فلا نزاع في أنه طلاق تملك به الرجعة، ولا يكون فسخا.

والرواية الثانية، لا يكون خلع إلا بعوض. روى عنه مهنا، إذا قال لها: اخلعي نفسك. فقالت: خلعت نفسي. لم يكن خلعا إلا على شيء، إلا أن يكون نوى الطلاق، فيكون ما نوى. فعلى هذه الرواية، لا يصح الخلع إلا بعوض، فإن تلفظ به بغير عوض، ونوى الطلاق، كان طلاقا رجعيا؛ لأنه يصلح كناية عن الطلاق. وإن لم ينو به الطلاق، لم يكن شيئا. وهذا قول أبي حنيفة والشافعي؛ لأن الخلع إن كان فسخا، فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا لعيبها. وكذلك لو قال: فسخت النكاح. ولم ينو به الطلاق، لم يقع شيء، بخلاف ما إذا دخله العوض، فإنه يصير معاوضة، فلا يجتمع له العوض والمعوض.

وإن قلنا: الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقا، وإنما هو كناية، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية، أو بذل العوض، فيقوم مقام النية، وما وجد واحد منهما. ثم إن وقع الطلاق، فإذا لم يكن بعوض، لم يقتض البينونة إلا أن تكمل الثلاث.

[فصل قالت بعني عبدك هذا وطلقني بألف ففعل]

(٥٧٧٠) فصل: إذا قالت: بعني عبدك هذا وطلقني بألف. ففعل، صح، وكان بيعا وخلعا بعوض واحد؛ لأنهما عقدان، يصح إفراد كل واحد منهما بعوض، فصح جمعهما، كبيع ثوبين. وقد نص أحمد على الجمع بين بيع وصرف، أنه يصح، وهو نظير لهذا. وذكر أصحابنا فيه وجها آخر، أنه لا يصح؛ لأن أحكام العقدين تختلف. والأول أصح؛ لما ذكرنا وللشافعي فيه قولان أيضا. فعلى قولنا يتقسط الألف على الصداق المسمى وقيمة العبد، فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى، وعوض العبد ما يخص قيمته، حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك، وإن وجدته حرا أو مغصوبا، رجعت به؛ لأنه عوضه. فإن كان مكان العبد شقص مشفوع، ففيه الشفعة، ويأخذ الشفيع بحصة قيمته من الألف؛ لأنها عوضه.

[فصل خالعها على نصف دار]

(٥٧٧١) فصل: وإن خالعها على نصف دار، صح، ولا شفعة فيه لأنه عوض عما لا قيمة له، ويتخرج أن فيه شفعة، لأن له عوضا. وهل يأخذه الشفيع بقيمته أو بمثل المهر، على وجهين: فأما إن خالعها، ودفع إليها ألفا بنصف دارها، صح، ولا شفعة أيضا. وقال أبو يوسف ومحمد: تجب الشفعة فيما قابل الألف؛

لأنه عوض مال **ولنا**، أن إيجاب الشفعة تقويم للبضع في حق غير الزوج، والبضع لا يتقوم في حق غيره، ولأن الزوج." (١)

"ما نحن فيه على غيره من المعاوضات؛ لما ذكرنا من الفرق، ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبده: إن أعطيتني ألفا فأنت حر. فإنه كمسألتنا، وهو على التراخي، على أننا قد ذكرنا أن حكم هذا اللفظ حكم الشرط المطلق.

[فصل قال لامرأته أنت طالق بألف إن شئت]

(٥٧٧٧) فصل: إذا قال لامرأته: أنت طالق بألف إن شئت لم تطلق حتى تشاء، فإذا شاءت وقع الطلاق بائنا، ويستحق الألف سواء سألته الطلاق فقالت: طلقني بألف. فأجابها، أو قال ذلك لها ابتداء؛ لأنه علق طلاقها على شرط، فلم يوجد قبل وجوده. وتعتبر مشيئتها بالقول، فإنها وإن كان محلها القلب، فلا يعرف ما في القلب إلا بالنطق، فيعلق الحكم به، ويكون ذلك على التراخي، فمتى شاءت طلقت. نص عليه أحمد. ومذهب الشافعي كذلك، إلا في أنه على الفور عنده. ولو أنه قال لامرأته: أمرك بيدك إن ضمنت لي ألفا.

فقياس قول أحمد أنه على التراخي؛ لأنه نص على أن أمرك بيدك، عىى التراخي، ونص على أنه إذا قال لها: أنت طالق إن شئت. أن لها المشيئة بعد مجلسها. ومذهب الشافعي أنه على الفور؛ لما تقدم. **ولنا**، أنه لو قال لعبده: إن ضمنت لي ألفا فأنت حر كان على التراخي. ولو قال له: أنت حر على ألف إن شئت. كان على التراخي. والطلاق نظير العتق. فعلى هذا، متى ضمنت له ألفا، كان أمرها بيدها، وله الرجوع فيما جعل إليها؛ لأن أمرك بيدك توكيل منه لها، فله الرجوع فيه، كما يرجع في الوكالة.

وكذلك لو قال لزوجته: طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفا. فمتى ضمنت له ألفا، وطلقت نفسها، وقع، ما لم يرجع. وإن ضمنت الألف ولم تطلق، أو طلقت ولم تضمن، لم يقع الطلاق.

[مسألة خالعها على عبد فخرج حرا]

(٥٧٧٨) مسألة؛ قال: (وإذا خالعها على عبد، فخرج حرا أو استحق، فله عليها قيمته) وجملة ذلك أن الرجل إذا خالع امرأته على عوض يظنه مالا، فبان غير مال، مثل أن يخالعها على عبد تعينه فيبين حرا، أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٣٨

مغصوبا، أو على خل فيبين خمرا، فإن الخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم؛ لأن الخلع معاوضة بالبضع، فلا يفسد بفساد العوض، كالنكاح، ولكنه يرجع عليها بقيمته لو كان عبدا وبهذا قال أبو ثور، وصاحبا أبي حنيفة. وإن خالعها على هذا الدن الخل، فبان خمرا، رجع عليها بمثله خلا؛ لأن الخل من ذوات الأمثال، وقد دخل على أن هذا المعين خل، فكان له مثله، كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه، وقد قيل: يرجع بقيمة مثله خلا؛ لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال.

والصحيح الأول؛." (١)

"لأنه إنما وجب عليها مثله لو كان خلا، كما توجب قيمة الحر بتقدير كونه عبدا، فإن الحر لا قيمة له. وقال أبو حنيفة في المسألة كلها: يرجع بالمسمى. وقال الشافعي: يرجع بمهر المثل لأنه عقد على البضع بعوض فاسد، فأشبه النكاح بخمر. واحتج أبو حنيفة بأن خروج البضع لا قيمة له، فإذا غر به، رجع عليها بما أخذت.

ولنا، أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها، وبقاء سبب الاستحقاق، فوجب بدلها مقدرا بقيمتها أو مثلها، كالمغصوب والمستعار. وإذا خالعها على عبد، فخرج مغصوبا، أو أم ولد، فإن أبا حنيفة يسلمه، يوافقنا فيه.

[فصل خالعها على محرم يعلمان تحريمه]

(٥٧٧٩) فصل: وإن خالعها على محرم يعلمان تحريمه، كالحر، والخمر، والخنزير، والميتة، فهو كالخلع بغير عوض سواء، لا يستحق شيئا. وبه قال مالك، وأبو حنيفة. وقال الشافعي: له عليها مهر المثل؛ لأنه معاوضة بالبضع، فإذا كان العوض محرما وجب مهر المثل، كالنكاح. **ولنا**، أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم، على ما أسلفنا، فإذا رضي بغير عوض، لم يكن له شيء، كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء، ففعلته، وفارق النكاح؛ فإن دخول البضع في ملك الزوج متقوم، ولا يلزم إذا خالعها على عبد فبان حرا لأنه لم يرض بغير عوض متقوم، فيرجع بحكم الغرور، وها هنا رضي بما لا قيمة له.

إذا تقرر هذا، فإن كان الخلع بلفظ الطلاق، فهو طلاق رجعي؛ لأنه خلا عن عوض، وإن كان بلفظ الخلع وكنايات الخلع، ونوى به الطلاق، فكذلك لأن الكناية مع النية كالصريح، وإن كان بلفظ الخلع، ولم ينو الطلاق، انبنى على أصل. وهو أنه هل يصح الخلع بغير عوض؟ وفيه روايتان؛ فإن قلنا: يصح. صح هاهنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٢/٧

وإن قلنا: لا يصح. لم يصح، ولم يقع شيئا. وإن قال: إن أعطيتني خمرا أو ميتة، فأنت طالق. فأعطته ذلك، طلقت، ولا شيء عليها. وعند الشافعي، عليها مهر المثل، كقوله في التي قبلها.

[فصل قال إن أعطيتني عبدا فأنت طالق فأعطته مدبرا أو معتقا نصفه]

(٥٧٨٠) فصل: فإن قال: إن أعطيتني عبدا فأنت طالق. فأعطته مدبرا أو معتقا نصفه، وقع الطلاق بهما؛ لأنهما كالقن في التمليك، وإن أعطته حرا، أو مغصوبا، أو مرهونا، لم تطلق؛ لأن العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه، وما لا يصح تمليكه لا تكون معطية له. وإن قال: إن أعطيتني هذا العبد، فأنت طالق. فأعطته إياه، فإذا هو حر." (١)

"أو مغصوب، لم تطلق أيضا؛ لما ذكره أبو بكر، وأومأ إليه أحمد. وذكر القاضي وجها آخر، أنه يقع الطلاق؛ قال: وأومأ إليه أحمد في موضع آخر لأنه إذا عينه فقد قطع اجتهادها فيه، فإذا أعطته إياه، وجدت الصفة، فوقع الطلاق، بخلاف غير المعين.

ولأصحاب الشافعي أيضا وجهان كذلك. وعلى قولهم: يقع الطلاق، هل يرجع بقيمته أو بمهر المثل؟ على وجهين. **ولنا**، أن العطية إنما معناها المتبادر إلى الفهم منها عند إطلاقها التمكين من تملكه، بدليل غير المعين؛ ولأن العطية ها هنا التمليك، بدليل حصول الملك بها فيما إذا كان العبد مملوكا لها، وانتفاء الطلاق فيما إذا كان غير معين.

[مسألة قالت له طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة]

(٥٧٨١) مسألة قال (وإذا قالت له: طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يكن له شيء، ولزمها التطليقة) أما وقوع الطلاق بها، فلا خلاف فيه وأما الألف، فلا يستحق منه شيئا. وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي: له ثلث الألف؛ لأنها استدعت منه فعلا بعوض، فإذا فعل بعضه استحق بقسطه من العوض، كما لو قال: من رد عبيدي فله ألف. فرد ثلثهم، استحق ثلث الألف، وكذلك في بناء الحائط، وخياطة الثوب. **ولنا**، أنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها إليه، فلم يستحق شيئا، كما لو قال في المسابقة: من سبق إلى خمس إصابات فله ألف. فسبق إلى بعضها. أو قالت: بعني عبديك بألف. فقال: بعتك أحدهما بخمسمائة. وكما لو قالت: طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة، فإن أبا حنيفة وافقنا في هذه الصورة على

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٣/٧

أنه لا يستحق شيئا.

فإن قيل: الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط، وعلى للشرط، فكأنها شرطت في استحقاقه الألف أن يطلقها ثلاثا. قلنا: لا نسلم أن على للشرط، فإنها ليست مذكورة في حروفه، وإنما معناها ومعنى الباء واحد، وقد سوي بينهما فيما إذا قالت: طلقني وضرتي بألف، أو على ألف. ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين.

(٥٧٨٢) فصل: فإن: قالت: طلقني ثلاثا ولك ألف. فهي كالتي قبلها، إن طلقها أقل من ثلاث، وقع الطلاق، ولا شيء له، وإن طلقها ثلاثا، استحق الألف. ومذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد فيها كمذهبهم في." [1]

"التي قبلها. وقال أبو حنيفة: لا يستحق شيئا، وإن طلقها ثلاثا؛ لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض. **ولنا** أنها استدعت منه الطلاق بالعوض، فأشبه ما لو قالت: رد عبدي ولك ألف. فرده. وقوله: لم يعلق الطلاق بالعوض. غير مسلم؛ فإن معنى الكلام، ولك ألف عوضا عن طلاقي. فإن قرينة الحال دالة عليه.

وإن قالت: طلقني وضرتي بألف، أو على ألف علينا. فطلقها وحدها، طلقت، وعليها قسطها من الألف؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين، وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان، فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحا موجبا للعوض دون الآخر. وإن كان العوض منها وحدها، فلا شيء له، في قياس المذهب؛ لأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض، وكذلك لو اشترى منه عبدين بثمن واحد، كان عقدا واحدا، بخلاف ما إذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين، فإنه يكون عقدين.

[فصل قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثا]

(٧٨٣٥) فصل: وإن قالت: طلقني ثلاثا بألف. ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثا، بانت بثلاث. قال أصحابنا: ويستحق الألف، علمت أو لم تعلم. وهو منصوص الشافعي. وقال المزني: لا يستحق إلا ثلث الألف لأنه إنما طلقها ثلث ما طلبت منه، فلا يستحق إلا ثلث الألف، كما لو كان طلاقها ثلاثا. وقال ابن سريج: إن علمت أنه لم يبق من طلاقها إلا طلقة، استحق الألف، وإن لم تعلم، كقول المزني؛ لأنها إن كانت عالمة، كان معنى كلامها كمل لي الثلاث، وقد فعل ذلك. ووجه قول أصحابنا، أن هذه الواحدة كملت الثلاث، وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينونة، وتحريم العقد، فوجب بها العوض،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٤٤

كما لو طلقها ثلاثا.

[فصل لم يبق من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني بألف واحدة أبين بها]

(٥٧٨٤) فصل: فإن لم يبق من طلاقها إلا واحدة، فقالت: طلقني بألف واحدة أبين بها، واثنتين في نكاح آخر. فقال أبو بكر: قياس قول أحمد، أنه إذا طلقها واحدة، استحق العوض، فإن تزوج بها بعد ذلك، ولم يطلقها، رجعت عليه بالعوض؛ لأنها بذلت العوض في مقابلة ثلاث، فإذا لم يوقع الثلاث، لم يستحق العوض، كما لو كانت ذات طلقات ثلاث، فقالت: طلقني ثلاثا. فلم يطلقها إلا واحدة، ومقتضى هذا، أنه إذا لم ينكحها نكاحا آخر، أنها ترجع عليه بالعوض، وإنما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما. وإن نكحها نكاحا آخر وطلقها اثنتين، لم ترجع عليه بشيء، وإن لم يطلقها إلا واحدة، رجعت عليه بالعوض كله.

وقال القاضي: الصحيح في المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخرتين؛ لأنه سلف في طلاق، ولا يصح السلم في الطلاق،." [١]

"ولأنه معاوضة على الطلاق قبل النكاح، والطلاق قبل النكاح لا يصح، فالمعاوضة عليه أولى، فإذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة، فإن قلنا: تفرق. فله ثلث الألف، وإن قلنا: لا تفرق. فسد العوض في الجميع، ويرجع بالمسمى في عقد النكاح.

[فصل قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا]

(٥٧٨٥) فصل: وإن قالت: طلقني واحدة بألف. فطلقها ثلاثا. استحق الألف. وقال محمد بن الحسن: قياس قول أبي حنيفة إنه لا يستحق شيئا؛ لأن الثلاث مخالفة للواحدة، لأن تحريمها لا يرتفع إلا بزوج وإصابة، وقد لا تريد ذلك، ولا تبذل العوض فيه، فلم يكن ذلك إيقاعا لما استدعته، بل هو إيقاع مبتدأ، فلم يستحق به عوضا. ولنا، أنه أوقع ما استدعته وزيادة؛ لأن الثلاث واحدة واثنتان. وكذلك لو قال: طلقي نفسك ثلاثا. فطلقت نفسها واحدة، وقع، فيستحق العوض بالواحدة، وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئا.

فإن قال لها: أنت طالق بألف، وطالق، وطالق. وقعت الأولى بائنة، ولم تقع الثانية، ولا الثالثة؛ لأنهما جاءا بعد بينونتها. وهذا مذهب الشافعي. وإن قال لها: أنت طالق وطالق وطالق بألف. وقع الثلاث. وإن قال:

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٤٥

أنت طالق وطالق وطالق. ولم يقل بألف. قيل له أيتهن أوقعت بالألف؟ فإن قال: الأولى. بانت بها، ولم يقع ما بعدها. وإن قال: الثانية. بانت بها، ووقعت بها طلقتان، ولم تقع الثالثة. وإن قال: الثالثة. وقع الكل. وإن قال: نويت أن الألف في مقابلة الكل. بانت بالأولى وحدها. ولم يقع بها ما بعدها؛ لأن الأولى حصل في مقابلتها عوض، وهو قسطها من الألف، فبانت بها، وله ثلث الألف؛ لأنه رضي بأن يوقعها بذلك، مثل أن تقول: طلقني بألف. فيقول: أنت طالق بخمسمائة. هكذا ذكره القاضي. وهو مذهب الشافعي.

ويحتمل أن يستحق الألف؛ لأنه أتى بما بذلت العوض فيه بنية العوض، فلم يسقط بعضه بنيته، كما لو قالت: رد عبدي بألف فرده ينوي خمسمائة. وإن لم ينو شيئا، استحق الألف بالأولى، ولم يقع بها ما بعدها. ويحتمل أن تقع الثلاث؛ لأن الواو للجمع، ولا تقتضي ترتيبا، فهو كقوله: أنت طالق ثلاثا بألف. وكذلك لو قال ذلك لغير مدخول بها، أو قال: أنت طالق وطالق وطالق بألف طلقت ثلاثا.." (١)

"[فصل قالت طلقني بألف إلى شهر أو أعطته ألفا على أن يطلقها إلى شهر]

(٥٧٨٩) فصل: وإن قالت: طلقني بألف إلى شهر. أو أعطته ألفا على أن يطلقها إلى شهر، فقال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق. صح ذلك، واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا؛ لأنه بعوض. وإن طلقها قبل مجيء الشهر، طلقت ولا شيء له. ذكره أبو بكر، وقال: روى ذلك عن أحمد علي بن سعيد. وذلك لأنه إذا طلقها قبل رأس الشهر، فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض. وقال الشافعي: إذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها إلى شهر، فطلقها بألف، بانت، وعليها مهر المثل؛ لأن هذا سلف في طلاق، فلم يصح، لأن الطلاق لا يثبت في الذمة، ولأنه عقد تعلق بعين، فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه.

ولنا، أنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها، فإذا طلقها استحقه، كما لو لم يقل: إلى شهر، ولأنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها، فلم يستحق أكثر منه، كالأصل. وإن قالت: لك ألف على أن تطلقني أي وقت شئت، من الآن إلى شهر. صح في قياس المسألة التي قبلها. وقال القاضي: لا يصح؛ لأن زمن الطلاق مجهول فإذا طلقها فله مهر المثل. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه طلقها على عوض لم يصح، لفساده. **ولنا**، ما تقدم في التي قبلها، ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق؛ لأنه مما يصح تعليقه على الشرط، فصح بذل العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة، ولأنه لو قال: متى أعطيتني ألفا فأنت طالق. صح، وزمنه مجهول أكثر من الجهالة ها هنا، فإن الجهالة ها هنا في شهر واحد، وثم في العمر كله. وقول

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٦/٧

القاضي: له مهر المثل. مخالف لقياس المذهب؛ فإنه ذكر في المواضع التي يفسد فيها العوض، أن له المسمى. فكذلك يجب أن يكون ها هنا إن حكمنا بفساده. والله أعلم.

[فصل قال لها أنت طالق وعليك ألف]

(٥٧٩٠) فصل: إذا قال لها: أنت طالق وعليك ألف. وقعت طلقة رجعية؛ ولا شيء عليها؛ لأنه لم يجعل له العوض في مقابلتها، ولا شرطا فيها، وإنما عطف ذلك على طلاقها، فأشبه ما لو قال: أنت طالق، وعليك الحج فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضا، لم يكن له عوض؛ لأنه لم يقابله شيء، وكان ذلك هبة مبتدأة، يعتبر فيه شرائط الهبة. وإن قالت المرأة: ضمنت لك ألفا. لم يصح؛ لأن الضمان إنما يكون عن غير الضامن لحق واجب، أو مآله إلى الوجوب، وليس ها هنا شيء من ذلك. وذكر القاضي أنه يصح؛ لأن ضمان ما لم يجب يصح، ولم أعرف لذلك وجها، إلا أن يكون أراد أنها إذا قالت قبل طلاقها: ضمنت لك ألفا، على أن تطلقني. فقال: أنت طالق، وعليك ألف. فإنه يستحق الألف. وكذلك إذا قالت: طلقني طلقة بألف. فقال: أنت طالق، وعليك ألف. وقع الطلاق، وعليها ألف؛ لأن قوله: أنت طالق. يكفي في صحة الخلع، واستحقاق العوض، وما وصل به تأكيد.

فإن اختلفا." (١)

"فإذا ثبت هذا، فإن العوض يتقسط عليهما على قدر مهر كل واحدة منهما، في الصحيح من الذهب. وهو قول ابن حامد، ومذهب أهل الرأي. وأحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها. وعلى قول أبي بكر من أصحابنا، يكون ذلك عليهما نصفين. وأصل هذا في النكاح إذا تزوج اثنتين بصداق واحد. وقد ذكرناه في موضعه. فإن كانت إحداهما رشيدة، والأخرى محجورا عليها لسفه، فقالتا: قد شئنا. وقع الطلاق عليهما، ووجب على الرشيدة قسطها من العوض، ووقع طلاقها بائنا، ولا شيء على المحجور عليها، ويكون طلاقها رجعيا؛ لأن لها مشيئة، ولكن الحجر مع صحة تصرفها ونفوذه، ولهذا يرجع إلى مشيئة المحجور عليه في النكاح، وفيما تأكله.

وكذلك إن كانت غير بالغة، إلا أنها مميزة، فإن لها مشيئة صحيحة، ولهذا يخير الغلام بين أبويه إذا بلغ سبعا. وإن كانت إحداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة، لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق. وفي كل موضع حكمنا بوقوع الطلاق، فإن الرشيدة يلزمها قسطها من العوض، وهو قسط مهرها من العوض، في

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٨/٧

أحد الوجهين، وفي الآخر نصفه. وإن قالت له امرأتاه: طلقنا بألف بيننا نصفين. فطلقهما، فعلى كل واحدة منهما نصفه، وجها واحدا. وإن طلق إحداهما وحدها، فعليها نصف الألف. وإن قالتا: طلقنا بألف. فطلقهما، فالألف عليهما على قدر صداقيهما، في أصح الوجهين. وإن طلق إحداهما، فعليها حصتها منه. وإن كانت إحداهما غير رشيدة، فطلقهما، فعلى الرشيدة حصتها من الألف، يقع طلاقها بائنا، وتطلق الأخرى طلاقا رجعيا، ولا شيء عليها.

[فصل الخلع مع الأجنبي بغير إذن المرأة]

(٥٨٠١) فصل: ويصح الخلع مع الأجنبي، بغير إذن المرأة، مثل أن يقول الأجنبي للزوج: طلق امرأتك بألف علي. وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال أبو ثور: لا يصح؛ لأنه سفه، فإنه يبذل عوضا في مقابلة ما لا منفعة له فيه، فإن الملك لا يحصل له، فأشبه ما لو قال: بع عبدك لزيد بألف علي. **ولنا**، أنه بذل مال في مقابلة إسقاط حق عن غيره فصح، كما لو قال: أعتق عبدك، وعلي ثمنه. ولأنه لو قال: ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه. صح، لزمه ذلك، مع أنه لا يسقط حقا عن أحد، فهاهنا أولى؛ ولأنه حق على المرأة، يجوز أن يسقط عنها بعوض، فجاز لغيرها، كالدين. وفارق البيع، فإنه تمليك، فلا يجوز بغير رضاء من يثبت له الملك. وإن قال: طلق امرأتك بمهرها، وأنا ضامن له. صح. يرجع عليه بمهرها.." [1]

"[فصل قالت له امرأته طلقني وضرتي بألف فطلقهما]

(٥٨٠٢) فصل: وإن قالت له امرأته: طلقني وضرتي بألف. فطلقهما، وقع الطلاق بهما بائنا، واستحق الألف على باذلته؛ لأن الخلع مع الأجنبي جائز. وإن طلق إحداهما، فقال القاضي: تطلق طلاقا بائنا، ولزم الباذلة بحصتها من الألف. وهذا مذهب الشافعي، إلا أن بعضهم قال: يلزمها مهر مثل المطلقة. وقياس قول أصحابنا، فيما إذا قالت: طلقني ثلاثا بألف. فطلقها واحدة، لم يلزمها شيء، ووقعت بها التطليقة، أن لا يلزم الباذلة ها هنا شيء؛ لأنه لم يجبها إلى ما سألت، فلم يجب عليها ما بذلت، ولأنه قد يكون غرضها في بينونتها جميعا منه، فإذا طلق إحداهما، لم يحصل غرضها، فلا يلزمها عوضها.

[فصل قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي أو على أن لا تطلق ضرتي]

(٥٨٠٣) فصل: وإن قالت: طلقني بألف على أن تطلق ضرتي، أو على أن لا تطلق ضرتي. فالخلع صحيح،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٣/٧

والشرط والبذل لازم. وقال الشافعي: الشرط والعوض باطلان، ويرجع إلى مهر المثل؛ لأن الشرط سلف في الطلاق، والعوض بعضه في مقابلة الشرط الباطل، فيكون الباقي مجهولا. وقال أبو حنيفة: الشرط باطل، والعوض صحيح؛ لأن العقد يستقل بذلك العوض. ولنا أنها بذلت عوضا في طلاقها وطلاق ضرتها، فصح، كما لو قالت: طلقني وضرتي بألف. فإن لم يف لها بشرطها، فعليها الأقل من المسمى، أو الألف الذي شرطته. ويحتمل أن لا يستحق شيئا من العوض؛ لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد، فلا يستحقه، كما لو طلقها بغير عوض.

[مسألة ما خالع العبد به زوجته من شيء جاز]

(٥٨٠٤) مسألة؛ قال: (وما خالع العبد به زوجته من شيء، جاز. وهو لسيده) وجملة ذلك أن كل زوج صح طلاقه، صح خلعه؛ لأنه إذا ملك الطلاق، وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء، فلأن يملكه محصلا للعوض أولى، والعبد يملك الطلاق، فملك الخلع، وكذلك المكاتب والسفيه، وفي الصبي المميز وجهان، بناء على صحة طلاقه. ومن لا يصح طلاقه، كالطفل والمجنون، لا يصح خلعه؛ لأنه ليس من أهل التصرف، فلا حكم لكلامه.

ومتى خالع العبد، كان العوض لسيده؛ لأنه من اكتسابه، واكتسابه لسيده، وسائر من ذكرنا العوض لهم. ويجب تسليم العوض إلى سيد العبد، وولي المحجور عليه؛ لأن العوض في خلع العبد ملك لسيده، فلم يجز تسليمه إلى غيره إلا بإذنه، وولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله، وهذا من حقوقه. وأما المكاتب، فيدفع العوض إليه؛ لأنه هو الذي يتصرف لنفسه.." (١)

"جميعا؛ لأنه معاوضة، فصح في المرض، كالبيع. ولا نعلم في هذا خلافا. ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه، صح، ولا رجوع، إن خالعته بزيادة، بطلت الزيادة. وهذا قول الثوري وإسحاق وقال أبو حنيفة له العوض كله، فإن حابته فمن الثلث؛ لأنه ليس بوارث لها، فصحت محاباتها له من الثلث، كالأجنبي. وعن مالك كالمذهبين. وعنه: يعتبر بخلع مثلها. وقال الشافعي: إن خالعت بمهر مثلها، جاز، وإن زاد، فالزيادة من الثلث.

ولنا، على أنه لا يعتبر مهر المثل، أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بما قدمنا، واعتبار مهر المثل تقويم له. وعلى إبطال الزيادة، أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئا من مالها بغير عوض،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٥٤

على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها، فبطل، كما لو أوصت له، أو أقرت له، وأما قدر الميراث، فلا تهمة فيه، فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه. وإن صحت من مرضها ذلك، صح الخلع، وله جميع ما خالعها به؛ لأننا تبينا أنه ليس بمرض الموت، والخلع في غير مرض الموت، كالخلع في الصحة.

[مسألة خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث]

(٥٨٠٧) مسألة؛ قال: (ولو خالعها في مرض موته، وأوصى لها بأكثر مما كانت ترث، فللورثة أن لا يعطوها أكثر من ميراثها) أما خلعه لزوجته، فلا إشكال في صحته، سواء كان بمهر مثلها، أو أكثر، أو أقل، ولا يعتبر من الثلث؛ لأنه لو طلق بغير عوض لصح، فلأن يصح بعوض أولى، ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء، فإنه لو مات وله امرأة، لبانت بموته، ولم تنتقل إلى ورثته. فأما إن أوصى لها بمثل ميراثها، أو أقل، صح؛ لأنه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك، فإنه لو لم يبنها لأخذته بميراثها. وإن أوصى لها بزيادة عليه، فللورثة منعها ذلك؛ لأنه اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها، لأنه لم يكن له سبيل إلى إيصاله إليها وهي في حباله، فطلقها ليوصل ذلك إليها، فمنع منه، كما لو أوصى لوارث.

[فصل خالع امرأته على نفقة عدتها]

(٥٨٠٨) فصل: وإذا خالع امرأته على نفقة عدتها، فحكي عن أحمد، وأبي حنيفة، أنه يجوز ذلك وهذا إنما يخرج على أصل أحمد إذا كانت حاملا، أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه، فلا تصح عوضا. وقال الشافعي: لا تصح النفقة عوضا، فإن خالعها به وجب مهر المثل؛ لأن النفقة لم تجب، فلا يصح الخلع عليها، كما لو خالعها على عوض ما يتلفه عليها. **ولنا**، أنها إحدى النفقتين، فصحت المخالعة عليها، كنفقة الصبي فيما إذا خالعته على كفالة ولده." (١)

"لأنه لا يدعيه، فإن اتفقا على الخلع، واختلفا في قدر العوض، أو جنسه، أو حلوله، أو تأجيله، أو صفته، فالقول قول المرأة. حكاه أبو بكر نصا عن أحمد. وهو قول مالك، وأبي حنيفة وذكر القاضي رواية أخرى عن أحمد، أن القول قول الزوج؛ لأن البضع يخرج من ملكه، فكان القول قوله في عوضه، كالسيد مع مكاتبته.

وقال الشافعي: يتحالفان لأنه اختلاف في عوض العقد، فيتحالفان فيه، كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٦/٧

ولنا، أنه أحد نوعي الخلع، فكان القول قول المرأة، كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره، ولأن المرأة منكرة للزيادة في القدر أو الصفة، فكان القول قولها؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «اليمين على المدعى عليه» . وأما التحالف في البيع، فيحتاج إليه لفسخ العقد، والخلع في نفسه فسخ، فلا يفسخ.

وإن قال: خالعتك بألف. فقالت: إنما خالعك غيري بألف في ذمته. بانت، والقول قولها في نفي العوض عنها؛ لأنها منكرة له. وإن قالت: نعم، ولكن ضمنها لك أبي أو غيره. لزمها الألف، لإقرارها به، والضمان لا يبرئ ذمتها وكذلك إن قالت: خالعتك على ألف يزنه لك أبي. لأنها اعترفت بالألف وادعت على أبيها دعوى، فقبل قولها على نفسها دون غيرها. وإن قال: سألتني طلقة بألف فقالت: بل سألتك ثلاثا بألف، فطلقتني واحدة. بانت بإقرار، والقول قولها في سقوط العوض. وعند أكثر الفقهاء، يلزمها ثلث الألف. بناء على أصلهم فيما إذا قالت: طلقني ثلاثا بألف. فطلقها واحدة، أنه يلزمها ثلث الألف، وإن خالعها على ألف، فادعى أنها دنانير، وقالت: بل هي دراهم. فالقول قولها؛ لما ذكرنا في أول الفصل. ولو قال أحدهما: كانت دراهم قراضية. وقال الآخر: مطلقة. فالقول قولها، إلا على الرواية التي حكاها القاضي، فإن القول قول الزوج في هاتين المسألتين. وإن اتفقا على الإطلاق لزم الألف من غالب نقد البلد.

وإن اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضية، لزمها ما اتفقت إرادتهما عليه. وإن اختلفا في الإرادة، كان حكمها حكم المطلقة، يرجع إلى غالب نقد البلد. وقال القاضي: إذا اختلفا في الإرادة، وجب المهر المسمى في العقد؛ لأن اختلافهما يجعل البدل مجهولا، فيجب المسمى في النكاح. والأول أصح؛ لأنهما لو أطلقا، لصحت التسمية، ووجب الألف من غالب نقد البلد، ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض، فكذلك إذا اختلفا، ولأنه يجيز العوض المجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل، كعبد مطلق وبعير وفرس، والجهالة ها هنا أقل، فالصحة أولى.." (١)

"[فصل علق طلاق امرأته بصفة ثم أبانها بخلع أو طلاق ثم عاد فتزوجها ووجدت الصفة]

(٥٨١٢) فصل: إذا علق طلاق امرأته بصفة، ثم أبانها بخلع أو طلاق، ثم عاد فتزوجها، ووجدت. الصفة، طلقت. ومثاله إذا قال: إن كلمت أباك فأنت طالق. ثم أبانها بخلع، ثم تزوجها، فكلمت أباها، فإنها تطلق. نص عليه أحمد. فأما إن وجدت الصفة في حال البينونة، ثم تزوجها، ثم وجدت مرة أخرى، فظاهر المذهب أنها تطلق. وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق. نص عليه في العتق، في رجل قال لعبده: أنت حر إن دخلت الدار. فباعه، ثم رجع، يعني فاشتراه، فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٠/٧

وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه، فإن دخل عتق. فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود، وجب أن يكون في الطلاق مثله، بل أولى؛ لأن العتق يتشوف الشرع إليه، ولذلك قال الخرقي: وإذا قال إن تزوجت فلانة فهي طالق. لم تطلق إن تزوجها. ولو قال: إن ملكت فلانا فهو حر. فملكه صار حرا. وهذا اختيار أبي الحسن التميمي. وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث، وإن لم توجد الصفة في حال البينونة. هذا مذهب مالك، وأبي حنيفة، وأحد أقوال الشافعي. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن الرجل إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثا إن دخلت الدار. فطلقها ثلاثا، ثم نكحت غيره، ثم نكحها الحالف، ثم دخلت الدار، أنه لا يقع عليها الطلاق. وهذا على مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي، لأن إطلاق الملك يقتضي ذلك فإن أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة، ثم تزوجها، انحلت يمينه في قولهم، وإن لم توجد الصفة في البينونة، ثم نكحها، لم تنحل في قول مالك، وأصحاب الرأي، وأحد أقوال الشافعي. وله قول آخر: لا تعود الصفة بحال. وهو اختيار المزني، وأبي إسحاق؛ لأن الإيقاع وجد قبل النكاح فلم يقع، كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها، فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية: أنت طالق إذا دخلت الدار. ثم تزوجها، ودخلت الدار لم تطلق. وهذا في معناه.

فأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة، انحلت اليمين؛ لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه، فسقطت اليمين، وإذا انحلت مرة، لم يمكن عودها إلا بعقد جديد. **ولنا** أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح، فيقع، كما لو لم يتخلله بينونة، أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك، وأبي حنيفة، ولم تفعل الصفة. وقولهم: أن هذا طلاق قبل نكاح. قلنا: يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث. وقولهم: تنحل الصفة بفعلها. قلنا: إنما تنحل بفعلها على وجه يحنث به؛ وذلك لأن اليمين حل وعقد، ثم ثبت أن عقدها يفتقر إلى الملك، فكذلك حلها، والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها، فلا تنحل اليمين.

وأما العتق ففيه روايتان:." (١)

"معنى طلاق السنة الطلاق الذي وافق أمر الله تعالى وأمر رسوله - صلى الله عليه وسلم - في الآية والخبرين المذكورين، وهو الطلاق في طهر لم يصبها فيه، ثم يتركها حتى تنقضي عدتها ولا خلاف في أنه إذا طلقها في طهر لم يصبها فيه، ثم تركها حتى تنقضي عدتها، أنه مصيب للسنة، مطلق للعدة التي أمر الله بها. قاله ابن عبد البر، وابن المنذر وقال ابن مسعود: طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع. وقال في قوله تعالى ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] . وقال: طاهرا من غير جماع. ونحوه عن ابن عباس وفي

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦١/٧

حديث ابن عمر الذي رويناه: «ليتركها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء» . فأما قوله: ثم يدعها حتى تنقضي عدتها. فمعناه أنه لا يتبعها طلاقا آخر قبل قضاء عدتها، ولو طلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار، كان حكم ذلك حكم جمع الثلاث في طهر واحد. قال أحمد: طلاق السنة واحدة، ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض. وكذلك قال مالك والأوزاعي، والشافعي وأبو عبيد وقال أبو حنيفة، والثوري: السنة أن يطلقها ثلاثا، في كل قرء طلقة. وهو قول سائر، الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر، حين قال له النبي – صلى الله عليه وسلم – «راجعها، ثم أمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر.» قالوا: وإنما أمره بإمساكها في هذا الطهر؛ لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل، فإذا مضى ومضت الحيضة التي بعده، أمره بطلاقها، وقوله في حديثه الآخر: " والسنة أن يستقبل الطهر، فيطلق لكل قرء ".

وروى النسائي بإسناده عن عبد الله، قال: طلاق السنة أن يطلقها تطليقة، وهي طاهر، في غير جماع، فإذا حاضت وطهرت، طلقها أخرى، فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى، ثم تعتد بعد ذلك بحيضة. **ولنا**، ما روي عن علي – رضي الله عنه – أنه قال: لا يطلق أحد للسنة فيندم. رواه الأثرم. وهذا إنما يحصل في حق من لم يطلق ثلاثا. وقال ابن سيرين: أن عليا كرم الله وجهه قال: لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق، ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدا، يطلقها تطليقة، ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثة، فمتى شاء راجعها. رواه النجاد بإسناده.

وروى ابن عبد البر، بإسناده عن ابن مسعود أنه قال: طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر، ثم يدعها حتى تنقضي عدتها، أو يراجعها إن شاء. فأما حديث ابن عمر الأول، فلا حجة فيه؛ لأنه ليس فيه جمع الثلاث، وأما حديثه الآخر، فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها، ومتى ارتجع بعد الطلقة ثم طلقها." (١)

"أن الرجعة تجب. واختارها. وهو قول مالك، وداود؛ لظاهر الأمر في الوجوب، ولأن الرجعة تجري مجرى استبقاء النكاح، واستبقاؤه هاهنا واجب؛ بدليل تحريم الطلاق، ولأن الرجعة إمساك للزوجة، بدليل قوله تعالى ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ [البقرة: ٢٣١] فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق.

وقال مالك، وداود: يجبر على رجعتها. قال أصحاب مالك: يجبر على رجعتها ما دامت في العدة. إلا أشهب، قال: ما لم تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر؛ لأنه لا يجب عليه إمساكها في تلك الحال، فلا يجب عليه رجعتها فيه. **ولنا**، أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة، فلم تجب عليه الرجعة فيه، كالطلاق في طهر مسها

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٥/٧

فيه، فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب. حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء. وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة.

وأما الأمر بالرجعة فمحمول على الاستحباب؛ لما ذكرنا. (٥٨١٨) فصل: فإن راجعها، وجب إمساكها حتى تطهر، واستحب إمساكها حتى تحيض حيضة أخرى ثم تطهر، على ما أمر به النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث ابن عمر الذي رويناه. قال ابن عبد البر: ذلك من وجوه عند أهل العلم؛ منها، أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها؛ إلا بالوطء؛ لأنه المبغي من النكاح، ولا يحصل الوطء إلا في الطهر، فإذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر، واعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته، ومنها أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة، فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء، كانت في معنى المطلقة قبل الدخول، وكانت تبني على عدتها، فأراد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قطع حكم الطلاق بالوطء، واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء، فإذا وطئ حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر، وقد جاء في حديث عن ابن عمر، أن رسول." (١)

"كانت حائضا، لزمها الطلاق إذا طهرت، وإن كانت طاهرة مجامعة فيه، فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة، لزمها الطلاق) . وجملة ذلك أنه إذا قال لامرأته: أنت طالق للسنة. فمعناه في وقت السنة، فإن كانت طاهرا غير مجامعة فيه، فهو وقت السنة على ما أسلفناه، وكذلك إن كانت حاملا. قال ابن عبد البر: لا خلاف بين العلماء أن الحمل طلاقها للسنة.

وقال أحمد: أذهب إلى حديث سالم عن أبيه: «ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا» . أخرجه مسلم وغيره. فأمره بالطلاق في الطهر أو في الحمل، فطلاق السنة ما وافق الأمر، ولأن مطلق الحامل التي استبان حملها قد دخل على بصيرة، فلا يخاف ظهور أمر يتجدد به الندم، وليست مرتابة؛ لعدم اشتباه الأمر عليها، فإذا قال لها: أنت طالق للسنة. في هاتين الحالتين، طلقت؛ لأنه وصف الطلقة بصفتها، فوقعت في الحال. وإن قال ذلك لحائض، لم تقع في الحال؛ لأن طلاقها طلاق بدعة. لكن إذا طهرت طلقت؛ لأن الصفة وجدت حينئذ، فصار كأنه قال: أنت طالق في النهار. فإن كانت في النهار طلقت، وإن كانت في الليل طلقت إذا جاء النهار.

وإن كانت في طهر جامعها فيه، لم يقع حتى تحيض ثم تطهر؛ لأن الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة، فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة، طلقت حينئذ، لأن الصفة وجدت. وهذا كله مذهب

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٧/٧

الشافعي، وأبي حنيفة، ولا أعلم فيه مخالفا. فإن أولج في آخر الحيضة، واتصل بأول الطهر، أو أولج مع أول الطهر، لم يقع الطلاق في ذلك الطهر، لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه، طلقت في أوله. وهذا كله. مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه مخالفا. (٥٨٢٣) فصل: إذا انقطع الدم من الحيض فقد دخل زمان السنة، ويقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل. كذلك قال أحمد. وهو ظاهر كلام الخرقي. وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك، وإن انقطع الدم لدون أكثره، لم يقع حتى تغتسل، أو تتيمم عند عدم الماء وتصلي، أو يخرج عنها وقت صلاة؛ لأنه متى لم يوجد، فما حكمنا بانقطاع حيضها.

ولنا، أنها طاهر. فوقع بها طلاق السنة، كالتي طهرت لأكثر الحيض؛ والدليل على أنها طاهر، أنها تؤمر بالغسل، ويلزمها ذلك، ويصح منها، وتؤمر بالصلاة، وتصح صلاتها، ولأن في حديث ابن عمر: «فإذا طهرت، طلقها إن شاء» . وما قاله غير صحيح، فإننا لو لم نحكم بالطهر، لما أمرناها بالغسل، ولا صح منها.." (١)

"[مسألة طلاق الزائل العقل بلا سكر]

(٥٨٣٧) مسألة؛ قال: (وطلاق الزائل العقل بلا سكر، لا يقع) . أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر، أو ما في معناه، لا يقع طلاقه. كذلك قال عثمان، وعلي، وسعيد بن المسيب، والحسن والنخعي، والشعبي، وأبو قلابة، وقتادة، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل إذا طلق في حال نومه، لا طلاق له.

وقد ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «رفع القلم عن ثلاثة؛ عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق.» وروي عن أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «كل الطلاق جائز، إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله.» رواه النجاد. وقال الترمذي: لا نعرفه إلا من حديث عطاء بن عجلان، وهو ذاهب الحديث. وروي بإسناد عن علي مثل ذلك. ولأنه قول يزيل الملك، فاعتبر له العقل، كالبيع.

وسواء زال عقله لجنون، أو إغماء، أو نوم، أو شرب دواء، أو إكراه على شرب خمر، أو شرب ما يزيل عقله شربه، ولا يعلم أنه مزيل للعقل، فكل هذا يمنع وقوع الطلاق، رواية واحدة، ولا نعلم فيه خلافا. فأما إن شرب البنج ونحوه مما يزيل عقله، عالما به، متلاعبا، فحكمه حكم السكران في طلاقه. وبهذا قال

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٧١

أصحاب الشافعي، وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يقع طلاقه؛ لأنه لا يلتذ بشربها. **ولنا**، أنه زال عقله بمعصية، فأشبه السكران.

[فصل المغمى عليه إذا طلق]

(٥٨٣٨) فصل: قال أحمد، في المغمى عليه إذا طلق، فلما أفاق علم أنه كان مغمى عليه، وهو ذاكر لذلك، فقال: إذا كان ذاكرا لذلك، فليس هو مغمى عليه، يجوز طلاقه. وقال، في رواية أبي طالب، في المجنون يطلق، فقيل له بعدما أفاق: إنك طلقت امرأتك. فقال: أنا أذكر أني طلقت، ولم يكن عقلي معي. فقال: إذا كان يذكر أنه طلق، فقد طلقت. فلم يجعله مجنونا إذا كان يذكر الطلاق، ويعلم به. وهذا، والله أعلم، في من جنونه بذهاب معرفته بالكلية، وبطلان حواسه، فأما من كان جنونه لنشاف أو كان مبرسما، فإنه يسقط حكم تصرفه، مع أن معرفته غير ذاهبة بالكلية، فلا يضره ذكره للطلاق، إن شاء الله تعالى.." (١)

"في يمينه، فله تأويله، يقبل قوله في نيته؛ لأن الإكراه دليل له على تأويله. وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق، لم يقع؛ لأنه معذور. وذكر أصحاب الشافعي وجها أنه يقع؛ لأنه لا مكره له على نيته.

ولنا، أنه مكره عليه، فلم يقع؛ لعموم ما ذكرنا من الأدلة، ولأنه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال، فتفوت الرخصة.

[باب تصريح الطلاق وغيره]

وجملة ذلك أن الطلاق لا يقع إلا بلفظ، فلو نواه بقلبه من غير لفظ، لم يقع في قول عامة أهل العلم؛ منهم عطاء، وجابر بن زيد، وسعيد بن جبير، ويحيى بن أبي كثير، والشافعي، وإسحاق. وروي أيضا عن القاسم، وسالم، والحسن، والشعبي. وقال الزهري: إذا عزم على ذلك طلقت. وقال ابن سيرين، في من طلق في نفسه: أليس قد علمه الله؟ . **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها، ما لم تتكلم به أو تعمل» . رواه النسائي، والترمذي. وقال: هذا حديث صحيح ولأنه تصرف يزيل الملك، فلم يحصل بالنية كالبيع والهبة. وإن نواه بقلبه، وأشار بأصابعه، لم يقع أيضا؛ لما ذكرناه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٨/٧

إذا ثبت أنه يعتبر فيه اللفظ، فاللفظ ينقسم فيه إلى صريح وكناية، فالصريح يقع به الطلاق من غير نية، والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه، أو يأتي بما يقوم مقام نيته.

[مسألة قال قد طلقتك أو قد فارقتك أو قد سرحتك]

(٥٨٥١) مسألة؛ قال: (وإذا قال: قد طلقتك، أو قد فارقتك، أو قد سرحتك. لزمها الطلاق) هذا يقتضي أن صريح الطلاق ثلاثة ألفاظ؛ الطلاق، والفراق، والسراح، وما تصرف منهن. وهذا مذهب الشافعي. وذهب أبو عبد الله بن حامد، إلى أن صريح الطلاق لفظ الطلاق وحده، وما تصرف منه لا غير. وهو مذهب أبي حنيفة، ومالك، إلا أن مالكا يوقع الطلاق به بغير نية؛ لأن الكنايات الظاهرة لا تفتقر عنده إلى النية. وحجة هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيرا، فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته. ووجه الأول أن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب بمعنى الفرقة بين الزوجين، فكانا صريحين فيه، كلفظ الطلاق، قال الله تعالى ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] وقال ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ [البقرة: ٢٣١] وقال سبحانه ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته﴾ [النساء: ١٣٠] وقال." [(١)]

"[فصل صريح الطلاق بالعجمية]

(٥٨٥٤) فصل: وصريح الطلاق بالعجمية بهشتم، فإذا أتى بها العجمي، وقع الطلاق منه بغير نية. وقال النخعي، وأبو حنيفة: هو كناية، لا يطلق به إلا بنية؛ لأن معناه خليتك، وهذه اللفظة كناية. **ولنا**، أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق، يستعملونها فيه، فأشبهت لفظ الطلاق بالعربية، ولو لم تكن هذه صريحة، لم يكن في العجمية صريح للطلاق، وهذا بعيد، ولا يضر كونها بمعنى خليتك، فإن معنى طلقتك خليتك أيضا، إلا أنه لما كان موضوعا له، يستعمل فيه، كان صريحا، كذا هذه، ولا خلاف في أنه إذا نوى بها الطلاق، كانت طلاقا، كذلك قال الشعبي، والنخعي، والحسن، ومالك، والثوري، وأبو حنيفة، وزفر، والشافعي.

[مسألة قال لها في الغضب أنت حرة أو لطمها فقال هذا طلاقك]

(٥٨٥٥) مسألة؛ قال: (وإذا قال لها في الغضب: أنت حرة، أو لطمها، فقال: هذا طلاقك فقد وقع الطلاق) الكلام في هذه المسألة في فصلين: (٥٨٥٦) الفصل الأول: في أن هذا اللفظ كناية في الطلاق،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٨٥

إذا نواه به وقع، ولا يقع من غير نية، ولا دلالة حال، ولا نعلم خلافا في: أنت حرة، أنه كناية. فأما إذا لطمها، وقال: هذا طلاقك. فإن كثيرا من الفقهاء قالوا: ليس هذا كناية، ولا يقع به طلاق، وإن نوى؛ لأن هذا لا يؤدي معنى الطلاق، ولا هو سبب له، ولا حكم فلم يصح التعبير به عنه، كقوله: غفر الله لك. وقال ابن حامد: يقع به الطلاق من غير نية؛ لأن تقديره: أوقعت عليك طلاقا، هذا الضرب من أجله، فعلى قوله يكون هذا صريحا.

وقول الخرقي محتمل لهذا أيضا، ويحتمل أنه إنما يوقعه إذا كان في حال الغضب، فيكون الغضب قائما مقام النية، كما قام مقامها في قوله: أنت حرة. ويحتمل أن يكون لطمه لها قرينة تقوم مقام النية؛ لأنه يصدر عن الغضب، فجرى مجراه. والصحيح أنه كناية في الطلاق؛ لأنه محتمل بالتقدير الذي ذكره ابن حامد، ويحتمل أن يريد أنه سبب لطلاقك، لكون الطلاق معلقا عليه، فصح أن يعبر به عنه، وليس بصريح؛ لأنه احتاج إلى تقدير، ولو كان صريحا لم يحتج إلى ذلك، ولأنه غير موضوع له، ولا مستعمل فيه شرعا، ولا عرفا، فأشبه سائر الكنايات.

وعلى قياسه ما لو أطعمها، أو سقاها، أو كساها، وقال: هذا طلاقك. أو لو فعلت المرأة فعلا من قيام، أو قعود، أو فعل هو فعلا، وقال: هذا طلاقك. فهو مثل لطمها، إلا في أن اللطم يدل على الغضب القائم مقام النية، فيكون هو أيضا قائما مقامها في وجه، وما ذكرنا لا يقوم مقام النية عند من اعتبرها.." (١)

"سائر الكنايات. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يقع اثنتان، وإن نواهما وقع واحدة. وقد تقدم ذكر ذلك.

وإن قال: أنت واحدة. فهي كناية خفية، لكنها لا تقع بها إلا واحدة. وإن نوى ثلاثا؛ لأنها لا تحتمل غير الواحدة. وإن قال: أغناك الله. فهي كناية خفية؛ لأنه يحتمل: أغناك الله بالطلاق. لقول الله تعالى: ﴿وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته﴾ [النساء: ١٣٠] .

[فصل الطلاق الواقع بالكنايات]

(٥٨٦٢) فصل: والطلاق الواقع بالكنايات رجعي، ما لم يقع الثلاث في ظاهر المذهب. وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة كلها بوائن، إلا: اعتدي. واستبرئي رحمك. وأنت واحدة؛ لأنها تقتضي البينونة، فتقع البينونة، كقوله: أنت طالق ثلاثا. **ولنا** أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض، ولا استيفاء عدد، فوجب أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٨/٧

يكون رجعيا، كصريح الطلاق، وما سلموه من الكنايات. وقولهم: إنها تقتضي البينونة قلنا: فينبغي أن تبين بثلاث؛ لأن المدخول بها لا تبين إلا بثلاث أو عوض.

[فصل ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق]

(٥٨٦٣) فصل: فأما ما لا يشبه الطلاق، ولا يدل على الفراق، كقوله: اقعدي. وقومي. وكلي. واشربي. واقربي. وأطعميني واسقيني. وبارك الله عليك. وغفر الله لك. وما أحسنك. وأشباه ذلك، فليس بكناية، ولا تطلق به، وإن نوى؛ لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق، فلو وقع الطلاق به لوقع بمجرد النية، وقد ذكرنا أنه لا يقع بها. وبهذا قال أبو حنيفة. واختلف أصحاب الشافعي في قوله: كلي. واشربي. فقال بعضهم: كقولنا، وقال بعضهم: هو كناية؛ لأنه يحتمل: كلي ألم الطلاق. واشربي كأس الفراق. فوقع به، كقولنا: ذوقي، وتجرعي.

ولنا، أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لا ضرر فيه، كنحو قوله تعالى: ﴿كلوا واشربوا هنيئا بما كنتم تعملون﴾ [الطور: ١٩] . وقال: ﴿فكلوه هنيئا مريئا﴾ [النساء: ٤] . فلم يكن كناية، كقوله: أطعميني. وفارق ذوقي. وتجرعي؛ فإنه يستعمل في المكاره، كقول الله تعالى: ﴿ذق إنك أنت العزيز الكريم﴾ [الدخان: ٤٩]." (١)

"والثانية، لا تطلق. وهو قول الحسن، والزهري، وأبي عبيد، قال أحمد، في رواية مهنا، في رجل له امرأتان، فقال: فلانة أنت طالق. فالتفتت، فإذا هي غير التي حلف عليها، قال: قال إبراهيم: يطلقان. والحسن يقول: تطلق التي نوى. قيل له: ما تقول أنت؟ قال: تطلق التي نوى. ووجهه أنه لم يقصدها بالطلاق، فلم تطلق، كما لو أراد أن يقول: أنت طاهر. فسبق لسانه، فقال: أنت طالق. وقال أبو بكر: لا يختلف كلام أحمد أنها لا تطلق. وقال الشافعي: تطلق المجيبة وحدها؛ لأنها مخاطبة بالطلاق، فطلقت، كما لو لم ينو غيرها، ولا تطلق المنوية؛ لأنه لم يخاطبها بالطلاق، ولم تعترف بطلاقها، وهذا يبطل بما لو علم أن المجيبة عمرة، فإن المنوية تطلق بإرادتها بالطلاق، ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به؛ لأن الاعتراف بما لا يوجب لا يوجب، ولأن الغائبة مقصودة بلفظ الطلاق، فطلقت كما لو علم الحال. (٥٨٧٠) فصل: وإن أشار إلى عمرة، فقال: يا حفصة، أنت طالق. وأراد طلاق عمرة، فسبق لسانه إلى نداء حفصة، طلقت عمرة وحدها؛ لأنه لم يرد بلفظه إلا طلاقها، وإنما سبق لسانه إلى غير ما أراده، فأشبه ما لو أراد أن يقول:

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٩٥

أنت طاهر. فسبق لسانه إلى أنت طالق.

وإن أتى باللفظ مع علمه أن المشار إليها عمرة، طلقتا معا، عمرة بالإشارة إليها، وإضافة الطلاق إليها، وحفصة بنيته، وبلفظه بها. وإن ظن أن المشار إليها حفصة، طلقت حفصة، وفي عمرة روايتان، كالتي قبلها.

[فصل لقي أجنبية ظنها زوجته فقال فلانة أنت طالق]

(٥٨٧١) فصل: وإن لقي أجنبية، ظنها زوجته، فقال: فلانة أنت طالق. فإذا هي أجنبية، طلقت زوجته، نص عليه أحمد. وقال الشافعي: لا تطلق؛ لأنه خاطب بالطلاق غيرها، فلم يقع، كما لو علم أنها أجنبية، فقال: أنت طالق. **ولنا**، أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق، فطلقت، كما لو قال: علمت أنها أجنبية، وأردت طلاق زوجتي. وإن قال لها: أنت طالق. ولم يذكر اسم زوجته، احتمل؛ وذلك أيضا لأنه قصد امرأته بلفظ الطلاق، واحتمل أن لا تطلق؛ لأنه لم يخاطبها بالطلاق، ولا ذكر اسمها معه. وإن علمها أجنبية، وأراد بالطلاق زوجته، طلقت. وإن لم يردها بالطلاق، لم تطلق.." (١)

"[فصل لقي امرأته فظنها أجنبية فقال أنت طالق]

(٥٨٧٢) فصل: وإن لقي امرأته، فظنها أجنبية، فقال: أنت طالق، أو تنحي يا مطلقة. أو لقي أمته، فظنها أجنبية، فقال: أنت حرة، أو تنحي يا حرة. فقال أبو بكر، فيمن لقي امرأته، فقال: تنحي يا مطلقة، أو يا حرة. وهو لا يعرفها، فإذا هي زوجته أو أمته: لا يقع بهما طلاق ولا حرية؛ لأنه لم يرد بهما ذلك، فلم يقع بهما شيء، كسبق اللسان إلى ما لم يرده. ويحتمل أن لا تعتق الأمة؛ لأن العادة من الناس مخاطبة من لا يعرفها بقوله: يا حرة. وتطلق الزوجة؛ لعدم العادة بالمخاطبة بقوله: يا مطلقة.

[فصل الطلاق من غير نية]

(٥٨٧٣) فصل: فأما غير الصريح؛ فلا يقع الطلاق به إلا بنية، أو دلالة حال. وقال مالك الكنايات الظاهرة، كقوله: أنت بائن، وبتة، وبتلة، وحرام. يقع بها الطلاق من غير نية. قال القاضي، في " الشرح ": وهذا ظاهر كلام أحمد، والخرقي؛ لأنها مستعملة في الطلاق في العرف، فصارت كالصريح. **ولنا**، أن هذه كناية لم تعرف بإرادة الطلاق بها، ولا اختصت به، فلم يقع الطلاق بها بمجرد اللفظ، كسائر الكنايات،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٩٩

وإذا ثبت اعتبار النية، فإنها تعتبر مقارنة للفظ، فإن وجدت في ابتدائه، وعريت عنه في سائره، وقع الطلاق. وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقع، فلو قال: أنت بائن ينوي الطلاق، وعريت نيته حين قال: أنت بائن، لا يقع؛ لأن القدر الذي صاحبته النية لا يقع به شيء. **ولنا** أن ما تعتبر له النية يكتفي فيه بوجودها في أوله، كالصلاة وسائر العبادات، فأما إن تلفظ بالكناية غير ناو، ثم نوى بها بعد ذلك، لم يقع بها الطلاق، وكما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه.

[مسألة قيل له ألك امرأة فقال لا وأراد به الكذب]

(٥٨٧٤) مسألة؛ قال: (ولو قيل له: ألك امرأة؟ فقال: لا. وأراد به الكذب، لم يلزمه شيء. ولو قال: قد طلقتها. وأراد به الكذب، لزمه الطلاق) إنما لم يلزمه إذا أراد الكذب؛ لأن قوله: ما لي امرأة. كناية تفتقر إلى نية الطلاق، وإذا نوى الكذب فما نوى الطلاق، فلم يقع. وهكذا لو نوى أنه ليس لي امرأة تخدمني، أو ترضيني، أو أني كمن." (١)

"لا امرأة له، أو لم ينو شيئا لم تطلق؛ لعدم النية المشترطة في الكناية، وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها، طلقت؛ لأنها كناية صحبتها النية.

وبهذا قال الزهري، ومالك، وحماد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة، والشافعي، وقال أبو يوسف، ومحمد: لا تطلق؛ فإن هذا ليس بكناية، وإنما هو خبر هو كاذب فيه، وليس بإيقاع. **ولنا**، أنه محتمل الطلاق؛ لأنه إذا طلقها فليست له بامرأة، فأشبه قوله: أنت بائن. وغيرها من الكنايات الظاهرة، وهذا يبطل قولهم. فأما إن قال: طلقتها. وأراد الكذب طلقت؛ لأن لفظ الطلاق صريح، يقع به الطلاق من غير نية. وإن قال: خليتها، أو أبنتها. افتقر إلى النية؛ لأنه كناية لا يقع به الطلاق من غير نية. (٥٨٧٥) فصل: فإن قيل له: أطلقت امرأتك؟ فقال: نعم. أو قيل له: امرأتك طالق؟ فقال: نعم. طلقت امرأته، وإن لم ينو.

وهذا الصحيح من مذهب الشافعي، واختيار المزني؛ لأن نعم صريح في الجواب، والجواب الصريح للفظ الصريح صريح، ألا ترى أنه لو قيل له: ألفلان عليك ألف؟ فقال: نعم. وجب عليه. وإن قيل له: طلقت امرأتك؟ فقال: قد كان بعض ذلك. وقال: أردت الإيقاع. وقع. وإن قال: أردت أني علقت طلاقها بشرط. قبل؛ لأنه محتمل لما قاله. وإن قال: أردت الإخبار عن شيء ماض. أو قيل له: ألك امرأة؟ فقال: قد طلقتها. ثم قال: إنما أردت أني طلقتها في نكاح آخر. دين فيما بينه وبين الله تعالى، فأما في الحكم؛ فإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/ ٤٠٠

لم يكن ذلك وجد منه، لم يقبل؛ لأنه لا يحتمل ما قاله، وإن كان وجد، فعلى وجهين.

[فصل قال علي يمين بالطلاق ولم يكن حلف]

فصل: فإن قال: حلفت بالطلاق. أو قال: علي يمين بالطلاق. ولم يكن حلف، لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى، ولزمه ما أقر به في الحكم. ذكره القاضي، وأبو الخطاب. وقال أحمد، في رواية محمد بن الحكم، في الرجل يقول: حلفت بالطلاق. ولم يكن حلف: هي كذبة، ليس عليه يمين. وذلك رأن قوله: له حلفت. ليس بحلف، وإنما هو خبر عن الحلف، فإذا كان كاذبا فيه، لم يصر حالفا، كما لو قال: حلفت بالله. وكان كاذبا. واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به في الحكم. وحكى في زاد المسافر عن الميموني، عن أحمد، أنه قال: إذا قال: حلفت بالطلاق. ولم يكن حلف، يلزمه الطلاق، ويرجع إلى نيته في الطلاق الثلاث أو الواحد.

وقال القاضي: معنى قول أحمد: يلزمه الطلاق. أي في الحكم، ويحتمل أنه أراد يلزمه الطلاق إذا نوى به الطلاق، فجعله كناية عنه؛ ولذلك قال: يرجع إلى نيته. أما الذي قصد الكذب،." (١)

"**ولنا**، أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق؛ لأنه نقل ملك بعوض، والطلاق مجرد إسقاط لا يقتضي العوض، فلم يقع به طلاق كقوله: أطعميني، واسقيني.

[مسألة جعل أمر امرأته بيدها]

(٥٨٧٩) مسألة؛ قال: (وإذا قال لها: أمرك بيدك. فهو بيدها، وإن تطاول، ما لم يفسخ أو يطأها) وجملة ذلك أن الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه، وبين أن يوكل فيه، وبين أن يفوضه إلى المرأة، ويجعله إلى اختيارها؛ بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - خير نساءه، فاخترنه. ومتى جعل أمر امرأته بيدها، فهو بيدها أبدا، لا يتقيد ذلك بالمجلس. روي ذلك عن علي - رضي الله عنه -. وبه قال الحكم، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي: هو مقصور على المجلس، ولا طلاق لها بعد مفارقته؛ لأنه تخيير لها، فكان مقصورا على المجلس، كقوله: اختاري. **ولنا**، قول علي - رضي الله عنه - في رجل جعل أمر امرأته بيدها، قال: هو لها حتى تنكل. ولا نعرف له في الصحابة مخالفا، فيكون إجماعا. ولأنه نوع توكيل في الطلاق، فكان على التراخي، كما لو جعله لأجنبي، وفارق قوله: اختاري. فإنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٠١

تخيير. فإن رجع الزوج فيما جعل إليها، أو قال: فسخت ما جعلت إليك. بطل.

وبذلك قال عطاء، ومجاهد، والشعبي، والنخعي، والأوزاعي، وإسحاق. وقال الزهري، والثوري، ومالك، وأصحاب الرأي: ليس له الرجوع؛ لأنه ملكها ذلك، فلم يملك الرجوع، كما لو طلقت. **ولنا**، أنه توكيل، فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع، وكما لو خاطب بذلك أجنبيا. وقولهم: تمليك. لا يصح؛ فإن الطلاق لا يصح تمليكه، ولا ينتقل عن الزوج، وإنما ينوب فيه غيره عنه، فإذا استناب غيره فيه كان توكيلا لا غير، ثم وإن سلم أنه تمليك، فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به، كالبيع. وإن وطئها الزوج كان رجوعا؛ لأنه نوع توكيل، والتصرف فيما وكل فيه يبطل الوكالة. وإن ردت المرأة ما جعل إليه، بطل، كما تبطل الوكالة بفسخ الوكيل.

(٥٨٨٠) فصل: ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول، ما لم ينو به إيقاع طلاقها في الحال، أو تطلق نفسها. ومتى ردت الأمر الذي جعل إليها، بطل، ولم يقع شيء، في قول أكثر أهل العلم؛ منهم ابن عمر، وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، ومسروق، وعطاء، ومجاهد، والزهري والثوري والأوزاعي والشافعي. وقال قتادة: إن ردت، فواحدة رجعية. **ولنا**، أنه توكيل، أو تمليك لم يقبله المملك، فلم يقع به شيء، كسائر التوكيل والتمليك." (١)

"فأما إن نوى بهذا تطليقها في الحال، طلقت في الحال، ولم يحتج إلى قبولها، كما لو قال: حبلك على غاربك.

[مسألة المملكة والمخيرة إذا قالت اخترت نفسي]

(٥٨٨١) مسألة؛ قال: (فإن قالت: اخترت نفسي. فواحدة، تملك الرجعة) . وجملة الأمر أن المملكة والمخيرة إذا قالت: اخترت نفسي. فهي واحدة رجعية. وروي ذلك عن عمر، وابن مسعود، وابن عباس. وبه قال عمر بن عبد العزيز، والثوري، وابن أبي ليلى، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور. وروي عن علي أنها واحدة بائنة. وبه قال أبو حنيفة وأصحابه؛ لأن تمليكه إياها أمرها يقتضي زوال سلطانه عنها، وإذا قبلت ذلك بالاختيار، وجب أن يزول عنها، ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة. وعن زيد بن ثابت أنها ثلاث. وبه قال الحسن، ومالك، والليث، إلا أن مالكا قال: إذا لم تكن مدخولا بها قبل منه، إذا أراد واحدة أو اثنتين، وحجتهم أن ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها، ولا يكون ذلك إلا بثلاث. وفي قول مالك أن غير

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٠٣

المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة، فاكتفي بها. ولنا أنها لم تطلق بلفظ الثلاث، ولا نوت ذلك، فلم تطلق ثلاثا، كما لو أتى الزوج بالكناية الخفية.

(٥٨٨٢) فصل: وهذا إذا لم تنو أكثر من واحدة، فإن نوت أكثر من واحدة، وقع ما نوت؛ لأنها تملك الثلاث بالتصريح، فتملكها بالكناية، كالزوج. وهكذا إن أتت بشيء من الكنايات، فحكمها فيها حكم الزوج، إن كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج، وقع بها الثلاث إذا أتت بها، وإن كانت من الكنايات الخفية، نحو قولها: لا يدخل علي. ونحوها، وقع ما نوت. قال أحمد: إذا قال لها: أمرك بيدك. فقالت: لا يدخل علي إلا بإذن. تنوي في ذلك، إن قالت: واحدة، فواحدة، وإن قالت: أردت أن أغيظه. قبل منها. يعني لا يقع شيء.

وكذلك لو جعل أمرها في يد أجنبي فأتى بهذه الكنايات، لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق. ثم إن طلق بلفظ صريح ثلاثا، أو بكناية ظاهرة. طلقت ثلاثا، وإن كان بكناية خفية، وقع ما نواه.

[فصل قال إن تكلمت فأنت طالق فتكلمت]

(٥٨٨٣) فصل: وقوله: أمرك بيدك. وقوله: اختاري نفسك كناية في حق الزوج، يفتقر إلى نية أو دلالة حال، كما في سائر الكنايات، فإن عدم لم يقع به طلاق؛ لأنه ليس بصريح، وإنما هو كناية." (١)

"لك الخيار في طلاق امرأتي. أو قال: طلق امرأتي. وقال أصحاب أبي حنيفة: ذلك مقصور على المجلس؛ لأنه نوع تخيير، أشبه ما لو قال: اختاري. ولنا، أنه توكيل مطلق، فكان على التراخي، كالتوكيل في البيع. وإذا ثبت هذا فله أن يطلقها، ما لم يفسخ أو يطأها، وله أن يطلق واحدة وثلاثا كالمرأة، وليس له أن يجعل الأمر إلا بيد من يجوز توكيله، وهو العاقل، فأما الطفل والمجنون، فلا يصح أن يجعل الأمر بأيديهم، فإن فعل، فطلق واحد منهم، لم يقع طلاقه. وقال أصحاب الرأي: يصح.

ولنا أنهما ليسا من أهل التصرف، فلم يصح تصرفهم، كما لو وكلهم في العتق. وإن جعله في يد كافر، أو عبد صح؛ لأنه ممن يصح طلاقه لنفسه، فصح توكيلهما فيه. وإن جعله في يد امرأة، صح؛ لأنه يصح توكيلها في العتق، فصح في الطلاق، كالرجل. وإن جعله في يد صبي يعقل الطلاق، انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته، وقد مضى ذلك. وقد نص أحمد هاهنا على اعتبار وكالته بطلاقه، فقال: إذا قال الصبي: طلق امرأتي ثلاثا. فطلقها ثلاثا، لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق، أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٠٤

أكان يجوز طلاقه؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه. وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها، لم تملك ذلك. نص عليه أحمد، في امرأة صغيرة قال لها: أمرك بيدك. فقالت: اخترت نفسي. ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل. وهذا لأنه تصرف بحكم التوكيل، وليست من أهل التصرف وظاهر كلام أحمد أنها إذا عقلت الطلاق، وقع طلاقها. وإن لم تبلغ، كما قررناه في الصبي إذا طلق.

وفي الصبي رواية أخرى: لا يقع طلاقه حتى يبلغ، فكذلك يخرج في هذه؛ لأنها مثله في المعنى. والله أعلم.

(٥٨٨٦) فصل: فإن جعله في يد اثنين، أو وكل اثنين في طلاق زوجته، صح، وليس لأحدهما أن يطلق على الانفراد، إلا أن يجعل إليه ذلك؛ لأنه إنما رضي بتصرفهما جميعا. وبهذا قال الحسن، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأبو عبيد، وابن المنذر. وإن طلق أحدهما واحدة، والآخر ثلاثا، وقعت واحدة، وبهذا قال إسحاق. وقال الثوري: لا يقع شيء. **ولنا**، أنهما طلقا جميعا واحدة، مأذونا فيها، فصح لو جعل إليهما واحدة.." [١]

"حتى تستأمري أبويك. ونحوه، فلها الخيار على التراخي؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال ذلك لعائشة، فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير. وإن قال: اختاري نفسك اليوم، واختاري نفسك غدا. فردته في اليوم الأول، لم يبطل في الثاني. وقال أبو حنيفة: لا يبطل في المسألة الأولى أيضا؛ لأنهما خياران في زمنين، فلم يبطل أحدهما برد الآخر، قياسا على المسألة الثانية.

ولنا، أنه خيار واحد، في مدة واحدة، فإذا بطل أوله بطل ما بعده، كما لو كان الخيار في يوم واحد، وكخيار الشرط وخيار المعتقة، ولا نسلم أنهما خياران، وإنما هو خيار واحد في يومين، وفارق ما إذا قال: اختاري نفسك اليوم، واختاري نفسك غدا. فإنهما خياران؛ لأن كل واحد ثبت بسبب مفرد. ولو خيرها شهرا، فاختارت نفسها، ثم تزوجها، لم يكن لها عليه خيار، وعند أبي حنيفة لها الخيار. **ولنا** أنها استوفت ما جعل لها في هذا العقد، فلم يكن لها في عقد ثان، كما لو اشترط الخيار في سلعة مدة، ثم فسخ، ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة. ولو لم تختر نفسها، أو اختارت زوجها، وطلقها الزوج، ثم تزوجها، بطل خيارها؛ لأن الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه، كما في البيع.

والحكم في قوله: أمرك بيدك. في هذا كله، كالحكم في التخيير؛ لأنه نوع تخيير. ولو قال لها: اختاري،

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٠٦

أو أمرك بيدك، اليوم وبعد الغد، فردت في اليوم الأول، لم يبطل بعد في غد؛ لأنهما خياران ينفصل أحدهما من صاحبه، فلم يبطل أحدهما ببطلان الآخر، بخلاف ما إذا كان الزمان متصلا واللفظ واحدا، فإنه خيار واحد، فبطل كله ببطلان بعضه. وإن قال: لك الخيار يوما. أو أمرك بيدك يوما. فابتداؤه من حين نطق به إلى مثله من الغد؛ لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك. وإن قال شهرا. فمن ساعة نطق إلى استكمال ثلاثين يوما إلى مثل تلك الساعة. وإن قال: الشهر. أو اليوم. أو السنة. فهو على ما بقي من اليوم والشهر والسنة.

[مسألة قال اختاري من الثلاث ما شئت في الطلاق]

(٥٨٩١) مسألة؛ قال: (وليس لها أن تختار من واحدة، إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك) وجملة الأمر أن لفظة التخيير لا تقتضي بمطلقها أكثر من تطليقة رجعية. قال أحمد هذا قول ابن عمر، وابن مسعود، وزيد بن ثابت، وعمر، وعائشة – رضي الله عنهم –. وروي ذلك عن جابر، وعبد الله بن عمر. وقال أبو حنيفة: هي واحدة بائن. وهو قول ابن شبرمة، لأن اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه عنها، ولا يكون إلا بالبينونة. وقال مالك: هي ثلاث في المدخول بها؛ لأن المدخول بها لا تبين بأقل من ثلاث، إلا أن تكون بعوض. **ولنا** إجماع الصحابة – رضي الله عنهم –، فإن من سمينا منهم قالوا: إن اختارت نفسها، فهي واحدة،." (١)

"وهو أحق بها. رواه النجاد عنهم بأسانيده.

ولأن قوله: اختاري تفويض مطلق، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم، وذلك طلقة واحدة، ولا يجوز أن تكون بائنا؛ لأنها طلقة بغير عوض، لم يكمل بها العدد بعد الدخول، فأشبه ما لو طلقها واحدة. ويخالف قوله: أمرك بيدك، فإنه للعموم، فإنه اسم جنس، فيتناول جميع أمرها، لكن إن جعل إليها أكثر من ذلك، فلها ما جعل إليها، سواء جعله بلفظه، مثل أن يقول: اختاري ما شئت. أو اختاري الطلقات الثلاث إن شئت. فلها أن تختار ذلك. فإن قال: اختاري من الثلاث ما شئت. فلها أن تختار واحدة أو اثنتين، وليس لها اختيار الثلاث بكمالها؛ لأن من للتبعيض، فقد جعل لها اختيار بعض الثلاث، فلا يكون لها اختيار الجميع، أو جعله نيته، وهو أن ينوي بقوله: اختاري. عددا، فإنه يرجع إلى ما نواه؛ لأن قوله: اختاري كناية خفية، فيرجع في قدر ما يقع بها إلى نيته، كسائر الكنايات الخفية، فإن نوى ثلاثا، أو اثنتين، أو واحدة، فهو

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٠٩

على ما نوى، وإن أطلق النية، فهي واحدة، وإن نوى ثلاثا، فطلقت أقل منها، وقع ما طلقته؛ لأنه يعتبر قولهما جميعا، فيقع ما اجتمعا عليه، كالوكيلين إذا طلق واحد منهما واحدة والآخر ثلاثا.

[فصل خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار]

(٥٨٩٢) فصل: وإن خيرها، فاختارت زوجها، أو ردت الخيار، أو الأمر، لم يقع شيء. نص عليه أحمد، في رواية الجماعة. وروي ذلك عن عمر، وعلي، وزيد، وابن مسعود، وابن عباس، وعمر بن عبد العزيز، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، والشافعي، وابن المنذر. وعن الحسن: تكون واحدة رجعية، وروي ذلك عن علي. ورواه إسحاق بن منصور عن أحمد. قال: فإن اختارت زوجها، فواحدة يملك الرجعة، وإن اختارت نفسها فثلاث. قال أبو بكر: انفرد بهذا إسحاق بن منصور، والعمل على ما رواه الجماعة.

ووجه هذه الرواية، أن التخيير كناية نوى بها الطلاق، فوقع بها بمجردها، كسائر كناياته. وكقوله: انكحي من شئت. ولنا، قول عائشة: قد خيرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أفكان طلاقا، وقالت: «لما أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بتخيير أزواجه، بدأ بي، فقال: إني لمخبرك خبرا، فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك. ثم قال: إن الله تعالى قال: ﴿يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها﴾ [الأحزاب: ٢٨] . حتى بلغ: ﴿فإن الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما﴾ [الأحزاب: ٢٩] . فقلت: في أي هذا استأمر أبوي، فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة. قالت: ثم فعل أزواج النبي - صلى الله عليه وسلم - مثل ما فعلت. متفق عليهما.» قال مسروق: ما أبالي خيرت امرأتي واحدة، أو مائة، أو ألفا، بعد أن تختارني، ولأنها مخيرة اختارت النكاح، فلم يقع بها الطلاق، كالمعتقة تحت عبد.

فأما إن قالت: اخترت نفسي." (١)

"فيفتقر إلى نيتها؛ لأنه لفظ كناية منها. فإن نوى أحدهما دون الآخر، لم يقع؛ لأن الزوج إذا لم ينو فما فوض إليها الطلاق، فلا يصح أن يوقعه، وإن نوى ولم تنو هي، فقد فوض إليها الطلاق، فما أوقعته، فلم يقع شيء، كما لو وكل وكيلا في الطلاق، فلم يطلق. وإن نويا جميعا، وقع ما نوياه من العدد إن اتفقا فيه، وإن نوى أحدهما أقل من الآخر، وقع الأقل؛ لأن ما زاد انفرد به أحدهما، فلم يقع.

[فصل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت قبلت]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤١٠

(٥٨٩٣) فصل: وإن قال: أمرك بيدك، أو اختاري. فقالت: قبلت. لم يقع شيء؛ لأن أمرك بيدك. توكيل، فقولها في جوابه: قبلت. ينصرف إلى قبول الوكالة، فلم يقع شيء، كما لو قال لأجنبي: أمر امرأتي بيدك. فقال: قبلت. وقوله: اختاري. في معناه. وكذلك إن قالت: أخذت أمري. نص عليهما أحمد في رواية إبراهيم بن هانئ، إذا قال لامرأته: أمرك بيدك. فقالت: قبلت. ليس بشيء حتى تبين. وقال: إذا قالت: أخذت أمري. ليس بشيء. قال: وإذا قال لامرأته: اختاري. فقالت: قبلت نفسي. أو قالت: اخترت نفسي. كان أبين. قال القاضي: ولو قالت: اخترت. ولم تقل: نفسي. لم تطلق، وإن نوت. ولو قال الزوج: اختاري. ولم يقل: نفسك. ولم ينوه، لم تطلق، ما لم تذكر نفسها، ما لم يكن في كلام الزوج أو جوابها ما يصرف الكلام إليه؛ لأن ذلك في حكم التفسير، فإذا عري عن ذلك لم يصح. وإن قالت: اخترت زوجي. أو اخترت البقاء على النكاح. أو رددت الخيار، أو رددت عليك سفهتك. بطل الخيار. وإن قالت: اخترت أهلي. أو أبوي. ونوت، وقع الطلاق؛ لأن هذا يصلح كناية من الزوج، فيما إذا قال: الحقي بأهلك. فكذلك منها. وإن قالت: اخترت الأزواج. فكذلك؛ لأنهم لا يحلون إلا بمفارقة هذا الزوج، ولذلك كان كناية منه في قوله: انكحي من شئت.

(٥٨٩٤) فصل: فإن كرر، لفظة الخيار، فقال: اختاري، اختاري، اختاري. فقال: أحمد إن كان إنما يردد عليها ليفهمها، وليس نيته ثلاثا، فهي واحدة، وإن كان أراد بذلك ثلاثا، فهي ثلاث، فرد الأمر إلى نيته في ذلك. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة إذا قبلت، وقع ثلاثا؛ لأنه كرر ما يقع به الطلاق، فتكرر، كما لو كرر الطلاق. **ولنا**، أنه يحتمل التأكيد، فإذا قصده قبل منه، كما لو قال: أنت طالق الطلاق. وإن أطلق، فقد روي عن أحمد ما يدل على أنها واحدة يملك الرجعة. وهذا اختيار القاضي، ومذهب عطاء، وأبي ثور؛." (١)

"لأن تكرير التخيير لا يزيد به الخيار، كشرط الخيار في البيع.

وروي عن أحمد، إذا قال لامرأته: اختاري. فقالت: اخترت نفسي. هي واحدة، إلا أن يقول: اختاري، اختاري، اختاري. وهذا يدل على أنها تطلق ثلاثا. ونحوه قال الشعبي، والنخعي، وأصحاب الرأي ومالك؛ لأن اللفظة الواحدة تقتضي طلقة، فإذا تكررت اقتضت ثلاثا، كلفظة الطلاق.

[فصل قال لزوجته طلقي نفسك ونوى عددا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١١/٧

(٥٨٩٥) فصل: فإن قال لزوجته: طلقي نفسك. ونوى عددا، فهو على ما نوى. وإن أطلق من غير نية، لم يملك إلا واحدة؛ لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم. وكذلك الحكم لو وكل أجنبيا، فقال: طلق زوجتي. فالحكم على ما ذكرناه. قال أحمد: إذا قال لامرأته: طلقي نفسك. ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا، فهي ثلاث، وإن كان نوى واحدة، فهي واحدة؛ وذلك لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثا، فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله، وإن لم ينو تناول اليقين، وهو الواحدة. فإن طلقت نفسها، أو طلقها الوكيل في المجلس، أو بعده، وقع الطلاق؛ لأنه توكيل. وقال القاضي: إذا قال لها: طلقي نفسك، تقيد بالمجلس؛ لأنه تفويض للطلاق إليها، فتقيد بالمجلس، كقوله: اختاري.

ولنا، أنه توكيل في الطلاق، فكان على التراخي، كتوكيل الأجنبي، وكقوله: أمرك بيدك. وفارق: اختاري. فإنه تخيير. وما ذكره ينتقض بقوله: أمرك بيدك. ولها أن توقع الطلاق بلفظ الصريح، وبالكناية مع النية. وقال بعض أصحاب الشافعي: ليس لها أن توقعه بالكناية؛ لأنه فوضه إليها بلفظ الصريح، فلا يصح أن توقع غير ما فوض إليها. **ولنا**، أنه فوض إليها الطلاق، وقد أوقعته، فوقع، كما لو أوقعته بلفظ الصريح. وما ذكره غير صحيح؛ فإن التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر من جهته، كما لو قال لوكيله: بع داري. جاز له بيعها بلفظ التمليك. وإن قال لها: طلقي ثلاثا فطلقت واحدة، وقع. نص عليه. وقال مالك: لا يقع شيء؛ لأنها لم تمتثل أمره.

ولنا، أنها ملكت إيقاع ثلاث، فملكت إيقاع واحدة، كالموكل، ولأنه لو قال: وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة. فقالت: قبلت واحدا منهم. صح. كذا هاهنا. وإن قال: طلقي واحدة. فطلقت ثلاثا، وقعت واحدة. نص عليه أيضا. وبه قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يقع شيء؛ لأنها لم تأت بما يصلح قبولا، فلم يصح، كما لو قال: بعتك نصف هذا العبد. فقال: قبلت البيعة في جميعه.." (١)

"وكذلك لو طلق نساءه، ونوى بعد طلاقهن، أي من وثاق، لزمه الطلاق؛ لأنه مقتضى اللفظ، والنية الأخيرة نية مجردة، لا لفظ معها، فلا تعمل. ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال، مثل أن يقول: أنت طالق. ثم يصله بشرط أو صفة، مثل قوله: إن دخلت الدار، أو بعد شهر، أو قال: إن دخلت الدار بعد شهر. فهذا يصح إذا كان نطقا، بغير خلاف. وإن نواه، ولم يلفظ به دين. وهل يقبل في الحكم؟ على روايتين. قال في رواية إسحاق بن إبراهيم، في من حلف لا تدخل الدار، وقال: نويت شهرا. يقبل منه. أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤١٢

قال: إذا دخلت دار فلان فأنت طالق. ونوى تلك الساعة، وذلك اليوم. قبلت نيته. والرواية الأخرى، لا تقبل؛ فإنه قال: إذا قال لامرأته: أنت طالق. ونوى في نفسه إلى سنة، تطلق. ليس ينظر إلى نيته. وقال: إذا قال: أنت طالق. وقال: نويت إن دخلت الدار. لا يصدق.

ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين، بأن يحمل قوله في القبول، على أنه يديَن فيما بينه وبين الله تعالى، وقوله في عدم القبول، على الحكم فلا يكون بينهما اختلاف، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها، أن إرادة الخاص بالعام شائع كثير، وإرادة الشرط من غير ذكره غير سائغ، فهو قريب من الاستثناء. ويمكن أن يقال: هذا كله من جملة التخصيص.

[فصل قالت له امرأة من نسائه طلقني فقال نسائي طوالق]

(٥٩٠٤) فصل: وإذا قالت له امرأة من نسائه: طلقني. فقال: نسائي طوالق. ولا نية له، طلقن كلهن. بغير خلاف؛ لأن لفظه عام. إن قالت له: طلق نساءك. فقال: نسائي طوالق. فكذلك. وحكي عن مالك، أن السائلة لا تطلق في هذه الصورة؛ لأن الخطاب العام يقصر على سببه الخاص، وسببه سؤال طلاق من سواها. **ولنا**، أن اللفظ عام فيها، ولم يرد به غير مقتضاه، فوجب العمل بعمومه، كالصورة الأولى، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب؛ لأن دليل الحكم هو اللفظ، فيجب اتباعه، والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه، ولذلك لو كان أخص من السبب، لوجب قصره على خصوصه، واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب، فإن أخرج السائلة بنيته، دين فيما بينه وبين الله تعالى في الصورتين، وقبل في الحكم في الصورة الثانية؛ لأن خصوص السبب دليل على نيته، ولم يقبل في الصورة الأولى.

قاله ابن حامد؛ لأن طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها، فلا يصدق في صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من وجهين. ولأنها سبب." (١)

"فإنهم سلموه. وقد احتج أحمد بقول أبي ذر: إن لي إبلا يرعاها عبد لي، وهو عتيق إلى الحول. ولأنه تعليق للطلاق بصفة لم توجد، فلم يقع، كما لو قال: أنت طالق إذا قدم الحاج. وليس هذا توقيتا للنكاح، وإنما هو توقيت للطلاق. وهذا لا يمنع، كما أن النكاح لا يجوز أن يكون معلقا بشرط، والطلاق يجوز فيه التعليق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٨/٧

[فصل قال أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة]

فصل: ولو قال: أنت طالق إلى شهر كذا، أو سنة كذا. فهو كما لو قال: في شهر كذا أو سنة كذا. ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقع في الحال؛ لأن قوله: أنت طالق. إيقاع في الحال، وقوله: إلى شهر كذا. تأقيت له غاية، وهو لا يقبل التأقيت، فبطل التأقيت، ووقع الطلاق. **ولنا**، قول ابن عباس وقول أبي ذر، ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتا لإيقاعه، كقول الرجل: أنا خارج إلى سنة. أي بعد سنة. وإذا احتمل الأمرين، لم يقع الطلاق بالشك. وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين؛ أحدهما، أنه جعل للطلاق غاية، ولا غاية لآخره، وإنما الغاية لأوله. والثاني، أن ما ذكرناه عمل باليقين، وما ذكروه أخذ بالشك.

فإن قال: أردت أنها طالق في الحال إلى سنة كذا. وقع في الحال؛ لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ، ولفظه يحتمله. وإن قال: أنت طالق من اليوم إلى سنة. طلقت في الحال؛ لأن من لابتداء الغاية، فيقتضي أن طلاقها من اليوم. فإن قال: أردت أن عقد الصفة من اليوم، ووقوعه بعد سنة. لم يقع إلا بعدها. وإن قال: أردت تكرير وقوع طلاقها من حين لفظت به إلى سنة، طلقت من ساعتها ثلاثا، إذا كانت مدخولا بها. قال أحمد: إذا قال لها: أنت طالق من اليوم إلى سنة. يريد التوكيد، وكثرة الطلاق، فتلك طالق من ساعتها.

[فصل قال أنت طالق في آخر أول الشهر]

(٥٩١٥) فصل: إذا قال: أنت طالق في آخر أول الشهر. طلقت في آخر أول يوم منه، لأنه أوله، وإن قال: في أول آخره، طلقت في أول آخر يوم منه؛ لأنه آخره. وقال أبو بكر في الأولى: تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه. وفي الثانية: تطلق بدخول أول ليلة السادس عشر منه؛ لأن الشهر نصفان، أول، وآخر، فآخر أوله يلي أول آخره. وهذا قول أبي العباس بن سريج. وقال أكثرهم كق**ولنا**، وهو أصح؛ فإن." (١)

"أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها؛ لأنه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفا للطلاق، ومحلا له، وكان سبيله أن تقع في أولها، فمنع منه كونها غير محل لطلاقه؛ لعدم نكاحه حينئذ، فإذا عادت الزوجية، وقع في أولها. وقال القاضي: تطلق بدخول السنة الثالثة. وعلى قول التميمي ومن وافقه، تنحل

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٢٤

الصفة بوجودها في حال البينونة، فلا تعود بحال.

وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة، ثم نكحها، طلقت عقيب تزويجها، ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة. وعلى قول القاضي، لا تطلق إلا بدخول الرابعة، ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة. وعلى قول التميمي، قد انحلت الصفة. واختلف في مبدإ السنة الثانية؛ فظاهر ما ذكره القاضي، أن أولها بعد انقضاء اثني عشر شهرا من حين يمينه؛ لأنه جعل ابتداء المدة حين يمينه. وكذلك قال أصحاب الشافعي. وقال أبو الخطاب: ابتداء السنة الثانية أول المحرم؛ لأنها السنة المعروفة، فإذا علق ما يتكرر على تكرر السنين، انصرف إلى السنين المعروفة، كقول الله تعالى: ﴿أولا يرون أنهم يفتنون في كل عام﴾ [التوبة: ١٢٦] .

وإن قال: أردت بالسنة اثني عشر شهرا؛ قبل؛ لأنها سنة حقيقة. وإن قال: نويت أن ابتداء السنين أول السنة الجديدة من المحرم. دين. قال القاضي: ولا يقبل منه في الحكم؛ لأنه خلاف الظاهر. والأولى أن يخرج على روايتين؛ لأنه محتمل مخالف للظاهر.

[فصل قال أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان]

(٥٩١٨) فصل: إذا قال: أنت طالق إذا رأيت هلال رمضان طلقت برؤية الناس له في أول الشهر. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تطلق إلا أن يراه؛ لأنه علق الطلاق برؤية نفسه، فأشبه ما لو علقه على رؤية زيد. **ولنا**، أن الرؤية للهلال في عرف الشرع العلم به في أول الشهر؛ بدليل قوله – عليه السلام –: «إذا رأيتم الهلال فصوموا، وإذا رأيتموه فأفطروا» . والمراد به رؤية البعض، وحصول العلم، فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع، كما لو قال: إذا صليت فأنت طالق. فإنه ينصرف إلى الصلاة الشرعية، لا إلى الدعاء. وفارق رؤية زيد، فإنه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة.

وكذلك لو لم يره أحد، لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت؛ لأنه قد علم طلوعه بتمام العدد. وإن قال: أردت إذا رأيته بعيني. قبل؛ لأنها رؤية حقيقة. وتتعلق الرؤية برؤية الهلال بعد الغروب، فإن رأى قبل ذلك لم تطلق؛ لأن هلال الشهر ما كان في أوله، ولأننا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول أول الشهر. ويحتمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب؛ لأنه يسمى رؤية، والحكم متعلق به في الشرع. فإن قال: أردت إذا رأيته أنا بعيني. فلم يره." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٢٦

"الطلاق، كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة: أنت طالق للسنة. أو قال: أنت طالق طلقة لا تلزمك. ووجه الأول أن الطلاق رفع الاستباحة، ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي، فلم يقع، كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين. فقدم اليوم، فإن أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع. وهو قول أكثر أصحاب الشافعي، وهذا طلاق في زمن ماض، ولأنه علق الطلاق بمستحيل فلغا، كما لو قال: أنت طالق إن قلبت الحجر ذهبا.

وإن قال: أنت طالق قبل أن أتزوجك. فالحكم فيه كما لو قال: أنت طالق أمس. قال القاضي: ورأيت بخط أبي بكر، في " جزء مفرد "، أنه قال: إذا قال: أنت طالق قبل أن أتزوجك. طلقت. ولو قال: أنت طالق أمس. لم يقع؛ لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه، وقبل تزويجها متصور الوجود، فإنه يمكن أن يتزوجها ثانيا، وهذا الوقت قبله، فوقع في الحال، كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم زيد. وإن قصد بقوله: أنت طالق أمس، أو قبل أن أتزوجك. إيقاع الطلاق في الحال، مستندا إلى ذلك الزمان، وقع في الحال.

وإن أراد الإخبار أنه كان قد طلقها هو، أو زوج قبله، في ذلك الزمان الذي ذكره، وكان قد وجد ذلك، قبل منه، وإن لم يكن وجد، وقع طلاقه. ذكره أبو الخطاب. وقال القاضي: يقبل على ظاهر كلام أحمد؛ لأنه فسره بما يحتمله، ولم يشترط الوجود. وإن أراد أني كنت طلقتك أمس. فكذبته، لزمته الطلقة، وعليها العدة من يومها؛ لأنها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها. وإن مات ولم يبين مراده، فعلى وجهين؛ بناء على اختلاف القولين في المطلق، إن قلنا: لا يقع به شيء. لم يلزمه هاهنا شيء. وإن قلنا بوقوعه ثم، وقع هاهنا.

[فصل قال لز وجته أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر]

(٥٩٢٥) فصل: وإن قال لزوجته: أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر. فقدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه، تبينا أن طلاقه وقع قبل الشهر؛ لأنه إيقاع للطلاق بعد عقده. وبهذا قال الشافعي، وزفر. وقال أبو حنيفة وصاحباه: يقع الطلاق عند قدوم زيد؛ لأنه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق، فلا يسبق الطلاق شرطه. **ولنا**، أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة، فإذا حصلت الصفة وقع فيه، كما لو قال: أنت طالق قبل رمضان بشهر، أو قبل موتك بشهر. فإن أبا حنيفة خاصة يسلم ذلك، ولا يسلم أنه جعل الشهر شرطا، وليس فيه حرف شرط. وإن قدم قبل مضي شهر، لم يقع، بغير اختلاف بين أصحابنا.

وهو قول أكثر أصحاب الشافعي؛ لأنه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكنا، فوجب اعتبارها. وإن

قدم زيد مع مضي الشهر، لم تطلق؛ لأنه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه. فإن خالعها بعد تعليق طلاقها بيوم، ثم قدم زيد." (١)

"ذلك أو بعده، طلقت ثلاثا. فلو قال لها: إن خرجت فأنت طالق. ثم قال: كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق. ثم خرجت، وقعت عليها طلقة بالخروج، ثم وقعت الثانية بوقوع الأولى، ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية؛ لأن كلما تقتضي التكرار، وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق، فكيفما وقع يقتضي وقوع أخرى. ولو قال لها: إذا طلقتك فأنت طالق، ثم قال: إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق. ثم قال: أنت طالق. طلقت ثلاثا؛ واحدة بالمباشرة، واثنتين بالصفتين؛ لأن تطليقه لها يشتمل على الصفتين؛ هو تطليق منه، وهو وقوع طلاقه، ولأنه إذا قال: أنت طالق. طلقت بالمباشرة واحدة، فتطلق الثانية بكونه طلقها، وذلك طلاق منه واقع عليها، فتطلق به الثالثة. وهذا كله في المدخول بها.

فأما غير المدخول بها، فلا تطلق إلا واحدة في جميع هذا. وهذا كله مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه مخالفا.

[فصل قال كلما طلقتك طلاقا أملك فيه رجعتك فأنت طالق]

(٥٩٣٠) فصل: فإن قال: كلما طلقتك طلاقا أملك فيه رجعتك، فأنت طالق. ثم قال: أنت طالق. طلقت اثنتين؛ إحداهما بالمباشرة. والأخرى بالصفة، إلا أن تكون الطلقة بعوض، أو في غير مدخول بها، فلا تقع بها ثانية؛ لأنها تبين بالطلقة التي باشرها بها، فلا يملك رجعتها، فإن طلقها اثنتين، طلقت الثالثة. وقال أبو بكر: قيل: تطلق، وقيل: لا تطلق. واختياري أنها تطلق.

وقال أصحاب الشافعي: لا تطلق الثالثة؛ لأنا لو أوقعناها، لم يملك الرجعة، ولم يوجد شرط طلاقها، فيفضي ذلك إلى الدور، فيقطعه بمنع وقوعه. ولنا أنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض في مدخول بها، فيقع بها التي بعدها كالأولى، وامتناع الرجعة هاهنا لعجزه عنها، لا لعدم الملك، كما لو طلقها واحدة وأغمي عليه عقيبها، فإن الثانية تقع، وإن امتنعت الرجعة؛ لعجزه عنها. وإن كان الطلاق بعوض، أو في غير مدخول بها، لم يقع بها إلا الطلقة التي باشرها بها؛ لأنه لا يملك رجعتها. وإن قال: كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك، فأنت طالق، ثم وقع عليها طلقة بمباشرة أو صفة، طلقت ثلاثا. وعندهم لا تطلق؛ لما ذكرناه في التي قبلها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٢٩

ولو قال لامرأته: إذا طلقتك طلاقا أملك فيه الرجعة، فأنت طالق ثلاثا. ثم طلقها، طلقت ثلاثا. وقال المزني: لا تطلق. وهو قياس قول أصحاب الشافعي؛ لما تقدم.

[فصل قال لزوجته إذا طلقتك أو إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا]

فصل: وإن قال لزوجته: إذا طلقتك، أو إذا وقع عليك طلاقي، فأنت طالق قبله ثلاثا. فلا نص فيها. وقال القاضي: تطلق ثلاثا؛ واحدة بالمباشرة، واثنتان من المعلق. وهو قياس قول الشافعي، وقول بعض." (١)

"أصحابه. وقال ابن عقيل: تطلق واحدة بالمباشرة، ويلغو المعلق؛ لأنه طلاق في زمن ماض، فلا يتصور وقوع الطلاق فيه.

وهو قياس نص أحمد وأبي بكر، في أن الطلاق لا يقع في زمن ماض، وبه قال أبو العباس بن القاص من أصحاب الشافعي. وقال أبو العباس بن سريج، وبعض الشافعية: لا تطلق أبدا؛ لأن وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها، وذلك يمنع وقوعها، فإثباتها يؤدي إلى نفيها، فلا تثبت، ولأن إيقاعها يفضي إلى الدور؛ لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث، فيمتنع وقوعها، وما أفضى إلى الدور وجب قطعه من أصله. **ولنا** أنه طلاق من مكلف مختار، في محل لنكاح صحيح، فيجب أن يقع، كما لو لم يعقد هذه الصفة، ولأن عمومات النصوص تقتضي وقوع الطلاق، مثل قوله سبحانه: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] . وقوله سبحانه: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . وكذلك سائر النصوص، ولأن الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به، وما ذكروه يمنعه بالكلية، ويبطل شرعيته، فتفوت مصلحته، فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم، وما ذكروه غير مسلم؛ فإنا إن قلنا: لا يقع الطلاق المعلق، فله وجه؛ لأنه أوقعه في زمن ماض، ولا يمكن وقوعه في الماضي، فلم يقع، كما لو قال: أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم. فقدم في اليوم، ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطا لوقوع الثلاث، ولا يوجد المشروط قبل شرطه، فعلى هذا لا يمتنع وقوع الطلقة المباشرة، ولا يفضي إلى دور ولا غيره. وإن قلنا بوقوع الثلاث، فوجهه أنه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به، فلغت الصفة، ووقع الطلاق، كما لو قال: أنت طالق طلقة لا تنقص عدد طلاقك، أو لا تلزمك. أو قال للآيسة: أنت طالق للسنة. أو قال: للبدعة. وبيان استحالته، أن تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده؛ لأن الشرط يتقدم مشروطه، ولذلك لو أطلق لوقع بعده، وتعقيبه بالفاء في قوله: فأنت طالق. يقتضي كونه عقيبه، وكون الطلاق المعلق بعده قبله محال، لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٢

يصح الوصف به، فلغت الصفة، ووقع الطلاق، كما لو قال: إذا طلقتك فأنت طالق ثلاثا لا تلزمك. ثم يبطل ما ذكروه بقوله: إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا. ثم وجد ما يفسخ نكاحها؛ من رضاع، أو ردة، أو وطء أمها أو ابنتها بشبهة، فإنه يرد عليه ما ذكروه، ولا خلاف في انفساخ النكاح. قال القاضي: ما ذكروه ذريعة إلى أن لا يقع عليها الطلاق جملة. وإن قال: أنت طالق ثلاثا قبيل وقوع طلاقي بك واحدة. أو قال: أنت طالق اليوم ثلاثا إن طلقتك غدا واحدة.

فالكلام عليها من وجه آخر، وهو وارد على المسألتين جميعا، وذلك أن الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها." (١)

"وقوع ما لا يتصور وقوعها معه، فيجب أن يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما تعلق بها؛ لأن ما تعلق بها تابع، ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع، فيبطل التابع وحده، كما لو قال في مرضه: إذا أعتقت سالما فغانم حر. ولم يخرج من ثلثه إلا أحدهما، فإن سالما يعتق وحده، ولا يقرع بينهما؛ لأن ذلك ربما أدى إلى عتق المشروط دون الشرط، وذلك غير جائز، ولا فرق بين أن يقول: فغانم حر قبله، أو معه أو بعده. أو تطلق. كذا هاهنا.

[فصل الحلف بالطلاق]

(٥٩٣٢) فصل: اختلف أصحابنا في الحلف بالطلاق، فقال القاضي في " الجامع "، وأبو الخطاب: هو تعليقه على شرط، أي شرط كان، إلا قوله: إذا شئت فأنت طالق. ونحوه، فإنه تمليك. وإذا حضت فأنت طالق. فإنه طلاق بدعة. وإذا طهرت فأنت طالق. فإنه طلاق سنة. وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن ذلك يسمى حلفا عرفا، فيتعلق الحكم به، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. ولأن في الشرط معنى القسم، من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب، فأشبه قوله: والله، وبالله، وتالله.

وقال القاضي في " المجرد " هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على الفعل، أو المنع منه، كقوله: إن دخلت الدار فأنت طالق، وإن لم تدخلي فأنت طالق. أو على تصديق خبره، مثل قوله: أنت طالق لقد قدم زيد أو لم يقدم. فأما التعليق على غير ذلك، كقوله: أنت طالق إن طلعت الشمس، أو قدم الحاج، أو إن لم يقدم السلطان. فهو شرط محض ليس بحلف؛ لأن حقيقة الحلف القسم، وإنما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا، لمشاركته الحلف في المعنى المشهور، وهو الحث، أو المنع، أو تأكيد الخبر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٣/٧

نحو قوله: والله لأفعلن، أو لا أفعل، أو لقد فعلت، أو لم أفعل. وما لم يوجد فيه هذا المعنى، لا يصح تسميته حلفا. وهذا مذهب الشافعي. فإذا قال لزوجته: إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق. ثم قال: إذا طلعت الشمس فأنت طالق. لم تطلق في الحال، على القول الثاني؛ لأنه ليس بحلف، وتطلق على الأول؛ لأنه حلف. وإن قال: كلما كلمت أباك فأنت طالق. طلقت على القولين جميعا؛ لأنه علق طلاقها على شرط يمكن فعله وتركه، فكان حلفا، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق.

وإن قال: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق. ثم أعاد ذلك، طلقت واحدة، ثم كلما أعاده مرة طلقت، حتى تكمل الثلاث؛ لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق، وينعقد شرط طلقة أخرى. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور: ليس ذلك بحلف، ولا يقع الطلاق بتكراره؛ لأنه تكرار للكلام، فيكون تأكيدا لاحقا. ولنا، أنه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه، فكان حلفا، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. وقوله: إنه تكرار للكلام. حجة عليه، فإن تكرار الشيء عبارة عن وجوده مرة أخرى،." (١)

"بعد ذلك طلقت منهن واحدة، على الوجه الذي ذكرناه. وإن قال: إن حلفت بطلاق زينب، فنسائي طوالق. ثم قال: إن حلفت بطلاق عمرة فنسائي طوالق. ثم قال: إن حلفت بطلاق حفصة، فنسائي طوالق. طلقت كل واحدة منهن طلقتين؛ لأنه لما قال: إن حلفت بطلاق عمرة فنسائي طوالق. فقد حلف بطلاق زينب بعد تعليقه طلاق نسائه على الحلف بطلاقها، فطلقت كل واحدة منهن طلقة، ولما قال: إن حلفت بطلاق حفصة فنسائي طوالق. فقد حلف بطلاق عمرة وزينب، فطلقت كل واحدة منهن طلقة بحلفه بطلاق عمرة، ولم يقع بحلفه بطلاق زينب شيء؛ لأنه قد حنث به مرة فلا يحنث ثانية.

ولو كان مكان قوله: إن - كلما، طلقت كل واحدة منهن ثلاثا؛ لأن "كلما " تقتضي التكرار. ولو قال: كلما حلفت بطلاق واحدة منكن، فأنتن طوالق. ثم أعاد ذلك مرة ثانية، طلقن ثلاثا ثلاثا؛ لأنه بإعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن، وحلفه بطلاق كل واحدة منهن شرط لطلاقهن جميءا. وإن قال: إن حلفت بطلاق واحدة منكن، فأنتن طوالق. ثم أعاد ذلك، طلقت كل واحدة منهن طلقة؛ لأن " إن " لا تقتضي التكرار. وإن قال بعد ذلك لإحداهن: إن قمت فأنت طالق. طلقت كل واحدة منهن طلقة أخرى. ولو قال: كلما حلفت بطلاقكن، فأنتن طوالق. ثم أعاد ذلك، طلقت كل واحدة طلقة. وإن قال بعد ذلك لإحداهن: إن قمت فأنت طالق. لم تطلق واحدة منهن. وإن قال ذلك للاثنتين الباقيتين، طلق الجميع طلقة

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٤

طلقة.

[فصل قال لزوجته إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال إن حلفت بطلاقك فعبدي حر]

(٥٩٣٧) فصل: وإن قال لزوجته: إن حلفت بعتق عبدي، فأنت طالق. ثم قال: إن حلفت بطلاقك، فعبدي حر. طلقت. ثم إن قال لعبده: إن حلفت بعتقك، فامرأتي طالق. عتق العبد. وإن قال له: إن حلفت بطلاق امرأتي، فأنت حر. ثم قال لها: إن حلفت بعتق عبدي، فأنت طالق. عتق العبد. ولو قال لعبده: إن حلفت بعتقك، فأنت حر، ثم أعاد ذلك، عتق العبد.

[فصل استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم]

(٥٩٣٨) فصل: وقد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم، جوابا له، فإذا قال: أنت طالق لأقومن. وقام، لم تطلق زوجته، فإن لم يقم في الوقت الذي عينه حنث. هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم سعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء، والزهري، وسعيد بن جبير، والشعبي، والثوري، وأصحاب الرأي. وقال شريح: يقع طلاقه وإن قام؛ لأنه طلق طلاقا غير معلق بشرط، فوقع، كما لو لم يقم. **ولنا**، أنه حلف بر فيه، فلم يحنث، كما لو حلف بالله تعالى. وإن قال: أنت طالق إن أخاك لعاقل.." [١]

"وذلك لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته، فصار كالمصرح به في لفظه؛ فإن مبنى الأيمان على النية، لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إنما لامرئ ما نوى» . (٥٩٤٥) فصل: ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه.

وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وقال سعيد بن المسيب، والحسن، والشعبي، ويحيى الأنصاري، وربيعة، ومالك، وأبو عبيد: لا يطأ حتى يفعل؛ لأن الأصل عدم الفعل، ووقوع الطلاق. وروى الأثرم عن أحمد مثل ذلك. وقال الأنصاري، وربيعة، ومالك: يضرب له أجل المولي، كما لو حلف أن لا يطأها. **ولنا**، أنه نكاح صحيح، لم يقع فيه طلاق ولا غيره من أسباب التحريم، فحل له الوطء فيه، كما لو قال: إن طلقتك فأنت طالق. وقولهم: الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق. قلنا: هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق، فلم يقتض حكمه، ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر، كما لو طلقها ناجزا، وعلى أن الطلاق هاهنا إنما يقع في زمن لا يمكن الوطء بعده، بخلاف قوله: إن وطئتك فأنت طالق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٣٧

[فصل إذا كان المعلق طلاقا بائنا فماتت لم يرثها]

(٥٩٤٦) فصل: إذا كان المعلق طلاقا بائنا فماتت، لم يرثها؛ لأن طلاقه أبانها منه، فلم يرثها، كما لو طلقها ناجزا عند موتها. وإن مات ورثته. نص عليه أحمد، في رواية أبي طالب، إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثا إن لم أتزوج عليك. ومات ولم يتزوج عليها، ورثته، وإن ماتت لم يرثها؛ وذلك لأنها تطلق في آخر حياته، فأشبه طلاقه لها في تلك الحال. ونحو هذا قال عطاء، ويحيى الأنصاري. ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضا. وهذا قول سعيد بن المسيب، والحسن، والشعبي، وأبي عبيد؛ لأنه إنما طلقها في صحته، وإنما تحقق شرط وقوعه في المرض، فلم ترثه، كما لو علقه على فعلها، ففعلته في مرضه. وقال أبو حنيفة إن حلف إن لم تأت البصرة فأنت طالق. فلم تفعل، فإنهما لا يتوارثان.

وإن قال: إن لم آت البصرة فأنت طالق. فمات، ورثته، وإن ماتت لم يرثها؛ لأنه في الأولى علق الطلاق على فعلها، فإذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق، فلم ترثه، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق. فدخلتها. وإذا علقه على فعل نفسه، فامتنع، كان الطلاق منه، فأشبه ما لو نجزه في الحال. ووجه الأول أنه طلاق في مرض موته، فمنعه ميراثه، ولم يمنعها، كما لو طلقها ابتداء، ولأن الزوج أخر الطلاق اختيارا منه حتى وقع ما علق عليه في مرضه، فصار كالمباشر له. فأما ما ذكر عن." (١)

"منهن؛ لأنه لم يوجد الشرط. وإن صدق ثلاثا، طلقت المكذبة وحدها؛ لأن قولها مقبول في حيضها، وقد صدق الزوج صواحبها، فوجد حيض الأربع في حقها، فطلقت، ولا يطلق المصدقات؛ لأن قول المكذبة غير مقبول في حقهن.

[فصل قال لهن كلما حاضت إحداكن أو أيتكن حاضت فضراتها طوالق فقلن قد حضنا]

(٥٩٥٨) فصل: وإن قال لهن: كلما حاضت إحداكن، أو أيتكن حاضت، فضراتها طوالق. فقلن: قد حضنا، فصدقهن، طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ثلاثا. وإن كذبهن، لم تطلق واحدة منهن. وإن صدق واحدة، طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة، ولم تطلق هي؛ لأنه لم يثبت حيض ضرة لها. وإن صدق اثنتين، طلقت كل واحدة من المصدقتين طلقة طلقة؛ لأن لكل واحدة منهما ضرة مصدقة، وطلقت كل واحدة من المكذبتين طلقتين. وإن صدق ثلاثا، طلقت المكذبة ثلاثا، وطلقت كل واحدة من المصدقات

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٣/٧

طلقتين طلقتين.

[فصل قال لطاهر إذا حضت فأنت طالق]

(٥٩٥٩) فصل: إذا قال لطاهر: إذا حضت فأنت طالق. فرأت الدم في وقت يمكن أن يكون حيضا، حكمنا بوقوع الطلاق، كما يحكم بكونه حيضا في المنع من الصلاة وغيرها مما يمنع منه الحيض. وإن بان أنه ليس بحيض، لانقطاعه لدون أقل الحيض، بان أن الطلاق لم يقع. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. قال ابن المنذر: لا نعلم أحدا قال غير ذلك إلا مالكا فإن ابن القاسم روى عنه، أنه يحنث حين تكلم به. وقد سبق الكلام معه في هذا. وإن قال لحائض: إذا حضت فأنت طالق. لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض. ولو قال لطاهر: إذا طهرت فأنت طالق. لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر. وهذا يحكى عن أبي يوسف.

وقال بعض أصحاب الشافعي: الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من حيضها وطهرها في المسألتين؛ لأنه قد وجد منها الحيض والطهر، فوقع الطلاق لوجود صفته. ولنا، أن إذا اسم زمن مستقبل، يقتضي فعلا مستقبلا، وهذا الحيض والطهر مستدام غير متجدد، ولا يفهم من إطلاق: حاضت المرأة وطهرت. إلا ابتداء ذلك، فتعلقت الصفة به. ولو قال لطاهر: إذا حضت حيضة فأنت طالق. لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر. نص عليه أحمد؛ لأنه لا توجد حيضة كاملة إلا بذلك.

ولو قال لحائض: إذا طهرت فأنت طالق. طلقت بأول الطهر، وتطلق في الموضعين بانقطاع دم الحيض قبل الغسل. نص عليه أحمد، في رواية إبراهيم الحربي. وذكر أبو بكر، في " التنبيه " فيها قولا، أنها لا تطلق حتى تغتسل، بناء على أن العدة لا تنقضي بانقطاع الدم حتى تغتسل.." (١)

"غلاما، كانت حاملا به وقت اليمين. تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف، وانقضت عدتها بوضعه. وإن ولدت أنثى، طلقت بولادتها طلقتين، واعتدت بالقروء. وإن ولدت غلاما وجارية، وكان الغلام أولهما ولادة، تبينا أنها طلقت واحدة، وبانت بوضع الجارية، ولم تطلق بها، وإن كانت الجارية أولهما ولادة، طلقت ثلاثا؛ واحدة بحمل الغلام، واثنتين بولادة الجارية، وانقضت عدتها بوضع الغلام. وإن قال لها: إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة، وإن كنت حاملا بجارية، فأنت طالق اثنتين. فولدت غلاما وجارية، طلقت ثلاثا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٥٣

وإن قال: إن كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة، وإن كان حملك جارية فأنت طالق اثنتين. فولدت غلاما وجارية، لم تطلق؛ لأن حملها كله ليس بغلام ولا هو جارية. ذكره القاضي، في " المجرد "، وأبو الخطاب. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال: القاضي، في " الجامع ": في وقوع الطلاق وجهان؛ بناء على الروايتين في من حلف: لا لبست ثوبا من غزلها. فلبس ثوبا فيه من غزلها.

[فصل قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثا]

(٥٩٦٦) فصل: فإن قال: كلما ولدت ولدا فأنت طالق. فولدت ثلاثا، دفعة واحدة، طلقت ثلاثا؛ لأن صفة الثلاث وجدت وهي زوجة. وإن ولدتهم في دفعات من حمل واحد، طلقت بالأولين، وبانت بالثالث، ولم تطلق. ذكره أبو بكر. وهو قول الشافعي، وأصحاب الرأي. وحكي عن ابن حامد أنها تطلق؛ لأن زمان البينونة زمن الوقوع، ولا تنافي بينهما. **ولنا**، أن العدة انقضت بوضع الحمل، فصادفها الطلاق بائنا ولم يقع، كما لو قال: إذا مت فأنت طالق. وقد نص أحمد، في من قال: أنت طالق مع موتي. أنها لا تطلق. فهذا أولى.

وإن قال: إن ولدت ذكرا فأنت طالق واحدة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين. فولدتهما دفعة واحدة، طلقت ثلاثا. وإن ولدتهما في دفعتين، وقع بالأول ما علق عليه، وبانت بالثاني، ولم يقع به شيء، إلا على قول ابن حامد. فإن أشكل الأول منهما، أو كيفية وضعهما، طلقت واحدة بيقين، ولا تلزمه الثانية، والورع أن يلتزمها. وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي. وقال القاضي: قياس المذهب أن يقرع بينهما. وإن قال: إن كان أول ما تلدين ذكرا فأنت طالق واحدة، وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين. فولدتهما دفعة واحدة، لم يقع بها شيء؛ لأنه لا أول فيهما، فلم توجد الصفة. وإن ولدتهما في دفعتين، وقع بالأول ما علق عليه، ولم يقع بالثاني شيء.." (١)

"وشرط لطلاقها، فإن أعاده ثالثة، طلقت ثانية، إلا أن يكون غير مدخول بها فتبين بالأولى، ولا يلحقها طلاق ثان، وإن أعاده رابعة، طلقت الثالثة. وإن قال: إن كلمتك فأنت طالق، فاعلمي ذلك، أو فتحققي ذلك. حنث لأنه كلمها بعد عقد اليمين، إلا أن ينوي كلاما مبتدأ، وإن زجرها، فقال: تنحي، أو اسكتي أو اذهبي. حنث؛ لأنه كلام. وإن سمعها تذكره، فقال: الكاذب عليه لعنة الله. حنث. نص عليه أحمد؛ لأنه كلمها. وإن كلمها وهي نائمة، أو مغلوبة على عقلها بإغماء أو جنون، لا تسمع، أو بعيدة لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٥٧

تسمع كلامه، أو صماء بحيث لا تفهم كلامه ولا تسمع، أو حلف لا يكلم فلانا، فكلمه ميتا، لم يحنث. وقال أبو بكر يحنث في جميع ذلك؛ لقول أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -: كيف تكلم أجسادا لا أرواح فيها؟ . **ولنا**، أن التكلم فعل يتعدى إلى المتكلم، وقد قيل: إنه مأخوذ من الكلم، وهو الجرح؛ لأنه يؤثر فيه كتأثير الجرح، ولا يكون ذلك إلا بإسماعه، فأما تكليم النبي - صلى الله عليه وسلم - الموتى، فمن معجزاته، فإنه قال: «ما أنتم بأسمع لما أقول منهم» ولم يثبت هذا لغيره، وقول أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -: كيف تكلم أجسادا لا أرواح فيها؟ حجة لنا، فإنهم قالوا ذلك استبعادا، أو سؤالا عما خفي عنهم سببه وحكمته، حتى كشف لهم النبي - صلى الله عليه وسلم - حكمة ذلك بأمر مختص به، فيبقى الأمر في حق من سواه على النفي.

وإن حلف: لا كلمت فلانا. فكلمته سكران، حنث؛ لأن السكران يكلم ويحنث، وربما كان تكليمه في حال سكره أضر من تكليمه في صحوه، وإن كلمته سكرانة، حنث؛ لأن حكمها حكم الصاحي، وإن كلمته، وهو صبي أو مجنون يسمع، ويعلم أنه مكلم حنث. وإن جنت هي، ثم كلمته، لم يحنث؛ لأن القلم مرفوع عنها، ولم يبق لكلامها حكم.

[فصل حلف لا يكلم إنسانا فكلمه بحيث يسمع فلم يسمع]

(٥٩٦٩) فصل: فإن حلف لا يكلم إنسانا، فكلمه بحيث يسمع، فلم يسمع لتشاغله أو غفلته، حنث؛ لأنه كلمه، وإنما لم يسمع لغفلته، أو شغل قلبه. وإن كلمه، ولم يعرفه؛ فإن كانت يمينه بالطلاق، حنث. قال أحمد، في رجل حلف بالطلاق، أن لا يكلم حماته، فرآها بالليل، فقال: من هذا؟ : حنث، قد كلمها. وإن كانت يمينه بالله تعالى، أو يمينا مكفرة، فالصحيح أنه لا يحنث؛ لأنه لم يقصد تكليمه، فأشبه الناسي، ولأنه ظن المحلوف عليه غيره،." (١)

"طالق كيف شئت. تطلق في الحال طلقة رجعية؛ لأن هذا ليس بشرط، وإنما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها. **ولنا**، أنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها، فأشبه ما لو قال: حيث شئت. وقال الشافعي في جميع الحروف: إن شاءت في الحال، وإلا فلا تطلق؛ لأن هذا تمليك للطلاق، فكان على الفور، كقوله: اختاري. وقال أصحاب الرأي في " إن " كقوله، وفي سائر الحروف كق**ولنا**؛ لأن هذه الحروف صريحة في التراخي، فحملت على مقتضاها، بخلاف " إن "، فإنها لا تقتضي زمانا، وإنما هي لمجرد الشرط فتقيد، بالفور

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٩/٧

بقضية التمليك. وقال الحسن، وعطاء: إذا قال: أنت طالق إن شئت. إنما ذلك لها ما داما في مجلسهما. **ولنا**، أنه تعليق للطلاق على شرط، فكان على التراخي، كسائر التعليق، ولأنه إزالة ملك معلق على المشيئة، فكان على التراخي كالعتق، وفارق: اختاري. فإنه ليس بشرط، إنما هو تخيير، فتقيد بالمجلس، كخيار المجلس. وإن مات من له المشيئة، أو جن، لم يقع الطلاق؛ لأن شرط الطلاق لم يوجد. وحكي عن أبي بكر، أنه يقع. وليس بصحيح؛ لأن الطلاق المعلق على شرط لا يقع إذا تعذر شرطه، كما لو قال: أنت طالق إن دخلت الدار، وإن شاء. وهو مجنون، لم يقع طلاقه؛ لأنه لا حكم لكلامه. وإن شاء، وهو سكران. فالصحيح أنه لا يقع؛ لأنه زائل العقل، فهو كالمجنون.

وقال أصحابنا: يخرج على الروايتين في طلاقه، والفرق بينهما أن إيقاع طلاقه تغليظ عليه، كي لا تكون المعصية سببا للتخفيف عنه، وهاهنا إنما يقع الطلاق بغيره، فلا يصح منه في حال زوال عقله، وإن شاء، وهو طفل، لم يقع؛ لأنه كالمجنون. وإن كان يعقل الطلاق، وقع؛ لأن له مشيئة، ولذلك صح اختياره لأحد أبويه. وإن كان أخرس، فشاء بالإشارة، وقع الطلاق؛ لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق، ولذلك وقع طلاقه بها، وإن كان ناطقا حال التعليق، فخرس، ففيه وجهان؛ أحدهما، يقع الطلاق بها؛ لأن طلاقه في نفسه يقع بها، فكذلك طلاق من علقه بمشيئة. والثاني، لا يقع بها؛ لأنه حال التعليق، كان لا يقع إلا بالنطق، فلم يقع بغيره، كما لو قال في التعليق: إن نطق فلان بمشيئته فهي طالق.

[فصل قيد المشيئة بوقت فقال أنت طالق إن شئت اليوم]

(٥٩٧٦) فصل: فإن قيد المشيئة بوقت، فقال: أنت طالق إن شئت اليوم. تقيد به، فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق. وإن علقه على مشيئة اثنين، لم يقع حتى توجد مشيئتهما، وخرج القاضي وجها أنه يقع بمشيئة." (١)

"ولو قال: آخر من يدخل منكن الدار، فهي طالق. فدخل بعضهن، لم يحكم بطلاق واحدة منهن، حتى يتبين من دخول غيرها بموته، أو موتهن، أو غير ذلك، فيتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا، من حين دخلت، وكذلك الحكم في العتق.

[فصل حلف يمينا على فعل بلفظ عام وأراد به شيئا خاصا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٣/٧

(٥٩٨٩) فصل: وإذا حلف يمينا على فعل بلفظ عام، وأراد به شيئا خاصا؛ مثل إن حلف لا يغتسل الليلة، وأراد الجنابة، أو: لا قربت لي فراشا. وأراد ترك جماعها. أو قال: إن تزوجت، فعبدي حر. وأراد امرأة معينة. أو قال: إن دخل إلي رجل. أو قال: أحد، فامرأتي طالق. وأراد رجلا بعينه. أو حلف لا يأكل خبزا. يريد خبز البر. أو لا يدخل دارا، يريد دار فلان. أو قال: إن خرجت فأنت طالق. يريد الخروج إلى الحمام. أو قال: إن مشيت. وأراد استطلاق البطن؛ فإن ذلك يسمى مشيا، «قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لامرأة: ثم تستمشين» . ويقال: شربت مشيا، ومشوا. إذا شرب دواء يمشيه، فإن يمينه في ذلك على ما نواه، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى.

وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين. قال أحمد في الظهار، في من قال لامرأته: إن قربت لي فراشا، فأنت علي كظهر أمي، فجاءت فقامت على فراشه، فقال: أردت الجماع. لا يلزمه شيء. وقال الشافعي، ومحمد بن الحسن: لا يقبل قوله في الحكم في هذا كله؛ لأنه خلاف الظاهر. ولنا، أنه فسر كلامه بما يحتمله، فقبل، كما لو قال: أنت طالق، أنت طالق. وقال: أردت بالثانية التوكيد.

[فصل حلف يمينا عامة لسبب خاص وله نية]

(٥٩٩٠) فصل: وإن حلف يمينا عامة، لسبب خاص، وله نية، حمل عليها، ويقبل قوله في الحكم؛ لأن السبب دليل على صدقه. وإن لم ينو شيئا، فقد روي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تختص بما وجد فيه السبب. وذكره الخرقي، فقال: فإن لم يكن له نية، رجع إلى سبب اليمين وما هيجها. فظاهر هذا أن يمينه مقصورة على محل السبب. وهذا قول أصحاب أبي حنيفة. وروي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم؛ فإنه قال، في من قال: لله علي أن لا أصيد في هذا النهر. لظلم رآه، فتغير حاله، فقال: النذر يوفى به. وذلك لأن اللفظ دليل الحكم، فيجب الاعتبار به في الخصوص والعموم، كما في لفظ الشارع.." (١)

"ووجه الأول، أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص، ويقوم مقام النية عند عدمها؛ لدلالته عليها، فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية، وفارق لفظ الشارع؛ فإنه يريد بيان الأحكام، فلا يختص بمحل السبب، لكون

الحاجة

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧١

داعية إلى معرفة الحكم في غير محل السبب. فعلى هذا، لو قامت امرأته لتخرج، فقال: إن خرجت فأنت طالق. فرجعت، ثم خرجت بعد ذلك، أو دعاه إنسان إلى غدائه، فقال: امرأتي طالق إن تغديت. ثم رجع فتغدى في منزله، لم يحنث على الأول، ويحنث على الثاني.
وإن حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه، أو حلف بذلك على امرأته أو مملوكه، فعزل العامل، وطلق المرأة، وباع المملوك، أو حلف على وكيل فعزله، خرج في ذلك كله وجهان.

[فصل قال إن دخل داري أحد فامرأتي طالق]
(٥٩٩١) فصل: وإن قال: إن دخل داري أحد، فامرأتي طالق. فدخلها هو. أو قال لإنسان: إن دخل دارك أحد، فعبدي حر. فدخلها صاحبها، فقال القاضي: لا يحنث؛ لأن قرينة حال المتكلم تدل على أنه إنما يحلف على غيره، ويمنع من سواه، فيخرج هو من العموم بالقرينة، ويخرج المخاطب من اليمين بها أيضا. ويحتمل أن يحنث أخذا بعموم اللفظ، وإعراضا عن السبب، كما في التي قبلها.

[فصل قال لامرأته إن وطئتك فأنت طالق]
(٥٩٩٢) فصل: وإذا قال لامرأته: إن وطئتك فأنت طالق. انصرفت يمينه إلى جماعها. وقال محمد بن الحسن يمينه على الوطء بالقدم؛ لأنه الحقيقة. وحكي عنه أنه لو قال: أردت به الجماع. لم يقبل في الحكم. **ولنا**، أن الوطء إذا أضيف إلى المرأة، كان في العرف عبارة عن الجماع؛ ولهذا يفهم منه الجماع في لفظ الشارع، في مثل قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة» .
فيجب حمله عند الإطلاق عليه، كسائر الأسماء العرفية، من الظعينة، والراوية، وأشباههما. ولا يحنث حتى تغيب الحشفة في الفرج. وإن حلف ليجامعها، أو لا يجامعها، انصرف إلى الوطء في الفرج، ولم يحنث بالجماع دون الفرج، وإن أنزل؛ لأن مبنى الأيمان على العرف، والعرف ما قلناه. وإن حلف لافتضضتك، فافتضها بأصبع، لم يحنث؛ لأن المعهود من إطلاق هذه اللفظة وطء البكر. وإن حلف على امرأة لا يملكها، أن لا ينكحها، فيمينه على العقد؛ لأن إطلاق النكاح ينصرف إليه. وإن كان مالكا لها بنكاح أو ملك يمين، فهو على وطئها؛ لأن قرينة الحال صارفة عن العقد عليها؛ لكونها معقودا عليها.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧٢

"والتكذيب، وجرت العادة بتعليقه بالشرط، بخلاف النداء والقذف، الذي لا يوجد ذلك فيه.

[فصل قال لامرأته أنت طالق مريضة بالنصب أو الرفع]

(٥٩٩٨) فصل: فإن قال لامرأته: أنت طالق مريضة. بالنصب، أو الرفع، ونوى به وصفها بالمرض في الحال، طلقت في الحال. وإن نوى به أنت طالق في حال مرضك. لم تطلق حتى تمرض؛ لأن هذا حال، والحال مفعول فيه، كالظرف، ويكون الرفع لحنا؛ لأن الحال منصوب. وإن أطلق ونصب، انصرف إلى الحال؛ لأن مريضة اسم نكرة، جاء بعد تمام الكلام وصفا لمعرفة، فيكون حالا، وإن رفع، فالأولى وقوع الطلاق في الحال، ويكون ذلك وصفا لطالق، الذي هو خبر المبتدأ، وإن أسكن احتمل وجهين؛ أحدهما؛ وقوع الطلاق في الحال؛ لأن قوله: أنت طالق. يقتضي وقوع الطلاق في الحال، فقد تيقنا وجود المقتضي، وشككنا فيما يمنع حكمه، فلا نزول عن اليقين بالشك. والثاني، لا يقع إلا في حال مرضها؛ لأن ذكره للمرض في سياق الطلاق يدل على تعليقه به، وتأثيره فيه، ولا يؤثر فيه إلا إذا كان حالا.

[مسألة قال أنت طالق إذا قدم فلان فقدم به ميتا]

(٥٩٩٩) مسألة؛ قال: (وإذا قال: أنت طالق إذا قدم فلان. فقدم به ميتا، أو مكرها، لم تطلق) أما إذا قدم به ميتا، أو مكرها محمولا، فلا تطلق؛ لأنه لم يقدم، إنما قدم به. وهذا قول الشافعي. ونقل عن أبي بكر، أنه يحنث؛ لأن الفعل ينسب إليه، ولذلك يقال: دخل الطعام البلد. إذا حمل إليه. ولو قال: أنت طالق إذا دخل الطعام البلد. طلقت إذا حمل إليه. **ولنا**، أن الفعل ليس منه، والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازا، والكلام عند إطلاقه لحقيقته إذا أمكن، وأما الطعام، فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة، فتعين حمل الدخول فيه على مجازه.

وأما إن قدم بنفسه لإكراه، فعلى قول الخرقي: لا يحنث. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وقال أبو بكر: يحنث. وحكاه عن أحمد؛ لأن الفعل منه حقيقة، وينسب إليه، قال الله تعالى: ﴿وسيق الذين كفروا إلى جهنم زمرا حتى إذا جاءوها﴾ [الزمر: ٧١] . ويصح أمر المكره بالفعل، قال الله تعالى: ﴿ادخلوا أبواب جهنم﴾ [الزمر: ٧٢] . ولولا أن الفعل يتحقق منه، لما صح أمره به. ووجه الأول، أنه بالإكراه زال اختياره،

فإذا وجدت الصفة منه، كان كوجود الطلاق منه مكرها، وهذا فيما إذا أطلق.
وإن كانت له نية، حمل عليها كلامه، وتقيد بها.." (١)

"الشافعي، وقال في الآخر: تطلق واحدة؛ لأن التكرار يكون للتأكيد والإفهام، ويحتمل الإيقاع، فلا توقع طلقة بالشك.

ولنا، أن هذا اللفظ للإيقاع، ويقتضي الوقوع، بدليل ما لو لم يتقدمه مثله، وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والإفهام، فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه، كما يجب العمل بالعموم. في العام إذا لم يوجد المخصص، وبالإطلاق في المطلق إذا لم يوجد المقيد. فأما غير المدخول بها، فلا تطلق إلا طلقة واحدة، سواء نوى الإيقاع أو غيره، وسواء قال ذلك منفصلا، أو متصلا. وهذا قول أبي بكر بن عبد الرحمن بن الحارث، وعكرمة، والنخعي، وحماد بن أبي سليمان، والحكم، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي وأبي عبيد، وابن المنذر. وذكره الحكم عن علي، وزيد بن ثابت، وابن مسعود.

وقال مالك، والأوزاعي، والليث يقع بها تطليقتان، وإن قال ذلك ثلاثا، طلقت ثلاثا، إذا كان متصلا؛ لأنه طلق ثلاثا بكلام متصل، أشبه قوله: أنت طالق ثلاثا. **ولنا**، أنه طلاق مفرق، في غير المدخول بها، فلم تقع الأولى، كما لو فرق كلامه، ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة، لأنه لا عدة عليها، فتصادفها الطلقة الثانية بائنا، فلم يمكن وقوع الطلاق بها؛ لأنها غير زوجة، وإنما تطلق الزوجة، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم، فيكون إجماعا.

[فصل قال أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك للمدخول بها]

(٦٠٠٥) فصل: فإن قال: أنت طالق. ثم مضى زمن طويل، ثم أعاد ذلك للمدخول بها، طلقت ثانية، ولم يقبل قوله: نويت التوكيد؛ لأن التوكيد تابع للكلام، فشرطه أن يكون متصلا به، كسائر التوابع؛ من العطف، والصفة، والبدل.

[فصل كل طلاق يترتب في الوقوع ويأتي بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة واحدة]

فصل: وكل طلاق يترتب في الوقوع، ويأتي بعضه بعد بعض، لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من طلقة

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧٥

واحدة؛ لما ذكرناه. ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها، مثل قوله: أنت طالق، فطالق، فطالق. أو: أنت طالق، ثم طالق، ثم طالق. أو: أنت طالق ثم طالق وطالق. أو: فطالق. وأشباه ذلك؛ لأن هذه حروف تقتضي الترتيب، فتقع بها الأولى فتبينها، فتأتي الثانية فتصادفها بائنا غير زوجة، فلا تقع بها. وأما المدخول بها، فتأتي الثانية فتصادف محل النكاح، فتقع، وكذلك الثالثة. وكذلك لو قال: أنت طالق، بل، طالق، وطالق. ذكره أبو الخطاب. ولو قال: أنت طالق طلقة قبل طلقة. أو: بعد طلقة. أو بعدها طلقة. أو: طلقة فطلقة. أو: طلقة ثم طلقة. وقع بغير المدخول بها طلقة، وبالمدخول بها طلقتان؛ لما ذكرنا من أن هذا يقتضي طلقة بعد طلقة.." [1]

"[فصل قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة]

(٦٠٠٧) فصل: وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة. فكذلك، ذكره القاضي. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم: لا يقع بغير المدخول بها شيء، بناء على قولهم في المسألة السريجية. وقال أبو بكر: يقع طلقتان. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه استحال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة، فوقعت معها، لأنها لما تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا، وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة إليه، وهو معها، ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها؛ لأن قبله زمن يمكن الوقوع فيه، وهو زمن قريب، فلا يؤخر إلى البعيد مع إمكان القريب.

ولنا، أن هذا طلاق بعضه قبل بعض، فلم يقع بغير المدخول بها جميعه، كما لو قال: طلقة بعد طلقة. ولا يمتنع أن يقع المتأخر في لفظه متقدما، كما لو قال: طلقة بعد طلقة. أو قال: أنت طالق طلقة غدا، وطلقة اليوم. ولو قال: جاء زيد بعد عمرو. أو: جاء زيد وقبله عمرو. أو: أعط زيدا بعد عمرو. وكان كلاما صحيحا، يفيد تأخير المتقدم لفظا، عن المذكور بعده، وليس هذا طلاقا في زمن ماض، وإنما يقع إيقاعه في المستقبل مرتبا على الوجه الذي رتبه، ولو قدر أن إحداهما موقعة في زمن ماض، لامتنع وقوعها وحدها، ووقعت الأخرى وحدها، وهذا تعليل القاضي، لكونه لا يقع إلا واحدة، والأول من التعليل أصح إن شاء الله تعالى.

[فصل قال أنت طالق طلقة معها طلقة]

(٦٠٠٨) فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة معها طلقة. وقع بها طلقتان. وإن قال: معها اثنتان. وقع بها

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧٨

ثلاث، في قياس المذهب. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو يوسف: يقع طلقة؛ لأن الطلقة إذا وقعت مفردة، لم يمكن أن يكون معها شيء. **ولنا**، أنه أوقع ثلاث طلقات، بلفظ يقتضي وقوعهن معا، فوقعن كلهن، كما لو قال: أنت طالق ثلاثا. ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة، فإن الطلاق لا يقع بمجرد التلفظ به، إذ لو وقع بذلك، لما صح تعليقه بشرط، ولا صح وصفه بالثلاث، ولا بغيرها، وكذلك الحكم لو قال: إذا طلقتك فأنت طالق معها طلقة. ثم قال: أنت طالق. فإنها تطلق طلقتين؛ لما ذكرنا.

[فصل قال أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال أردت أني أوقع بعدها طلقة]

فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة بعدها طلقة. ثم قال: أردت أني أوقع بعدها طلقة. دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين. وإن قال: أنت طالق طلقة قبلها طلقة. وقال: أردت أني طلقتها قبل هذا في." (١)

"الوجهين. وقال أبو حنيفة: يقع واحدة؛ لأن الطلاق المعلق إذا وجدت الصفة، يكون كأنه أوقعه في تلك الحال على صفته، ولو أوقعه كذلك، لم يقع إلا واحدة. **ولنا**، أنه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات، غير مرتبات، فوقع الثلاث، كالتي قبلها. وإن قال: إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقتان. فدخلت، طلقت ثلاثا. وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي، ولم يحك عنهم فيه خلافا.

[فصل قال لغير مدخول بها أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار]

(٦٠١٤) فصل: وإن قال لغير مدخول بها: أنت طالق ثم طالق ثم طالق، إن دخلت الدار. أو: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق. أو: إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق. فدخلت، طلقت واحدة، فبانت بها، ولم يقع غيرها. وبهذا قال الشافعي. وذهب القاضي إلى أنها تطلق في الحال واحدة، تبين بها. وهو قول أبي حنيفة في الصورة الأولى؛ لأن " ثم " تقطع الأولى عما بعدها، لأنها للمهلة، فتكون الأولى موقعة، والثانية معلقة بالشرط. وقال أبو يوسف ومحمد: لا يقع حتى تدخل الدار، فيقع بها ثلاث؛ لأن دخول الدار شرط لثلاث، فوقعت، كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق.

ولنا، أن " ثم " للعطف، وفيها ترتيب، فتعلقت التطليقات كلها بالدخول؛ لأن العطف لا يمنع تعليق الشرط بالمعطوف عليه، ويجب الترتيب فيها، كما يجب لو لم يعلقه بالشرط، وفي هذا انفصال عما ذكروه، ولأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٧٩

الأولى تلي الشرط، فلم يجز وقوعها بدونه، كما لو لم يعطف عليها، ولأنه جعل الأولى جزاء للشرط، وعقبه إياها بفاء التعقيب، الموضوعة للجزاء، فلم يجز تقديمها عليه كسائر نظائره، ولأنه لو قال: إن دخل زيد داري، فأعطه درهما لم يجز أن يعطيه قبل دخوله، فكذا هاهنا. وما ذكروه تحكم، ليس له شاهد في اللغة، ولا أصل في الشرع.

[فصل قال لمدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق]

(٦٠١٥) فصل: وإن قال لمدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم طالق ثم طالق. لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار، فتقع بها الثلاث. وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف، ومحمد. وذهب القاضي إلى وقوع طلقتين في الحال، وتبقى الثالثة معلقة بالدخول. وهو ظاهر الفساد، فإنه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف، دون المعطوف عليه، ويعلق به ما يبعد عنه، دون ما يليه، ويجعل جزاءه ما لم توجد فيه الفاء التي يجازى بها، دون ما وجدت فيه، تحكما لا يعرف عليه دليلا، ولا نعلم له نظيرا. وإن قال لها: إن دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق. فدخلت، طلقت ثلاثا. في قولهم جميعا.." (١)

"وذلك يصلح بيانا، كما قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الشهر هكذا وهكذا وهكذا» . وأشار بيديه مرة ثلاثين، ومرة تسعا وعشرين. وإن قال: أردت الإشارة بالأصبعين المقبوضتين قبل منه؛ لأنه يحتمل ما يدعيه الموضع الثاني، إذا كتب الطلاق، فإن نواه طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم، وأبو حنيفة، ومالك وهو المنصوص عن الشافعي

وذكر بعض أصحابه، أن له قولا آخر، أنه لا يقع به طلاق، وإن نواه؛ لأنه فعل من قادر على النطق، فلم يقع به الطلاق، كالإشارة **ولنا** أن الكتابة حروف، يفهم منها الطلاق، فإذا أتى فيها بالطلاق، وفهم منها، ونواه، وقع كاللفظ، ولأن الكتابة تقوم مقام قول الكاتب؛ بدلالة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان مأمورا بتبليغ رسالته، فحصل ذلك في حق البعض بالقول، وفي حق آخرين بالكتابة إلى ملوك الأطراف، ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق؛ فأما إن كان كتب ذلك من غير نية، فقال أبو الخطاب: قد خرجها القاضي الشريف في " الإرشاد " على روايتين؛ إحداهما، يقع وهو قول الشعبي، والنخعي، والزهري، والحكم؛ لما ذكرنا والثانية: لا يقع إلا بنية وهو قول أبي حنيفة، ومالك، ومنصوص الشافعي؛ لأن الكتابة محتملة، فإنه يقصد بها تجربة القلم، وتجويد الخط، وغم الأهل، من غير نية،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٢/٧

ككنايات الطلاق

فإن نوى بذلك تجويد خطه، أو تجربة قلمه، لم يقع؛ لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع، لم يقع، فالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى، ويقبل أيضا في الحكم في أصح الوجهين؛ لأنه يقبل ذلك في اللفظ الصريح، في أحد الوجهين؛ فهاهنا مع أنه ليس بلفظ أولى وإن قال: نويت غم أهلي فقد قال، في رواية أبي طالب، في من كتب طلاق زوجته، ونوى الطلاق: وقع، وإن أراد أن يغم أهله، فقد عمل في ذلك أيضا يعني أنه يؤاخذ به؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله عفا لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به» فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق؛ لأن غم أهله يحصل بالطلاق، فيجتمع غم أهله ووقوع طلاقه، كما لو قال: أنت طالق يريد به غمها

ويحتمل." (١)

"طلقت

وإن أضافه إلى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق؛ لأنه جزء تبقى الجملة منه بدونه أو جزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة بإضافة الطلاق إليه كالسن والظفر ولنا أنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبه الجزء الشائع والأعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تتبعض في الحل والحرمة وجد فيها ما يقتضي التحريم والإباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد وفارق ما قاسوا عليه؛ فإنه ليس بثابت والشعر والظفر ليس بثابت فإنهما يزولان ويخرج غيرهما ولا ينقض مسهما الطهارة.

[الفصل الثاني طلقها نصف تطليقة أو جزءا منها]

(٦٠٢٨) الفصل الثاني: إذا طلقها نصف تطليقة أو جزءا منها وإن قل فإنه يقع بها طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم إلا داود قال: لا تطلق بذلك قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنها تطلق بذلك؛ منهم الشعبي والحارث العكلي والزهري وقتادة والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد قال أبو عبيد: وهو قول مالك وأهل الحجاز والثوري وأهل العراق وذلك لأن ذكر بعض ما لا يتبعض في الطلاق ذكر لجميعه كما لو قال: نصفك طالق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٨٦

[فصل قال أنت طالق نصفي طلقة]

(٦٠٢٩) فصل: فإن قال: أنت طالق نصفي طلقة وقعت طلقة؛ لأن نصفي الشيء كله وإن قال: ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين؛ لأن ثلاثة أنصاف طلقة ونصف فكمل النصف فصارا طلقتين وهذا وجه لأصحاب الشافعي ولهم وجه آخر أنها لا تطلق إلا واحدة؛ لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فيسقط ما ليس منها وتقع طلقة ولا يصح؛ لأن إسقاط الطلاق الموقع من الأهل في المحل لا سبيل إليه وإنما الإضافة إلى الطلقة الواحدة غير صحيحة فلغت الإضافة وإن قال: أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة؛ لأن نصف الطلقتين طلقة وذكر أصحاب الشافعي وجها آخر أنه يقع طلقتان؛ لأن اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل

وما ذكرناه أولى؛ لأن التنصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين وإلغاء الشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى وإن قال: أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان؛ لأن نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال: أنت طالق طلقتين وإن قال: أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين؛ لأن نصفها طلقة ونصف ثم يكمل النصف فتصير طلقتين.

[فصل قال أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة]

(٦٠٣٠) فصل: وإن قال: أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقة وقعت طلقة؛ لأنها أجزاء الطلقة ولو قال: أنت." (١)

"لأن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما فليس هما كالأعضاء الثابتة وبهذا قال أصحاب الرأي وقال مالك والشافعي: تطلق بذلك، ونحوه عن الحسن؛ لأنه جزء يستباح بنكاحها فتطلق بطلاقه كالأصبع **ولنا** أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق فإنه لا خلاف فيهما وفارق الأصبع فإنها لا تنفصل في حال السلامة ولأن الشعر لا روح فيه ولا ينجس بموت الحيوان ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق والريق واللبن ولأن الحمل متصل بها وإنما لم تطلق بطلاقه؛ لأن مآله إلى الانفصال وهذه كذلك والسن في معناهما؛ لأنها تزول من الصغير ويخلف غيرها وتنقلع من الكبير.

[فصل تطليق بعض المرأة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٨٩

فصل: وإن أضافه إلى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق لا نعلم فيه خلافا؛ لأن هذه ليست من جسمها وإنما الريق والدمع والعرق فضلات تخرج من جسمها فهو كلبنها والحمل مودع فيها قال الله تعالى: ﴿وهو الذي أنشأكم من نفس واحدة فمستقر ومستودع﴾ [الأنعام: ٩٨] قيل: مستودع في بطن الأم وإن أضافه إلى الزوج فقال أبو بكر: لا يختلف قول أحمد في الطلاق والعتاق والظهار والحرام أن هذه الأشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء؛ الشعر والسن والظفر والروح جرد القول عنه مهنا بن يحيى والفضل بن زياد القطان فبذلك أقول ووجهه أن الروح ليست عضوا ولا شيئا يستمتع به.

[مسألة شك في طلاقه فلم يدر أطلق أم لا]

(٦٠٣٦) مسألة؛ قال: (وإذا لم يدر أطلق أم لا فلا يزول يقين النكاح بشك الطلاق) وجملة ذلك أن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي؛ لأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بشك والأصل في هذا حديث عبد الله بن زيد عن «النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال: لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا» متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين واطراح الشك ولأنه شك طرأ على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث أو المحدث في الطهارة، والورع التزام الطلاق، فإن كان المشكوك فيه طلاقا رجعيا راجع امرأته إن كانت مدخولا بها أو جدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها أو قد انقضت عدتها

وإن شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها؛ لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره، وحكي عن شريك أنه إذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها؛ لتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة في الحكم وليس بشيء؛ لأن التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك." (١)

"حر ولم يعلم بعينه، ويرجع في تعيينه إلى القرعة وهذا قول أبي الخطاب، وذهب القاضي إلى أنه يعتق الذي اشتراه في الموضعين؛ لأن تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه، وهذا مذهب الشافعي **ولنا** أنه لم يعترف لفظا ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف فإن الشرع يسوغ له إمساك عبده مع الجهل استنادا إلى الأصل فكيف يكون معترفا مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منهما؟ وإنما اكتفينا في إبقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه فإذا صار العبدان له وأحدهما حر لا بعينه صار كأنهما كانا له فحلف بعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٩٢

ولو كان الحالف واحدا فقال: إن كان غرابا فعبدي حر وإن لم يكن غرابا فأمتي حرة، ولم يعلم، فإنه يقرع بينهما فيعتق أحدهما فإن ادعى أحدهما أنه الذي عتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه.

[فصل قال إن كان غرابا فهذه طالق وإن لم يكن غرابا فهذه الأخرى طالق فطار ولم يعلم]

(٦٠٤٠) فصل: وإن قال: إن كان غرابا فهذه طالق وإن لم يكن غرابا فهذه الأخرى طالق فطار ولم يعلم فقد طلقت إحداهما فيحرم عليه قربانهما ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما؛ لأنهما محبوستان عليه لحقه وذهب أصحابنا إلى أنه يقرع بينهما فتخرج بالقرعة المطلقة منهما كقولنا في العبيد والصحيح أن القرعة لا مدخل لها هاهنا؛ لما سنذكره فيما إذا طلق واحدة وأنسيها وهو قول أكثر أهل العلم فعلى هذا يبقى التحريم فيهما إلى أن يعلم المطلقة منهما ويؤخذ بنفقتهما، فإن قال: هذه التي حنثت فيها حرمت عليه ويقبل قوله في حل الأخرى فإن ادعت التي لم يعترف بطلاقها أنها المطلقة فالقول قوله؛ لأنه منكر، وهل يحلف؟ يخرج على روايتين.

[فصل قال إن كان غرابا فنساؤه طوالق وإن لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم]

(٦٠٤١) فصل: فإن قال: إن كان غرابا فنساؤه طوالق وإن لم يكن غرابا فعبيده أحرار وطار ولم يعلم منع من التصرف في الملكين حتى يتبين وعليه نفقة الجميع، فإن قال: كان غرابا طلق نساؤه ورق عبيده، فإن ادعى العبيد أنه لم يكن غرابا ليعتقوا فالقول قوله وهل يحلف؟ يخرج على روايتين وإن قال: لم يكن غرابا عتق عبيده ولم تطلق النساء، فإن ادعين أنه كان غرابا ليطلقن، فالقول قوله، وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا: يستحلف، فنكل عن اليمين قضي عليه بنكوله.

وإن قال: لا أعلم ما الطائر؟ فقياس المذهب أن يقرع بينهما، فإن وقعت القرعة على الغراب طلق النساء، ورق العبيد، وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء، وهذا قول أبي ثور وقال أصحاب الشافعي: إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن، ولم يعتق العبيد؛ لأن القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي – صلى الله عليه وسلم – أقرع بين العبيد الستة." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٤٩٥

"غيرها وقع الطلاق بهما جميعا ولا ترجع إليه واحدة منهما؛ إلا أن التي عينها بالطلاق تحرم بقوله: وترثه إن مات ولا يرثها ويجيء على قياس قولهما أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها

(٦٠٤٧) فصل: فإن قال: هذه المطلقة قبل منه، وإن قال: هذه المطلقة بل هذه طلقتا؛ لأنه أقر بطلاق الأولى فقبل إقراره ثم قبل إقراره بطلاق الثانية ولم يقبل رجوعه عما أقر به من طلاق الأولى وكذلك لو كن ثلاثا فقال: هذه بل هذه بل هذه طلقن كلهن، وإن قال: هذه أو هذه بل هذه طلقت الثالثة وإحدى الأوليين وإن قال: طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وإحدى الآخرتين، وإن قال: أنت طالق وهذه أو هذه فقال القاضي: هي كذلك، وذكر أنه قول الكسائي، وقال محمد بن الحسن: تطلق الثانية ويبقى الشك في الأولى والثالثة، وجه الأول أنه عطف الثانية على الأولى بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما

ولو قال: طلقت هذه أو هذه وهذه طلقت الثالثة، وكان الشك في الأوليين ويحتمل في هاتين المسألتين أن يكون الشك في الجميع؛ لأنه في الأولى أتى بحرف الشك بعدهما فيعود إليهما وفي المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال: طلقت هذه وهذه أو هذه طولب بالبيان، فإن قال: هي الثالثة طلقت وحدها، وإن قال: لم أطلقها طلقت الأوليان، وإن لم يبين أقرع بين الأوليين والثالثة قال القاضي في " المجرد ": وهذا أصح، وإن قال: طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ بالبيان فإن قال: هي الأولى طلقت وحدها

وإن قال: ليست الأولى طلقت الأخريان كما لو قال: طلقت هذه أو هاتين وليس له الوطء قبل التعيين، فإن وطئ لم يكن تعيينا وإن ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق في الأخرى وقال أبو حنيفة: يتعين الطلاق في الأخرى؛ لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها ولنا أن موت إحداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كمرضها وإن قال: طلقت هذه وهذه أو هذه وهذه فالظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أهما الأوليان أم الآخرتان كما لو قال: طلقت هاتين أو هاتين، فإن قال: هما الأوليان تعين الطلاق فيهما، وإن قال: لم أطلق الأوليين تعين الآخرتان

وإن قال: إنما أشك في طلاق الثانية والآخرتين طلقت الأولى وبقي الشك في الثلاث، ومتى فسر كلامه بشيء محتمل قبل منه.." (١)

"والشافعي وابن المنذر وقال الحسن: ترثه؛ لأنها في حكم الزوجات ظاهرا ولنا أنها تعلم أنها أجنبية فلم ترثه كسائر الأجنبيات، وقال أحمد في رواية أبي طالب: تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها وتعلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٠٠

ذلك يجيء فيدعيها فترد عليه وتعاقب وإن مات ولم يقر بطلاقها لا ترثه لا تأخذ ما ليس لها تفر منه ولا تخرج من البلد ولكن تختفي في بلدها قيل له: فإن بعض الناس قال: تقتله هي بمنزلة من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك

فمنعها من التزويج قبل ثبوت طلاقها لأنها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق فإذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الشرع العقوبة والرد إلى الأول ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر الأمر وذاك بباطنه ولم يأذن لها في الخروج من البلد؛ لأن ذلك يقوي التهمة في نشوزها ولأن في قتله قصدا؛ لأن الدافع عن نفسه لا يقتل قصدا فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا إثم عليها ولا ضمان في الباطن فأما في الظاهر، فإنها تؤخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها.

[فصل طلقها ثلاثا فشهد عليه أربعة أنه وطئها]

(٦٠٥٤) فصل: قال أحمد: إذا طلقها ثلاثا فشهد عليه أربعة أنه وطئها أقيم عليه الحد إنما أوجبه لأنها صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الأجنبيات بل هي أشد تحريما؛ لأنها محرمة وطئا ونكاحا، فإن جحد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه وبهذا قال الشعبي ومالك وأهل الحجاز والثوري والأوزاعي وربيعة والشافعي وأبو ثور وابن المنذر؛ لأن جحده لطلاقه يوهمنا أنه نسيه وذلك شبهة في درء الحد عنه ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا بإقراره بذلك، فإن قال: وطئتها عالما بأنني كنت طلقتها ثلاثا كان إقرارا منه بالزنى فيعتبر فيه ما يعتبر في الإقرار بالزنى.

[مسألة المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال]

(٦٠٥٥) مسألة؛ قال: (وإذا طلق زوجته أقل من ثلاث فقضت العدة ثم تزوجت غيره ثم أصابها ثم طلقها أو مات عنها وقضت العدة ثم تزوجها الأول فهي عنده على ما بقي من الثلاث) وجملة ذلك أن المطلق إذا بانت زوجته منه ثم تزوجها لم يخل من ثلاثة أحوال؛ أحدها أن تنكح غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول فهذه ترجع إليه على طلاق ثلاث بإجماع أهل العلم قاله ابن المنذر." [١]

"غيره روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر وقال ابن عمر: أيهما رق نقص الطلاق برقه فطلاق العبد اثنتان وإن كان تحته حرة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٠٤/٧

وطلاق الأمة اثنتان وإن كان زوجها حرا.

وروي عن علي وابن مسعود أن الطلاق معتبر بالنساء فطلاق الأمة اثنتان حرا كان الزوج أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا وبه قال الحسن وابن سيرين وعكرمة وعبيدة ومسروق والزهري والحكم وحماد والثوري وأبو حنيفة؛ لما روت عائشة - رضي الله عنها - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «طلاق الأمة تطليقتان وقرؤها حيضتان» رواه أبو داود وابن ماجه ولأن المرأة محل للطلاق فيعتبر بها كالعدة **ولنا** أن الله تعالى خاطب الرجال بالطلاق فكان حكمه معتبرا بهم

ولأن الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات، وحديث عائشة قال أبو داود: راويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث وقد أخرجه الدارقطني في " سننه " عن عائشة قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وقرء الأمة حيضتان وتتزوج الحرة على الأمة ولا تتزوج الأمة على الحرة» وهذا نص ولأن الحر يملك أن يتزوج أربعا فملك طلقات ثلاثا كما لو كان تحته حرة ولا خلاف في أن الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث وأن العبد الذي تحته أمة طلاقه اثنتان، وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حرا والآخر رقيقا.

[فصل أحكام المكاتب في الطلاق]

(٦٠٥٧) فصل: قال أحمد: المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبيد، وهذا صحيح؛ فإنه جاء في الحديث: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم» ولأنه يصح عتقه ولا ينكح إلا اثنتين ولا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده، وهذه أحكام العبيد فيكون طلاقه كطلاق سائر العبيد، وقد روى الأثرم في " سننه " عن سليمان بن يسار أن نفيعا مكاتب أم سلمة طلق امرأة حرة تطليقتين فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك فقالا: حرمت عليك والمدبر كالعبد القن في نكاحه وطلاقه، وكذلك المعلق عتقه بصفة؛ لأنه عبد فتثبت فيه أحكام العبيد.

[فصل حكم الزواج والطلاق للعبد الذي نصفه حرا ونصفه عبدا]

(٦٠٥٨) فصل: قال أحمد في رواية محمد بن الحكم: العبد إذا كان نصفه حرا ونصفه عبدا يتزوج ثلاثا ويطلق ثلاث." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٠٦

"قال أحمد: ولو طلق عبد زوجته الأمة تطليقتين ثم عتق واشتراها لم تحل له ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقتان إن كان طلقها واحدة؛ لأنه في حال الطلاق حر فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجودها، ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلما جميعا لم يملك إلا طلاق العبيد اعتبارا بحاله حين الطلاق

ولو طلقها في كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك إلا طلقة واحدة ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق وأراد التزوج بها جاز وله طلقة واحدة؛ لأن الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يعتبر حكمهما بما يطرأ بعدهما كما أن الطلقتين من العبد لما أن وقعتا محرمتين لم يعتبر ذلك بالعتق بعدهما.

[مسألة قال لزوجته أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين]

(٦٠٦٠) مسألة؛ قال: (وإذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين طلقت بثلاث) نص أحمد على هذا في رواية مهنا وقال أبو عبد الله بن حامد: تقع طلقتان؛ لأن معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم تكمل فتصير طلقتين وقيل: بل ثلاث؛ لأن النصف الثالث من طلقتين محال ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين **ولنا** أن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعه ثلاثا فيقع ثلاثا كما لو قال: أنت طالق ثلاث طلقات، وقولهم: معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالفه ظاهر اللفظ، فإنه على ما ذكروه يكون ثلاثة أنصاف طلقة وينبغي أن يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة

وقولهم: إنه محال قلنا: وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فيجب أن يقع.

[فصل قال أنت طالق ملء الدنيا]

(٦٠٦١) فصل:، فإن قال: أنت طالق ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث، وإن لم ينو شيئا أو نوى واحدة فهي واحدة قال أحمد في من قال لامرأته: أنت طالق ملء البيت: فإن أراد الغلظة عليها – يعني يريد أن تبين منه – فهي ثلاث فاعتبر نيته فدل على أنه إذا لم ينو يقع واحدة؛ وذلك لأن الوصف لا يقتضي عددا وهذا لا نعلم فيه خلافا إلا أن الواحدة إذا وقعت كانت رجعية، وبهذا قال الشافعي،." (١)

"وقال أبو حنيفة وأصحابه: تكون بائنا؛ لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة تقتضي الزيادة عليها، وذلك هو البينونة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٠٨/٧

ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعيا كقوله: أنت طالق وما ذكروه لا يصح؛ لأن الطلاق حكم فإذا ثبت ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة، وإن قال: أنت طالق أشد الطلاق أو أغلظه أو أطول الطلاق أو أعرضه أو أقصره أو مثل الجبل أو مثل عظم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في جميعها: يقع بائنا وقال صاحباه: إن قال: مثل الجبل كانت رجعية وإن قال: مثل عظم الجبل كانت بائنا

ووجه القولين ما تقدم ولأنه لا يملك إيقاع البينونة، فإنها حكم وليس ذلك إليه وإنما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق الثلاث والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة سببها فيثبت وإن أراد إثباتها بدون ذلك لم يثبت ويحتمل أن يكون أشد الطلاق عليه أو عليها وأغلظ؛ لتعجلهما أو لحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زائد بالشك، وإن قال: أنت طالق أقصى الطلاق أو أكبره فكذلك في قياس المذهب ويحتمل أن يكون أقصى الطلاق ثلاثا؛ لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة، ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين

وإن قال: أتم الطلاق أو أكمله فواحدة إلا أنها تكون سنية؛ لأنها أكمل الطلاق وأتمه.

[فصل قال أنت طالق أكثر الطلاق أو كله أو جميعه أو منتهاه أو مثل عدد الحصى]

(٦٠٦٢) فصل: وإن قال: أنت طالق أكثر الطلاق أو كله، أو جميعه أو منتهاه، أو مثل عدد الحصى أو الرمل أو القطر طلقت ثلاثا؛ لأن هذا يقتضي عددا ولأن للطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث وإن قال: كعدد التراب أو الماء وقع ثلاثا وقال أبو حنيفة: يقع واحدة بائن؛ لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لا عدد له.

ولنا أن الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصا، وإن قال: يا مائة طالق أو: أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وإن قال: أنت طالق كمائة أو ألف فهي ثلاث قال أحمد في من قال: أنت طالق كألف تطليقة: فهي ثلاث، وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن لم تكن له نية وقعت واحدة؛ لأنه لم يصرح بالعدد وإنما شبهها بالألف وليس الموقع الشبه به

ولنا أن قوله: كألف تشبيه بالعدد خاصة؛ لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله: أنت طالق كعدد ألف وفي هذا انفصال عما قال

وإن قال: أردت أنها طلقة كألف في صعوبتها دين، وهل يقبل في الحكم؟ يخرج على روايتين.

[فصل قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث]

(٦٠٦٣) فصل: وإن قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقع طلقتان وبهذا قال أبو حنيفة؛ لأن ما بعد الغاية." (١)

"لا يدخل فيها كقوله تعالى: ﴿ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧] وإنما يدخل إذا كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها وقال زفر: يقع طلقة؛ لأن ابتداء الغاية ليس منها كقوله: بعتك من هذا الحائط إلى هذا الحائط وقال أبو يوسف ومحمد: يقع الثلاث؛ لأنه نطق بها فلم يجز إلغاؤها

ولنا أن ابتداء الغاية يدخل كما لو قال: خرجت من البصرة، فإنه يدل على أنه كان فيها وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ولو احتمل دخوله وعدم دخوله لم نجز الطلاق بالشك وإن قال: أنت طالق ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة؛ لأنها التي بينهما.

[فصل قال أنت طالق طلقة في اثنتين]

(٦٠٦٤) فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة في اثنتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثا فهي ثلاث؛ لأنه يعبر؛ بفي عن " مع " كقوله: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٢٩] فتقدير الكلام أنت طالق طلقة مع طلقتين فإذا أقر بذلك على نفسه قبل منه

وإن قال: أردت واحدة قبل أيضا حاسبا كان أو غير حاسب وقال القاضي: إذا كان عارفا بالحساب لم يقبل منه ووقع طلقتان؛ لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ **ولنا** أنه فسر كلامه بما يحتمله فإنه لا يبعد أن يريد بكلامه ما يريده العامي وإن لم تكن له نية وكان عارفا بالحساب وقع طلقتان وقال القاضي: إن أطلق لم يقع إلا واحدة؛ لأن لفظ الإيقاع إنما هو بلفظ الواحدة وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الإيقاع وإنما يقع الزائد بالقصد فإذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه وقال بعض أصحابه كق**ولنا**

وقال أبو حنيفة: لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد إذا لم يقصد به واحدة مع اثنتين؛ لأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب وإنما حصل منه الإيقاع في واحدة فوقعت دون غيرها، **ولنا** أن هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنتين فإذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال: أنت طالق اثنتين وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعي، فإن اللفظ الموضوع لا يحتاج

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٠٩/٧

معه إلى نية، فأما ما قاله أبو حنيفة، فإنما ذلك في وضع الحساب في الأصل ثم صار مستعملا في كل ما له عدد فصار حقيقة فيه فأما الجاهل بمقتضى ذلك في الحساب إذا أطلق وقعت طلقة واحدة؛ لأن لفظ الإيقاع إنما هو لفظة واحدة وإنما صار مصروفا إلى الاثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصطلاحهم لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية وهو لا يعرف معناها.

ولم يفرق أصحابنا في ذلك بين أن يكون المتكلم بذلك." (١)

"ممن لهم عرف في هذا اللفظ أولا والظاهر أنه إن كان المتكلم بذلك ممن عرفهم أن " في " هاهنا بمعنى " مع " وقع به ثلاث؛ لأن كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه إرادته وهو المتبادر إلى الفهم من كلامه فإن نوى موجبه عند أهل الحساب فقال القاضي: لا يلزمه مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية ولا يعرف معناها، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي؛ لأنه إذا لم يكن يعرف موجبه فلم يقصد إيقاعه ولا يصح منه قصد ما لا يعرفه.

[فصل قال أنت طالق طلقة بل طلقتين]

(٦٠٦٥) فصل: فإن قال: أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد، وقال أصحاب الشافعي: يقع ثلاثا في أحد الوجهين؛ لأن قوله: أنت طالق إيقاع فلا يجوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه أوقعها ثم أراد رفعها وأوقع اثنتين آخرتين فتقع الثلاث ولنا أن ما لفظ به قبل الإضراب بعض ما لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله: له علي درهم بل درهما ن وقولهم: لا يجوز إيقاع ما أوقعه قلنا: يجوز أن يخبر بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك قال أحمد: فإن قال: أنت طالق لا بل أنت طالق: هي واحدة وهذا اختيار أبي بكر

واختار القاضي أنه يقع طلقتان؛ لأنه أراد رفع الأولى وإيقاع الثانية فلم ترتفع الأولى ووقعت الثانية ووجه الأول أنه لو قال: له علي درهم بل درهم لزمه درهم واحد كذا هاهنا فعلى هذا القول إن نوى بقوله: بل أنت طالق طلقة أخرى وقع اثنتان؛ لأنه قصد إيقاع طلقتين بلفظين فوقع كما لو قال: أنت طالق أنت طالق وذكر القاضي احتمالا آخر؛ أنه لا يقع إلا طلقة؛ لأن اللفظ موضوع لواحدة فلا يصح أن ينوي به اثنتين قال أحمد: ولو كان له امرأتان فقال لإحداهما: أنت طالق ثم قال للأخرى: لا بل أنت طالق طلقتا جميعا ووجهه أنه أوقع طلاق الأولى ثم أضرب عنه وأوقع طلاق الأخرى فوقع بها ولم يرتفع عن الأولى وفارق ما

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٠/٧

إذا قال ذلك لواحدة؛ لأن الطلقة يجوز أن تكون هي الثانية كرر الإخبار بها ولا يجوز في المرأتين أن يكون طلاق إحداهما هو طلاق الأخرى ونظيره في الإقرار ما لو قال: له علي درهم بل درهم لزمه درهم ولو قال: له علي درهم بل دينار لزماه جميعا، ولو قال: أنت طالق واحدة بل هذه ثلاثا طلقت الأولى واحدة والثانية ثلاثا

ولو قال لامرأة غير مدخول بها: أنت طالق واحدة بل ثلاثا طلقت واحدة؛ لأنها بانت الأولى فلم يقع بها ما بعدها وإن قال: أنت طالق واحدة بل ثلاثا إن دخلت الدار، ونوى تعليق الجميع بدخول الدار تعلق، وإن نوى تعليق الثلاث حسب، وقعت الواحدة في الحال وإن أطلق ففيه وجهان؛." (١)

"وأما وطء المرتدة، فلا يحلها، سواء وطئها في حال ردتهما، أو ردتها، أو وطئ المرتد المسلمة؛ لأنه إن لم يعد المرتد منهما إلى الإسلام، تبين أن الوطء في غير نكاح، وإن عاد إلى الإسلام في العدة، فقد كان الوطء في نكاح غير تام؛ لأن سبب البينونة حاصل فيه. وهكذا لو أسلم أحد الزوجين، فوطئها الزوج قبل إسلام الآخر، لم يحلها لذلك.

[فصل تزوج المملوك المطلقة البائن ووطئها]

(٦٠٧٣) فصل: فإن تزوجها مملوك، ووطئها، أحلها. وبذلك قال عطاء، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. ولا نعلم لهم مخالفا، ولأنه دخل في عموم النص، ووطؤه كوطء الحر. وإن تزوجها مراهق، فوطئها، أحلها في قولهم، إلا مالكا وأبا عبيد، فإنهما قالا: لا يحلها. ويروى ذلك عن الحسن؛ لأنه وطء من غير بالغ، فأشبه وطء الصغير. **ولنا**، ظاهر النص، وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح، فأشبه البالغ، ويخالف الصغير؛ فإنه لا يمكن الوطء منه، ولا تذاق عسيلته. قال القاضي: ويشترط أن يكون له اثنتا عشرة سنة؛ لأن من دون ذلك لا يمكنه المجامعة. ولا معنى لهذا؛ فإن الخلاف في المجامع، ومتى أمكنه الجماع، فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ما ورد الشرع باعتبارها، وتقديره بمجرد الرأي والتحكم.

وإن كانت ذمية، فوطئها زوجها الذمي، أحلها لمطلقها المسلم. نص عليه أحمد. وقال: هو زوج، وبه تجب الملاعنة والقسم. وبه قال الحسن، والزهري، والثوري، والشافعي، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي وابن المنذر. وقال ربيعة، ومالك: لا يحلها. **ولنا**، ظاهر الآية، ولأنه وطء من زوج في نكاح صحيح تام، أشبه وطء المسلم. وإن كانا مجنونين، أو أحدهما، فوطئها، أحلها وقال أبو عبد الله بن حامد: لا يحلها؛ لأنه لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١١/٧

يذوق العسيلة.

ولنا، ظاهر الآية، ولأنه وطء مباح في نكاح صحيح، أشبه العاقل. وقوله: لا يذوق العسيلة. لا يصح، فإن الجنون إنما هو تغطية العقل. وليس العقل شرطا في الشهوة وحصول اللذة، بدليل البهائم، لكن إن كان المجنون ذاهب الحس، كالمصروع، والمغمى عليه، لم يحصل الحل بوطئه، ولا بوطء مجنونة في هذه الحال؛ لأنه لا يذوق العسيلة ولا تحصل له لذة. ولعل ابن حامد إنما أراد المجنون الذي هذه حاله، فلا يكون هاهنا اختلاف ولو وطئ مغمى عليها، أو نائمة لا تحس بوطئه، فينبغي أن لا تحل بهذا؛ لما ذكرناه. وحكاه ابن المنذر. ويحتمل حصول الحل في ذلك كله، أخذا من عموم النص. والله أعلم.." (١)

"[فصل وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية أو ظنها جاريته فوطئها]

(٦٠٧٤) فصل: ولو وجد على فراشه امرأة، فظنها أجنبية، أو ظنها جاريته فوطئها، فإذا هي امرأته، أحلها، لأنه صادف نكاحا صحيحا. ولو وطئها فأفضاها، أو وطئها - وهي مريضة - تتضرر بوطئه، أحلها؛ لأن التحريم هاهنا لحقها. وإن استدخلت ذكره وهو نائم، أو مغمى عليه، لم تحل؛ لأنه لا يذوق عسيلتها. ويحتمل أن تحل؛ لعموم الآية. والله أعلم.

[مسألة طلق الحر زوجته أقل من ثلاث]

(٦٠٧٥) مسألة قال: (وإذا طلق الحر زوجته أقل من ثلاث، فله عليها الرجعة ما كانت في العدة) أجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة بعد دخوله بها أقل من ثلاث، بغير عوض، ولا أمر يقتضي بينونتها، فله عليها الرجعة ما كانت في عدتها، وعلى أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها؛ لما ذكرنا في أول الباب. وإن طلق الحر امرأته الأمة، فهو كطلاق الحرة، إلا أن فيه خلافا ذكرناه فيما مضى، وذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال، فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثا كالحرة.

[فصل لا يعتبر في الرجعة رضى المرأة]

(٦٠٧٦) فصل: ولا يعتبر في الرجعة رضى المرأة؛ لقول الله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾ [البقرة: ٢٢٨] . فجعل الحق لهم. وقال سبحانه: ﴿فأمسكوهن بمعروف﴾ [البقرة: ٢٣١] . فخاطب الأزواج بالأمر، ولم يجعل لهن اختيارا. ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية، فلم يعتبر

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٨/٧

رضاها في ذلك، كالتي في صلب نكاحه. وأجمع أهل العلم على هذا.

[فصل مفهوم الرجعية]

(٦٠٧٧) فصل: والرجعية زوجة يلحقها طلاقه، وظهاره، وإيلاؤه، ولعانه، ويرث أحدهما صاحبه، بالإجماع. وإن خالعها صح خلعه. وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا يصح؛ لأنه يراد للتحريم، وهي محرمة. **ولنا**، أنها زوجة صح طلاقها، فصح خلعها، كما قبل الطلاق، وليس مقصود الخلع التحريم، بل الخلاص من مضرة الزوج ونكاحه الذي هو سببها، والنكاح باق، ولا نأمن رجعته، وعلى أننا نمنع كونها محرمة (٦٠٧٨) فصل: وظاهر كلام الخرقي، أن الرجعية محرمة؛ لقوله: " وإذا لم يدر أواحدة طلق أم ثلاثا؟ فهو متيقن للتحريم،." (١)

"بعدها، فيكون قوله بعد العدة، فلا يقبل. قال أبو الخطاب: ويحتمل أن يقرع بينهما فيكون القول قول من تقع له القرعة. والصحيح الأول.

[فصل اختلفا في الإصابة فقال قد أصبتك فلى رجعتك فأنكرته]

(٦٠٩٢) فصل: وإن اختلفا في الإصابة فقال: قد أصبتك، فلي رجعتك. فأنكرته، أو قالت: قد أصابني، فلي المهر كاملا. فالقول قول المنكر منهما؛ لأن الأصل معه، فلا يزول إلا بيقين، وليس له رجعتها في الموضعين؛ لأنه أنكر الإصابة، فهو يقر على نفسه ببينونتها، وأنه لا رجعة له عليها. وإن أنكرتها هي، فالقول قولها، ولا تستحق إلا نصف المهر في الموضعين؛ لأنها إن أنكرتها، فهي مقرة أنها لا تستحق إلا نصف المهر، وإن أنكرها، فالقول قوله. هذا إن كان غير مقبوض، فإن كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى إصابتها فأنكرته، لم يرجع عليها بشيء؛ لأنه يقر لها به ولا يدعيه. وإن كان هو المنكر، رجع عليها بنصفه. وبهذا قال ارشافعي، وأصحاب الرأي.

فإن قيل: فلم قبلتم قول المولي والعنين في الإصابة، ولم تقبلوه هاهنا؟ قلنا: لأن المولي والعنين يدعيان ما يبقي النكاح على الصحة، ويمنع فسخه، والأصل صحة العقد وسلامته، فكان قولهما موافقا للأصل، فقبل، وفي مسألتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويزيله، وهو ما والى بينونة، وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة، والأصل عدم ذلك، فكان قوله مخالفا للأصل، فلم يقبل، ولأن المولي والعنين يدعيان الإصابة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٩/٧

في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء، لأنه لو لم يوجد ذلك لما استحقتا الفسخ بعدم الوطء، فكان الاختلاف فيما يختص به، وفي مسألتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين، لأنه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا، فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به، فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة. وهل يشرع اليمين في حق من القول قوله هاهنا؟ على وجهين.

[فصل والخلوة كالإصابة في إثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها]

(٦٠٩٣) فصل: والخلوة كالإصابة، في إثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها، في ظاهر قول الخرقي؛ لقوله: حكمها حكم الدخول في جميع أمورها. وهذا قول الشافعي، في القديم. وقال أبو بكر: لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها. وبه قال النعمان، وصاحباه والشافعي في الجديد؛ لأنها غير مصابة، فلا تستحق رجعتها، كغير التي خلا بها. **ولنا** قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾ [البقرة: ٢٢٨] /إلى قوله: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك﴾ [البقرة: ٢٢٨] . ولأنها معتدة من طلاق لا عوض فيه،." (١)

"ولم تستوف عدده، فثبت عليها الرجعة كالمصابة، ولأنها معتدة يلحقها طلاقه، فملك رجعتها، كالتي أصابها. وفارق التي لم يخل بها، فإنها بائن منه لا عدة لها، ولا يلحقها طلاقه، وإنما تكون الرجعة للمعتدة التي يلحقها طلاقه.

[فصل ادعى زوج الأمة بعد عدتها أنه كان راجعها في عدتها فكذبته وصدقه مولاها]

(٦٠٩٤) فصل: وإن ادعى زوج الأمة بعد عدتها أنه كان راجعها في عدتها، فكذبته وصدقه مولاها، فالقول قولها. نص عليه أحمد، وبذلك قال أبو حنيفة، ومالك. وقال أبو يوسف ومحمد: القول قول الزوج، وهو أحق بها؛ لأن إقرار مولاها مقبول في نكاحها، فقبل قوله في رجعتها، كالحرة إذا أقرت. **ولنا** أن قولها في انقضاء عدتها مقبول، فقبل في إنكارها للرجعة كالحرة، ولأنه اختلاف منهما فيما يثبت به النكاح، فيكون المنازع هي دون سيدها، كما لو اختلفا في الإصابة، وإنما قبل قول السيد في النكاح؛ لأنه يملك إنشاءه، فملك الإقرار به، بخلاف الرجعة.

وإن صدقته هي وكذبه مولاها، لم يقبل إقرارها؛ لأن حق السيد يتعلق بها، وحلت له بانقضاء عدتها، فلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٩/٧

يقبل قولها في إبطال حقه، كما لو تزوجت ثم أقرت أن مطلقها كان راجعها، ولا يلزم من قبول إنكارها قبول تصديقها، كالتي تزوجت، فإنه يقبل إنكارها، ولا يقبل تصديقها. إذا ثبت هذا، فإن مولاها إذا علم صدق الزوج في رجعتها، لم يحل له وطؤها، ولا تزويجها. وإن علمت هي صدق الزوج في رجعتها، فهي حرام على سيدها، ولا يحل لها تمكينه من وطئها إلا مكرهة، كما قبل طلاقها.

[فصل قالت انقضت عدتي ثم قالت ما انقضت الرجعة بعد]

(٦٠٩٥) فصل: ولو قالت: انقضت عدتي. ثم قالت: ما انقضت بعد. فله رجعتها؛ لأنها أقرت بكذبها فيما يثبت به حق عليها، فقبل إقرارها. ولو قال: أخبرتني بانقضاء عدتها، ثم راجعتها. ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها، وأنكرت ما ذكر عنها، وأقرت أن عدتها، لم تنقض، فالرجعة صحيحة؛ لأنه لم يقر بانقضاء عدتها، وإنما أخبر بخبرها عن ذلك، وقد رجعت عن خبرها، فقبل رجوعها؛ لما ذكرناه.

[مسألة طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية]

(٦٠٩٦) مسألة قال: (وإذا طلقها واحدة، فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية، بنت على ما مضى من العدة)." [1]

"وبهذا قال أبو حنيفة وهو قول الشافعي وله قول ثان، أنها تستأنف العدة؛ لأنها طلقة واقعة في حق مدخول بها، فاقتضت عدة كاملة، كالأولى.

ولنا، أنهما طلاقان لم يتخللهما إصابة، ولا خلوة، فلم يجب بهما أكثر من عدة، كما لو والى بينهما، أو كما لو انقضت عدتها ثم نكحها وطلقها قبل دخوله بها. وهكذا الحكم لو طلقها، ثم فسخ نكاحها لعيب في أحدهما، أو لعتقها تحت عبد أو غيره، أو انفسخ نكاحها لرضاع أو اختلاف دين أو غير ذلك؛ لأن الفسخ في معنى الطلاق.

[فصل طلقها ثم راجعها ثم طلقها قبل دخوله بها]

(٦٠٩٧) فصل: وإن طلقها، ثم راجعها، ثم طلقها قبل دخوله بها، ففيه روايتان؛ إحداهما، تبني على ما مضى من العدة. نقلها الميموني. وهي اختيار أبي بكر، وقول عطاء، وأحد قولي الشافعي؛ لأنهما طلاقان

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٣٠

لم يتخللهما دخول بها، فكانت العدة من الأول منهما، كما لو لم يرتجعها، ولأن الرجعة لم يتصل بها دخول، فلم يجب بالطلاق منها عدة، كما لو نكحها ثم طلقها قبل الدخول. والثانية، تستأنف العدة. نقلها ابن منصور. وهي أصح. وهذا قول طاوس، وأبي قلابة، وعمرو بن دينار، وجابر، وسعيد بن عبد العزيز، وإسحاق، وأبي ثور، وأبي عبيد، وأصحاب الرأي، وابن المنذر.

وقال الثوري: أجمع الفقهاء على هذا. وحكى أبو الخطاب، عن مالك، إن قصد الإضرار بها بنت، وإلا استأنفت؛ لأن الله تعالى إنما جعل الرجعة لمن أراد الإصلاح بقوله تعالى: ﴿وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا﴾ [البقرة: ٢٢٨] . والذي قصد الإضرار لم يقصد الإصلاح. **ولنا** أنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه، فأوجب عدة كاملة، كما لو لم يتقدمه طلاق؛ وهذا لأن الطلقة الأولى شعثت النكاح، والرجعة لمت شعثه، وقطعت عمل الطلاق، فصار الطلاق الثاني في نكاح غير مشعث مدخول بها فيه، فأوجب عدة كالأول، وكما لو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها، فإنها تستأنف عدة، كذا هاهنا.

ويفارق الطلاق قبل الرجعة. فإنه جاء بعد طلاق مفض إلى بينونة. فإن راجعها ثم دخل بها، ثم طلقها، فإنها تستأنف عدة بغير اختلاف بين أهل العلم؛ لأنه بالوطء بعد الرجعة صار كالناكح ابتداء إذا وطئ.." (١)

"[فصل خالع زوجته أو فسخ النكاح ثم نكحها في عدتها ثم طلقها]

(٦٠٩٨) فصل: وإن خالع زوجته، أو فسخ النكاح ثم نكحها في عدتها، ثم طلقها؛ فإن كان دخل بها، فعليها العدة، بلا خلاف؛ لأنه طلاق في نكاح مدخول بها فيه، لم يتقدمه طلاق سواه. وإن لم يكن دخل بها، بنت على العدة الأولى، في الصحيح من المذهب. وعنه، أنها تستأنف العدة. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن النكاح أقوى من الرجعة، ولو طلقها بعد الرجعة، استأنفت العدة، فهاهنا أولى. **ولنا**، أنه طلاق من نكاح لم يصبها فيه، فلم تجب به عدة، كما لو نكحها بعد انقضاء عدتها. وفارق الرجعة؛ لأنها ردت المرأة إلى النكاح الأول، فكان الطلاق الثاني في نكاح اتصل به الدخول، وهذا النكاح جديد بعد البينونة من الأول، ولم يوجد فيه دخول، فأشبه التزويج بعد قضاء العدة.

وأما بناؤها على العدة الأولى، فلأنها إنما قطع في حكمها النكاح، وقد زال، فيعود إليها. ولو أسلمت زوجته ثم أسلم في عدتها، أو أسلم هو ثم أسلمت هي في عدتها، وطلقها قبل وطئه أو بعده، أو ارتدت ثم أسلمت ثم طلقها، فعليها عدة مستأنفة، بلا خلاف؛ لأنه طلاق في نكاح وطئ فيه، أشبه الطلاق في النكاح الأول.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣١/٧

[فصل متى وطئ الرجعية]

(٦٠٩٩) فصل: ومتى وطئ الرجعية، وقلنا: إن الوطء لا تحصل به الرجعة، فعليها أن تستأنف العدة من الوطء، ويدخل فيها بقية عدة الطلاق؛ لأنهما عدتان من رجل واحد، فتداخلتا، كما لو طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها، وله ارتجاعها في بقية العدة الأولى؛ لأنها عدة من الطلاق، فإذا مضت البقية، لم يكن له ارتجاعها في بقية عدة الوطء؛ لأنها عدة من وطء شبهة، فإن حبلت من الوطء، صارت في عدة الوطء، وتدخل فيها البقية الأولى؛ لأنهما عدتان لواحد، فأشبه ما لو كانا بالأقراء، وتنقضي العدتان جميعا بوضع الحمل؛ لأنه لا يتبعض، وله مراجعتها قبل وضعه؛ لأنها في عدة من الطلاق.

ويحتمل أن لا يتداخلا؛ لأنهما من جنسين. فعلى هذا تصير معتدة من الوطء خاصة. وهل له رجعتها في مدة الحمل؟ على وجهين، مضى توجيههما فيما إذا حملت من وطء زوج ثان، فإذا وضعت أتمت عدة الطلاق، وله ارتجاعها في هذه البقية؛ لأنها من عدة الطلاق. ولو طلقها حاملا، ثم وطئها انقضت عدتها بوضع الحمل منهما جميعا. ويحتمل أن تستأنف عدة للوطء بعد وضع الحمل؛ لما ذكرنا. ولا رجعة له بعد وضع الحمل في هذه الصورة بكل حال. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله على ما ذكرنا سواء.." (١)

"[مسألة طلقها ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم فاعتدت ثم نكحت من أصابها]

(٦١٠٠) مسألة؛ قال: وإذا طلقها، ثم أشهد على المراجعة من حيث لا تعلم، فاعتدت، ثم نكحت من أصابها، ردت إليه، ولا يصيبها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين، والأخرى هي زوجة الثاني وجملة ذلك، أن زوج الرجعية إذا راجعها، وهي لا تعلم، صحت المراجعة؛ لأنها لا تفتقر إلى رضاها، فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها. فإذا راجعها ولم تعلم، فانقضت عدتها، وتزوجت، ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها، وأقام البينة على ذلك، ثبت أنها زوجته، وأن نكاح الثاني فاسد؛ لأنه تزوج امرأة غيره، وترد إلى الأول، سواء دخل بها الثاني أو لم يدخل بها.

هذا هو الصحيح، وهو مذهب أكثر الفقهاء؛ منهم الثوري، والشافعي، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن علي - رضي الله عنه -. وعن أبي عبد الله، - رحمه الله -، رواية ثانية، إن دخل بها الثاني فهي امرأته، ويبطل نكاح الأول. روي ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -. وهو قول مالك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣٢/٧

وروي معناه عن سعيد بن المسيب، وعبد الرحمن بن القاسم، ونافع؛ لأن كل واحد منهما عقد عليها، وهي ممن يجوز له العقد في الظاهر، ومع الثاني مزية الدخول، فقدم بها. **ولنا** أن الرجعة قد صحت، وتزوجت وهي زوجة الأول، فلم يصح نكاحها، كما لو لم يطلقها.

فإذا ثبت هذا، فإن كان الثاني ما دخل بها، فرق بينهما، وردت إلى الأول، ولا شيء على الثاني. وإن كان دخل بها، فلها عليه مهر المثل؛ لأن هذا وطء شبهة، وتعتد، ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها منه. وإن أقام البينة قبل دخول الثاني بها، ردت إلى الأول، بغير خلاف في المذهب. وهو إحدى الروايتين عن مالك. وأما إن تزوجها مع علمها بالرجعة، أو علم أحدهما، فالنكاح باطل بغير خلاف، والوطء محرم على من علم منهما، وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره؛ لأنه وطئ امرأة غيره مع علمه. فأما إن لم يكن لمدعي الرجعة بينة، فأنكره أحدهما، لم يقبل قوله، ولكن إن أنكراه جميعا، فالنكاح صحيح في حقهما، وإن اعترفا له بالرجعة، ثبتت، والحكم فيه كما لو قامت به البينة سواء.

وإن أقر له الزوج وحده، فقد اعترف بفساد نكاحه، فتبين منه، وعليه مهرها إن كان بعد الدخول، أو نصفه إن كان قبله، لأنه لا يصدق على المرأة في إسقاط حقها عنه، ولا تسلم المرأة إلى المدعي؛ لأنه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها، وإنما يلزمه في حقه، ويكون القول قولها. وهل هو مع يمينها أو لا؟ على وجهين. والصحيح أنها لا تستحلف؛ لأنها لو أقرت، لم يقبل إقرارها، فإذا أنكرت لم تجب اليمين بإنكارها. وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج،." (١)

"لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ النكاح؛ لأن قولها إنما يقبل على نفسها في حقها.

وهل يستحلف؟ يحتمل وجهين: أحدهما: لا يستحلف. اختاره القاضي؛ لأنه دعوى في النكاح، فلم يستحلف، كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته. والثاني، يستحلف. قال القاضي: وهو قول الخرقي؛ لعموم قوله – عليه السلام –: «ولكن اليمين على المدعى عليه» . ولأنه دعوى في حق آدمي، فيستحلف فيه كالمال. فإن حلف فيمينه على نفي العلم؛ لأنه على نفي فعل الغير. فإن زال نكاحه بطلاق، أو فسخ، أو موت، ردت إلى الأول من غير عقد؛ لأن المنع من ردها إنما كان لحق الثاني، فإذا زال، زال المانع، وحكم بأنها زوجة الأول، كما لو شهد بحرية عبد ثم اشتراه، عتق عليه. ولا يلزمها للأول مهر بحال.

وذكر القاضي، أن عليها له مهرا. وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها بغير حق، فأشبه شهود الطلاق إذا رجعوا. **ولنا** أن ملكها استقر على المهر، فلم يرجع به عليها، كما لو

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٣٣

ارتدت، أو أسلمت، أو قتلت نفسها، فإن مات الأول وهي في نكاح الثاني، فينبغي أن ترثه؛ لإقراره بزوجيتها، أو إقرارها بذلك. وإن ماتت، لم يرثها، لأنها لا تصدق في إبطال ميراث الزوج الثاني، كما لم تصدق في إبطال نكاحه، ويرثها الزوج الثاني؛ لذلك. وإن مات الزوج الثاني، لم ترثه؛ لأنها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه.

[مسألة المطلقة المبتوتة إذا مضى زمن بعد طلاقها يمكن فيه انقضاء عدتين]

(٦١٠١) مسألة قال: وإذا طلقها ثلاثا، وانقضت عدتها منه، ثم أتته فذكرت أنها نكحت من أصابها، ثم طلقها، أو مات عنها، وانقضت عدتها منه، وكان ذلك ممكنا، فله أن ينكحها إذا كان يعرف منها الصدق والصلاح، وإن لم تكن عنده في هذه الحال، لم ينكحها حتى يصح عنده قولها وجملة ذلك أن المطلقة المبتوتة، إذا مضى زمن بعد طلاقها، يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء، فأخبرته بذلك، وغلب على ظنه صدقها؛ إما لمعرفته بأمانتها، أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها، فله أن يتزوجها، في قول عامة أهل العلم؛ منهم الحسن، وقتادة، والأوزاعي، والثوري، والشافعي، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي؛ وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها، وعلى ما أخبرت به عنها، ولا سبيل إلى معرفة هذه الحال على الحقيقة إلا من جهتها، فيجب الرجوع إلى قولها، كما لو أخبرت بانقضاء عدتها.

فأما إن لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها، لم يحل له نكاحها. وقال الشافعي: له نكاحها؛ لما ذكرنا أولا، والورع أن لا ينكحها.." (١)

"بجوابه، ولا يذكره أهل العربية في باب القسم، فلا يكون إيلاء، وإنما يسمى حلفا تجوزا، لمشاركته القسم في المعنى المشهور في القسم، وهو الحث على الفعل أو المنع منه، أو توكيد الخبر، والكلام عند إطلاقه لحقيقته؛ ويدل على هذا قول الله تعالى ﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ٢٢٦] . وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله. وأيضا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من حلف بغير الله فقد أشرك» . وقوله: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم» متفق عليه.

وإن سلمنا أن غير القسم حلف، لكن الحلف بإطلاقه إنما ينصرف إلى القسم، وإنما يصرف إلى غير القسم بدليل، ولا خلاف في أن القسم بغير الله تعالى وصفاته لا يكون إيلاء؛ لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئا يمنع من الوطء، فلا يكون إيلاء، كالخبر بغير القسم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣٤/٧

وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله: إن وطئتك فعبدي حر. أو: فأنت طالق. أو: فأنت علي كظهر أمي. أو: فأنت علي حرام. أو: فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقة. فهذا يكون إيلاء؛ لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه. وإن قال: إن وطئتك فأنت زانية. لم يكن موليا؛ لأنه لا يلزمه بالوطء حق، ولا يصير قاذفا بالوطء؛ لأن القذف لا يتعلق بالشرط، ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها، كما لا تصير زانية بطلوع الشمس.

وإن قال: إن وطئتك، فلله علي صوم هذا الشهر. لم يكن موليا؛ لأنه لو وطئها بعد مضيه، لم يلزمه حق، فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه، فلا يلزم بالنذر، كما لو قال: إن وطئتك، فلله علي صوم أمس. وإن قال: إن وطئتك، فلله علي أن أصلي عشرين ركعة. كان موليا. وقال أبو حنيفة: لا يكون موليا؛ لأن الصلاة لا يتعلق بها مال، ولا تتعلق بمال، فلا يكون الحالف بها موليا، كما لو قال: إن وطئتك، فلله علي أن أمشي في السوق. **ولنا**، أن الصلاة تجب بالنذر، فكان الحالف بها موليا، كالصوم والحج، وما ذكره لا يصح؛ فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة.

وأما المشي في السوق، فقياس المذهب على هذه الرواية، أنه يكون موليا؛ لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين؛: إما الكفارة، وإما المشي، فقد صار الحنث موجبا لحق عليه، فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضا، فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب، وإن سلمنا، فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر، بخلاف مسألتنا. وإذا استثنى في يمينه، لم يكن موليا في قول الجميع؛ لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث، فلم يكن الحنث موجبا لحق عليه. وهذا إذا كانت اليمين." (١)

"بالله تعالى، أو كانت يمينا مكفرة، فأما الطلاق والعتاق، فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر، فوجوده كعدمه، ويكون موليا بهما، سواء استثنى أو لم يستثن.

[فصل حلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر]

(٦١٠٦) فصل: الشرط الثاني، أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر. وهذا قول ابن عباس، وطاوس، وسعيد بن جبير، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وأبي ثور، وأبي عبيد. وقال عطاء، والثوري، وأصحاب الرأي: إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد، كان موليا. وحكى ذلك القاضي وأبو الحسين رواية عن أحمد؛ لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر، فكان موليا، كما لو حلف على ما زاد. وقال النخعي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣٧/٧

وقتادة، وحماد، وابن أبي ليلى، وإسحاق: من حلف على ترك الوطء في قليل من الأوقات أو كثير، وتركها أربعة أشهر، فهو مول؛ لقول الله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ [البقرة: ٢٢٦] . وهذا مول؛ فإن الإيلاء الحلف، وهذا حالف

ولنا أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر، فلم يكن موليا، كما لو حلف على ترك قبلتها. والآية حجة لنا؛ لأنه جعل له تربص أربعة أشهر، فإذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها، فلا معنى للتربص؛ لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك ومع انقضائه. وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها الإيلاء، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر، فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون، لم تصح المطالبة من غير إيلاء وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في الفيئة إنها تكون في مدة الأربعة الأشهر، وظاهر الآية خلافه؛ فإن الله تعالى قال ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا﴾ [البقرة: ٢٢٦] . فعقب الفيء عقيب التربص بفاء التعقيب، فيدل على تأخرها عنه.

إذا ثبت هذا، فحكي عن ابن عباس، أن المولي من يحلف على ترك الوطء أبدا أو مطلقا؛ لأنه إذا حلف على ما دون ذلك، أمكنه التخلص بغير حنث، فلم يكن موليا، كما لو حلف لا وطئها في مدينة بعينها.

ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث، فأشبه المطلقة، بخلاف اليمين على مدينة معينة، فإنه يمكن التخلص بغير الحنث، ولأن الأربعة الأشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير الوطء عنها، فإذا حلف على أكثر منها كان موليا كالأبد.

ودليل الوصف ما روي أن عمر، - رضي الله عنه - كان يطوف ليلة في المدينة، فسمع امرأة تقول:

تطاول هذا الليل وازور جانبه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبه." (١)

"فوالله لولا الله لا شيء غيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه

مخافة ربي والحياء يكفني ... وأكرم بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر نساء: كم تصبر المرأة عن الزوج؟ فقلن: شهرين، وفي الثالث يقل الصبر، وفي الرابع ينفد الصبر. فكتب إلى أمراء الأجناد، أن لا تحبسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر.

[فصل علق الإيلاء بشرط مستحيل]

(٦١٠٧) فصل: وإذا علق الإيلاء بشرط مستحيل، كقوله: والله لا وطئتك حتى تصعدي السماء، أو تقلبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣٨/٧

الحجر ذهبا، أو يشيب الغراب. فهو مول؛ لأن معنى ذلك ترك وطئها؛ فإن ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيلات. قال الله تعالى في الكفار ﴿ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط﴾ [الأعراف: ٤٠] . ومعناه لا يدخلون الجنة أبدا. وقال بعضهم:

إذا شاب الغراب أتيت أهلي ... وصار القار كاللبن الحليب

وإن قال: والله لا وطئتك حتى تحبلي. فهو مول؛ لأن حبلها بغير وطء مستحيل عادة، فهو كصعود السماء. وقال القاضي وأبو الخطاب، وأصحاب الشافعي: ليس بمول إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل في أربعة أشهر، أو آيسة، فأما إن كانت من ذوات الأقراء، فلا يكون موليا؛ لأنه يمكن حملها.

قال القاضي وإذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين، لم يكن موليا؛ لأن حملها ممكن. **ولنا**، أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة، فكان تعليق اليمين عليه إيلاء، كصعود السماء. ودليل استحالته قول مريم ﴿أنى يكون لي غلام ولم يمسسني بشر ولم أك بغيا﴾ [مريم: ٢٠] . وقولهم ﴿يا أخت هارون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغيا﴾ [مريم: ٢٨] ولولا استحالته لما نسبوها إلى البغاء بوجود الولد، وأيضا قول عمر - رضي الله عنه -: الرجم حق على من زنى وقد أحصن، إذا قامت به البينة، أو كان الحبل، أو الاعتراف. ولأن العادة أن الحبل لا يوجد من غير وطء. فإن قالوا: يمكن حبلها من وطء غيره، أو باستدخال منيه. قلنا: أما الأول فلا يصح؛ فإنه لو صرح به فقال: لا وطئتك حتى تحبلي من غيري، أو: ما دمت في نكاحي. أو: حتى تزني. كان موليا، ولو صح ما ذكروه لم يكن موليا. وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة، إن وجد كان من خوارق العادات، بدليل ما ذكرناه. وقد قال أهل الطب: إن المني إذا برد لم يخلق منه ولد. وصحح قولهم قيام الأدلة التي ذكرنا بعضها، وجريان العادة على وفق ما قالوه.

وإذا." (١)

"أخذه لمالها أو مال غيرها من غير رضى صاحبه محرم، فجرى مجرى شرب الخمر.

وإن قال: والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا. أو: أفعل في حقك جميلا. لم يكن إيلاء؛ لأن فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع، فجرى مجرى قوله: حتى أصوم يوما.

[فصل قال والله لا وطئتك إلا برضاك]

(٦١٠٩) فصل: وإن قال: والله لا وطئتك إلا برضاك. لم يكن موليا؛ لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث، ولأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٣٩

محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها. وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث، كقوله: والله لا وطئتك مكرهة، أو محزونة. ونحو ذلك فإنه لا يكون موليا. وإن قال: والله لا وطئتك مريضة. لم يكن موليا لذلك، إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه، أو لا يزول في أربعة أشهر، فينبغي أن يكون موليا؛ لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر. فإن قال ذلك لها وهي صحيحة، فمرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر، لم يصر موليا، وإن لم يرج برؤه فيها، صار موليا.

وكذلك إن كان الغالب أنه لا يزول في أربعة أشهر، صار موليا؛ لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله. وإن قال: والله لا وطئتك حائضا. ولا نفساء، ولا محرمة، ولا صائمة. ونحو هذا، لم يكن موليا؛ لأن ذلك محرم ممنوع منه شرعا، فقد أكد منع نفسه منه بيمينه. وإن قال: والله لا وطئتك طاهرا. أو: لا وطئتك وطئا مباحا. صار موليا؛ لأنه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة، فكان موليا، كما لو قال: والله لا وطئتك في قبلك. وإن قال: والله لا وطئتك ليلا. أو: والله لا وطئتك نهارا. لم يكن موليا؛ لأن الوطء يمكن بدون الحنث.

وإن قال: والله لا وطئتك في هذه البلدة. أو: في هذا البيت. أو نحو ذلك من الأمكنة المعينة، لم يكن موليا. وهذا قول الثوري، والأوزاعي، والشافعي، والنعمان، وصاحبيه. وقال ابن أبي ليلى، وإسحاق: هو مول؛ لأنه حالف على ترك وطئها. **ولنا** أنه يمكن وطؤها بغير حنث، فلم يكن موليا، كما لو استثنى في يمينه.

[فصل حلف على ترك وطئها عاما ثم كفر عن يمينه]

(٦١١٠) فصل: وإن حلف على ترك وطئها عاما، ثم كفر عن يمينه، انحل الإيلاء. قال الأثرم: قيل لأبي عبد الله: المولي يكفر عن يمينه قبل مضي الأربعة الأشهر؟ قال يذهب عنه الإيلاء، ولا يوقف بعد الأربعة، وذهب الإيلاء حين ذهبت اليمين. وذلك لأنه لم يبق ممنوعا من الوطء بيمينه، فأشبه من حلف واستثنى. فإن كان تكفيره قبل مضي الأربعة الأشهر، انحل الإيلاء حين التكفير، وصار كالحالف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر. وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقوف، صار كالحالف على أكثر منها، إذا مضت مدة يمينه قبل وقفه.." (١)

"[فصل قال في الإيلاء والله لا وطئتك إن شاء فلان]

(٦١١١) فصل: فإن قال: فإن قال: والله لا وطئتك إن شاء فلان. لم يصر موليا حتى يشاء، فإذا شاء صار موليا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤١/٧

وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ لأنه يصير ممتنعا من الوطء حتى يشاء، فلا يكون موليا حتى يشاء. وإن قال: والله لا وطئتك إن شئت. فكذلك. وقال أصحاب الشافعي: إن شاءت على الفور جوابا لكلامه صار موليا، وإن أخرت المشيئة، انحلت يمينه؛ لأن ذلك تخيير لها، فكان على الفور، كقوله: اختاري في الطلاق. **ولنا** أنه علق اليمين على المشيئة بحرف إن، فكان على التراخي، كمشيئة غيرها.

فإن قيل: فهلا قلتم: لا يكون موليا؛ فإنه علق ذلك بإرادتها، فأشبه ما لو قال: لا وطئتك إلا برضاك. قلنا: الفرق بينهما، أنها إذا شاءت، انعقدت يمينه مانعة من وطئها، بحيث لا يمكنه بعد ذلك الوطء بغير حنث. وإذا قال: والله لا وطئتك إلا برضاك. فما حلف إلا على ترك وطئه، في بعض الأحوال، وهو حال سخطها، فيمكنه الوطء في الحال الأخرى بغير حنث. وإذا طالبته بالفيئة، فهو برضاها. ولو قال: والله لا وطئتك حتى تشائي. فهو كقوله: إلا برضاك. ولا يكون موليا بذلك. وإن قال: والله لا وطئتك إلا أن يشاء أبوك. أو: فلان. لم يكن موليا؛ لأنه علقه بفعل منه يمكن وجوده في الأربعة الأشهر إمكانا غير بعيد، وليس بمحرم، ولا فيه مضرة، فأشبه ما لو قال: والله لا وطئتك إلا أن تدخلي الدار.

وإن قال: والله لا وطئتك إلا أن تشائي. لم يكن موليا، وكان بمنزلة قوله: إلا برضاك. أو: حتى تشائي. وقال أبو الخطاب: إن شاءت في المجلس، لم يصر موليا، وإلا صار موليا. وقال أصحاب الشافعي: إن شاءت على الفور عقيب كلامه، لم يصر موليا، وإلا صار موليا؛ لأن المشيئة عندهم على الفور، وقد فاتت بتراخيها. وقال القاضي: تنعقد يمينه، فإن شاءت انحلت، وإلا فهي منعقدة. **ولنا** أنه منع نفسه بيمينه من وطئها إلا عند إرادتها، فأشبه ما لو قال: إلا برضاك. أو: حتى تشائي. ولأنه علقه على وجود المشيئة، أشبه ما لو علقه على مشيئة غيرها. فأما قول القاضي: فإن أراد وجود المشيئة على الفور. فهو كقولهم.

وإن أراد وجود المشيئة على التراخي، تنحل به اليمين، لم يكن ذلك إيلاء؛ لأن تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة الأربعة الأشهر، إمكانا غير بعيد، ليس بإيلاء. والله أعلم.

[فصل قال والله لا وطئتك]

(٦١١٢) فصل: فإن قال: والله لا وطئتك. فهو إيلاء؛ لأنه قول يقتضي التأبيد. وإن قال: والله لا وطئتك مدة.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٢/٧

"أو: ليطولن تركي لجماعك. ونوى مدة تزيد على أكثر من أربعة أشهر، فهو إيلاء؛ لأن اللفظ يحتمله، فانصرف إليه بنيته. وإن نوى مدة قصيرة، لم يكن إيلاء لذلك. وإن لم ينو شيئا، لم يكن إيلاء؛ لأنه يقع على القليل والكثير، فلا يتعين للكثير.

فإن قال: والله لا وطئتك أربعة أشهر، فإذا مضت، فوالله لا وطئتك أربعة أشهر. أو: فإذا مضت، فوالله لا وطئتك شهرين. أو: لا وطئتك شهرين، فإذا مضت، فوالله لا وطئتك أربعة أشهر. ففيه وجهان أحدهما: ليس بمول؛ لأنه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الإيلاء، فلم يكن موليا، كما لو لم ينو إلا مدتها، ولأنه يمكنه الوطء بالنسبة إلى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها، فأشبه ما لو اقتصر عليها والثاني، يصير موليا؛ لأنه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية، فكان موليا، كما لو منعها بيمين واحدة، ولأنه لا يمكنه الوطء بعد المدة إلا بحنث في يمي ن ه، فأشبه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة، ولو لم يكن هذا إيلاء، أفضى إلى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين، فلا يكون موليا.

وهكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعهما على أربعة، كثلاثة أشهر وثلاثة، أو ثلاثة وشهرين، لما ذكرنا من التعليلين. والله أعلم.

[فصل قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك]

(٦١١٣) فصل: فإن قال: إن وطئتك، فوالله لا وطئتك. لم يكن موليا في الحال؛ لأنه لا يلزمه بالوطء حق، لكن إن وطئها صار موليا؛ لأنها تبقى يمينا تمنع الوطء على التأبيد. وهذا الصحيح عن الشافعي وحكي عنه قول قديم، أنه يكون موليا من الأول؛ لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير موليا، فيلحقه بالوطء ضرر.

وكذلك على هذا القول، إن قال: وطئتك فوالله لا دخلت الدار. لم يكن موليا من الأول، فإن وطئها انحل الإيلاء؛ لأنه لم يبق ممتنعا من وطئها بيمين ولا غيرها، وإنما بقي ممتنعا باليمين من دخول الدار. **ولنا** أن يمينه معلقة بشرط، ففيما قبله ليس بحالف، فلا يكون موليا، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث، فلم يكن موليا، كما لو لم يقل شيئا. وكونه يصير موليا، لا يلزمه به شيء، وإنما يلزمه بالحنث. ولو قال: والله لا وطئتك في السنة إلا مرة. لم يصر موليا في الحال؛ لأنه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث، فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه، فإذا وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر، صار موليا.

وهذا قول أبي ثور، وأصحاب الرأي، وظاهر مذهب الشافعي. وفي قوله القديم، يكون موليا في الابتداء؛

لما ذكرنا في التي قبلها. وقد أجبنا عنه. وإن قال: والله لا وطئتك سنة إلا يوما. فكذلك. وبهذا قال أبو حنيفة؛ لأن اليوم منكر، فلم." [١]

"[فصل قال لأربع نسوة والله لا أقربكن]

(٦١١٥) فصل: فإن قال لأربع نسوة: والله لا أقربكن. انبنى ذلك على أصل، وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولا، فإن قلنا: يحنث. فهو مول منهن كلهن في الحال؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث، فصار مانعا لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال، فإن وطئ واحدة منهن، حنث، وانحلت يمينه، وزال الإيلاء من البواقي. وإن طلق بعضهن أو مات، لم ينحل الإيلاء في البواقي. وإن قلنا: لا يحنث بفعل البعض. لم يكن موليا منهن في الحال؛ لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث، فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها، فلم يكن موليا منها.

فإن وطئ ثلاثا، صار موليا من الرابعة؛ لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه. وإن مات بعضهن، أو طلقها، انحلت يمينه، وزال الإيلاء؛ لأنه لا يحنث بوطئهن، وإنما يحنث بوطء الأربع. فإن راجع المطلقة، أو تزوجها بعد بينونتها، عاد حكم يمينه. وذكر القاضي، أنا إذا قلنا: يحنث بفعل البعض. فوطئ واحدة، حنث، ولم ينحل الإيلاء في البواقي؛ لأن الإيلاء من امرأة لا ينحل بوطء غيرها. **ولنا** أنها يمين واحدة حنث فيها، فوجب أن تنحل، كسائر الأيمان، ولأنه إذا وطئ واحدة حنث، ولزمته الكفارة، فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء، فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه، فانحل الإيلاء، كما لو كفرها.

واختلف أصحاب الشافعي، فقال بعضهم: لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا، فيصير موليا من الرابعة. وحكى المزني، عن الشافعي، أنه يكون موليا منهن كلهن، يوقف لكل واحدة منهن، فإذا أصاب بعضهن، خرجت من حكم الإيلاء، ويوقف لمن بقي حتى يفيء أو يطلق، ولا يحنث حتى يطأ الأربع. وقال أصحاب الرأي: يكون موليا منهن كلهن، فإن تركهن أربعة أشهر، بن منه جميعا بالإيلاء، وإن وطئ بعضهن، سقط الإيلاء في حقها، ولا يحنث إلا بوطئهن جميعا. **ولنا**، أن من لا يحنث بوطئها، لا يكون موليا منها، كالتي لم يحلف عليها.

[فصل قال والله لا وطئت واحدة منكن ونوى واحدة بعينها]

(٦١١٦) فصل: فإن قال: والله لا وطئت واحدة منكن. ونوى واحدة بعينها، تعلقت يمينه بها وحدها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٣/٧

وصار موليا منها دون غيرها. وإن نوى واحدة مبهمة منهن، لم يصر موليا منهن في الحال، فإذا وطئ ثلاثا، كان موليا من الرابعة، ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة، كالطلاق إذا أوقعه في مبهمة من نسائه. وإن أطلق، صار موليا منهن كلهن في الحال؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث، فإن طلق واحدة منهن، أو ماتت، كان موليا من البواقي.

وإن وطئ واحدة منهن، حنث وانحلت يمينه. وسقط حكم الإيلاء في الباقيات؛ لأنها يمين واحدة،." (١)

"فإذا حنث فيها مرة، لم يحنث مرة ثانية. ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها، بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت، فإنه لم يحنث، فبقي حكم يمينه في من بقي منهن. وهذا مذهب الشافعي. وذكر القاضي، أنه إذا أطلق، كان الإيلاء في واحدة غير معينة. وهو اختيار بعض أصحاب الشافعي؛ لأن لفظه تناول واحدة منكرة، فلا يقتضي العموم. **ولنا** أن النكرة في سياق النفي تعم، كقوله ﴿ما اتخذ صاحبة﴾ [الجن: ٣] . وقوله ﴿ولم يكن له كفوا أحد﴾ [الإخلاص: ٤] . وقوله ﴿ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور﴾ [النور: ٤٠] .

ولو قال إنسان: والله لا شربت ماء من إداوة. حنث بالشرب من أي إداوة كانت، فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه في العموم. وإن قال: نويت واحدة معينة، أو واحدة مبهمة. قبل منه؛ لأن اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد. وهذا مذهب الشافعي، إلا أنه إذا أبهم المحلوف عليها، فله أن يعينها بقوله. وأصل هذا مذكور في الطلاق.

[فصل قال والله لا وطئت كل واحدة منكن]

(٦١١٧) فصل: فإن قال: والله لا وطئت كل واحدة منكن. صار موليا منهن كلهن في الحال، ولا يقبل قوله: نويت واحدة منهن معينة، ولا مبهمة؛ لأن لفظة كل أزالت احتمال الخصوص، ومتى حنث في البعض، انحل الإيلاء في الجميع، كالتي قبلها. وقال القاضي، وبعض أصحاب الشافعي: لا تنحل في الباقيات. **ولنا** أنها يمين واحدة حنث فيها، فسقط حكمها، كما لو حلف على واحدة، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة، لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى، فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين، فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التي حنث فيها، وفي هذه المواضع التي قلنا بكونه موليا منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة، وقف لهن كلهن، وإن طالبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان؛ إحداهما، يوقف للجميع وقت مطالبة

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٤٥

أولاهن. قال القاضي: وهو ظاهر كلام أحمد. والثانية، يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها. اختاره أبو بكر.

وهو مذهب الشافعي، فإذا وقف للأولى، وطلقها ووقف للثانية، فإن طلقها، وقف للثالثة، فإن طلقها، وقف للرابعة. وكذلك من مات منهن، لم يمنع من وقفه للأخرى؛ لأن يمينه لم تنحل، وإيلاؤه باق؛ لعدم حنثه فيهن. وإن وطئ إحداهن حين وقف لها، أو قبله انحلت يمينه، وسقط حكم الإيلاء في الباقيات، على ما قلناه. وعلى قول القاضي، ومن وافقه يوقف للباقيات، كما لو طلق التي وقف لها.." [1]

"أمته، لم يكن موليا؛ لما ذكرنا. وإن حلف على ترك وطء أجنبية، ثم نكحها، لم يكن موليا؛ لذلك. وبه قال الشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال مالك: يصير موليا إذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر؛ لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الإيلاء، فكان موليا، كما لو حلف في الزوجية. وحكي عن أصحاب الرأي، أنه إن مرت به امرأة، فحلف أن لا يقربها، ثم تزوجها، لم يكن موليا. وإن قال: إن تزوجت فلانة، فوالله لا قربتها. صار موليا؛ لأنه أضاف اليمين إلى حال الزوجية، فأشبه ما لو حلف بعد تزويجها. **ولنا** قول الله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم﴾ [البقرة: ٢٢٦] . وهذه ليست من نسائه، ولأن الإيلاء حكم من أحكام النكاح، فلم يتقدمه كالطلاق والقسم، ولأن المدة تضرب له لقصده الإضرار بها بيمينه، وإذا كانت اليمين قبل النكاح، لم يكن قاصدا للإضرار، فأشبه الممتنع بغير يمين. قال الشريف أبو جعفر: وقد قال أحمد: يصح الظهار قبل النكاح؛ لأنه يمين. فعلى هذا التعليل يصح الإيلاء قبل النكاح. والمنصوص أنه لا يصح؛ لما ذكرناه.

[فصل آلى من الرجعية]

(٦١٢١) فصل: فإن آلى من الرجعية، صح إيلاؤه. وهذا قول مالك؛ والشافعي، وأصحاب الرأي. وذكر ابن حامد، أن فيه رواية أخرى، أنه لا يصح إيلاؤه؛ لأن الطلاق يقطع مدة الإيلاء إذا طرأ، فلأن يمنع صحته ابتداء أولى. **ولنا**، أنها زوجة يلحقها طلاقه، فصح إيلاؤه منها، كغير المطلقة. وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى، وإن كانت في العدة. ذكره ابن حامد. وهو قول أبي حنيفة. ويجيء على قول الخرقي أن لا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها، لأن ظاهر كلامه أن الرجعية محرمة.

وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها معتدة منه، فأشبهت البائن، ولأن الطلاق إذا طرأ قطع المدة، ثم لا يحتسب

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٦/٧

عليه بشيء من المدة قبل رجعتها، فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة. ووجه الأول. أن من صح إيلاؤه، احتسب عليه بالمدة من حين إيلائه، كما لو لم تكن مطلقة، ولأنها مباحة، فاحتسب عليه بالمدة فيها، كما لو لم يطلقها. وفارق البائن، فإنها ليست زوجة، ولا يصح الإيلاء منها بحال، فهي كسائر الأجنبيات.

[فصل ممن يصح الإيلاء]

(٦١٢٢) فصل: ويصح الإيلاء من كل زوجة، مسلمة كانت أو ذمية، حرة كانت أو أمة؛ لعموم قوله سبحانه ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ [البقرة: ٢٢٦] . ولأن كل واحدة منهن زوجة، فصح الإيلاء منها كالحرة المسلمة. ويصح." [١]

"الإيلاء قبل الدخول وبعده. وبهذا قال النخعي، ومالك، والأوزاعي، والشافعي. وقال عطاء، والزهري، والثوري: إنما يصح الإيلاء بعد الدخول. **ولنا** عموم الآية والمعنى، لأنه ممتنع من جماع زوجته بيمينه، فأشبه ما بعد الدخول. ويصح الإيلاء من المجنونة والصغيرة، إلا أنه لا يطالب بالفيئة في الصغر والجنون؛ لأنهما ليسا من أهل المطالبة.

فأما الرتقاء والقرناء، فلا يصح الإيلاء منهما؛ لأن الوطء متعذر دائما، فلم تنعقد اليمين على تركه، كما لو حلف لا يصعد السماء. ويحتمل أن يصح، وتضرب له المدة؛ لأن المنع بسبب من جهتها، فهي كالمريضة. فعلى هذا ينبغي أن يفيء فيئة المعذور؛ لأن الفيئة بالوطء في حقها متعذرة، فلا تمكن المطالبة به، فأشبه المجبوب.

(٦١٢٣) فصل: ويصح الإيلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء.

وأما الصبي والمجنون، فلا يصح إيلاؤهما؛ لأن القلم مرفوع عنهما، ولأنه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق، فلم ينعقد منهما كالنذر. وأما العاجز عن الوطء، فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس، صح إيلاؤه؛ لأنه يقدر على الوطء، فصح منه الامتناع منه، وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل، لم يصح إيلاؤه؛ لأنها يمين على ترك مستحيل، فلم تنعقد، كما لو حلف أن لا يقلب الحجارة ذهبا، ولأن الإيلاء اليمين المانعة من الوطء، وهذا لا يمنعه يمينه، فإنه متعذر منه، ولا تضر المرأة يمينه. قال أبو الخطاب: ويحتمل أن يصح الإيلاء منه قياسا على العاجز بمرض أو حبس وللشافعي في ذلك قولان. والأول أولى؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٨/٧

لما ذكرنا.

فأما الخصي الذي سلت بيضتاه، أو رضت، فيمكن منه الوطء، وينزل ماء رقيقا فيصح إيلاؤه. وكذلك المجبوب الذي بقي من ذكره ما يمكن الجماع به.

[فصل إيلاء الذمي]

(٦١٢٤) فصل: ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور. وإن أسلم، لم ينقطع حكم إيلائه. وقال مالك: إن أسلم، سقط حكم يمينه. وقال أبو يوسف، ومحمد: إن حلف بالله، لم يكن موليا؛ لأنه لا يحنث إذا جامع، لكونه غير مكلف، وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق، فهو مول؛ لأنه يصح عتقه وطلاقه. **ولنا** قول الله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر﴾ [البقرة: ٢٢٦] . ولأنه مانع نفسه باليمين من جماعها، فكان موليا كالمسلم، ولأن من صح طلاقه، صح إيلاؤه، كالمسلم، ومن صحت يمينه عند الحاكم، صح إيلاؤه كالمسلم.." [١]

"لأن اليمين بالله لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة، والتشريك بينهما كناية، فلم تصح به اليمين. وقال القاضي: يكون موليا منهما. وإن قال: إن وطئتك، فأنت طالق. ثم قال للأخرى: أشركتك معها. ونوى، فقد صار طلاق الثانية معلقا على وطئها أيضا؛ لأن الطلاق يصح بالكناية، فإن قلنا: إن ذلك إيلاء في الأولى. صار إيلاء في الثانية؛ لأنها صارت في معناها، وإلا فليس بإيلاء في واحدة منهما.

وكذلك لو آلى رجل من زوجته، فقال آخر لامرأته: أنت مثل فلانة. لم يكن موليا. وقال أصحاب الرأي: هو مول. **ولنا** أنه ليس بصريح في القسم، فلا يكون موليا به، كما لو لم يشبهها بها.

[فصل الإيلاء بكل لغة من العجمية وغيرها ممن يحسن العربية]

(٦١٢٨) فصل: ويصح الإيلاء بكل لغة من العجمية وغيرها، ممن يحسن العربية، وممن لا يحسنها؛ لأن اليمين تنعقد بغير العربية، وتجب بها الكفارة. والمولي هو الحالف بالله على ترك وطء زوجته، الممتنع من ذلك بيمينه. فإن آلى بالعجمية من لا يحسنها، وهو لا يدري معناها، لم يكن موليا، وإن نوى موجبها عند أهلها. وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا يحسنها؛ لأنه لا يصح منه قصد الإيلاء بلفظ لا يدري معناه. فإن اختلف الزوجان في معرفته بذلك، فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه؛ لأن الأصل عدم معرفته بها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٤٩

فأما إن آلى العربي بالعربية، ثم قال: جرى على لساني من غير قصد. أو قال ذلك العجمي في إيلائه بالعجمية، لم يقبل في الحكم؛ لأنه خلاف الظاهر.

[فصل مدة الإيلاء في حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة]

(٦١٢٩) فصل: ومدة الإيلاء في حق الأحرار والعبيد والمسلمين وأهل الذمة سواء، ولا فرق بين الحرة والأمة، والمسلمة والذمية، والصغيرة والكبيرة، في ظاهر المذهب. وهو قول الشافعي، وابن المنذر. وعن أحمد، رواية أخرى، أن مدة إيلاء العبيد شهران.

وهو اختيار أبي بكر. وقول ءطاء، والزهري، ومالك، وإسحاق؛ لأنهم على النصف في الطلاق، وعدد المنكوحات، فكذلك في مدة الإيلاء. وقال الحسن، والشعبي: إيلاؤه من الأمة شهران، ومن الحرة أربعة. وقال الشعبي: إيلاء الأمة نصف إيلاء الحرة. وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن ذلك تتعلق به البينونة عنده، فاختلف بالرق والحرية كالطلاق، ولأنها مدة يثبت ابتداؤها بقول الزوج، فوجب أن يختلف برق المرأة وحريتها، كمدة العدة. **ولنا**، عموم الآية، ولأنها مدة ضربت للوطء، فاستوى فيها الرق والحرية، كمدة العنة، ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها، ثم يبطل ذلك بمدة العنة، ويخالف مدة العدة؛ لأن العدة مبنية على الكمال، بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد، وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرة أكثر، وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة." (١)

"الأمة، والحق على الحر في الاستمتاع - أكثر منه على العبد، فلا تجوز الزيادة في مطالبة العبد عليه.

[مسألة مضت أربعة أشهر ورافعته أمر بالفيئة]

(٦١٣٠) مسألة قال: (فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته، أمر بالفيئة، والفيئة الجماع) وجملة ذلك أن المولى يتربص أربعة أشهر، كما أمر الله تعالى، ولا يطالب فيهن، فإذا مضت أربعة أشهر، ورافعته امرأته إلى الحاكم، وقفه، وأمره بالفيئة، فإن أبى أمره بالطلاق، ولا تطلق زوجته بنفس مضي المدة. قال أحمد في الإيلاء: يوقف، عن الأكابر من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ عن عمر شيء يدل على ذلك، وعن عثمان، وعلي وجعل يثبت حديث علي. وبه قال ابن عمر، وعائشة. وروي ذلك عن أبي الدرداء. وقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٥٢

سليمان بن يسار: كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد - صلى الله عليه وسلم - يوقفون في الإيلاء. وقال سهيل بن أبي صالح: سألت اثني عشر من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - فكلهم يقول: ليس عليه شيء، حتى يمضي أربعة أشهر، فيوقف، فإن فاء، وإلا طلق. وبهذا قال سعيد بن المسيب، وعروة، ومجاهد، وطاوس، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال ابن مسعود، وابن عباس، وعكرمة، وجابر بن زيد، وعطاء، والحسن، ومسروق، وقبيصة، والنخعي، والأوزاعي، وابن أبي ليلى، وأصحاب الرأي: إذا مضت أربعة أشهر، فهي تطليقة بائنة. وروي ذلك عن عثمان، وعلي، وزيد، وابن عمر، وروي عن أبي بكر بن عبد الرحمن، ومكحول، والزهري، تطليقة رجعية.

ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ ﴿فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ٢٢٦] . ولأن هذه مدة ضربت لاستدعاء الفعل منه، فكان ذلك في المدة كمدة العنة. **ولنا** قول الله تعالى ﴿للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم﴾ [البقرة: ٢٢٦] . وظاهر ذلك أن الفيئة بعد أربعة أشهر؛ لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب، ثم قال ﴿وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم﴾ [البقرة: ٢٢٧] . ولو وقع بمضي المدة، لم يحتج إلى عزم عليه، وقوله ﴿سميع عليم﴾ [البقرة: ٢٢٧] يقتضي أن الطلاق مسموع، ولا يكون المسموع إلا كلاما، ولأنها مدة ضربت له تأجيلا، فلم يستحق المطالبة فيها، كسائر الآجال، ولأن هذه مدة لم يتقدمها إيقاع، فلا يتقدمها وقوع، كمدة العنة.

ومدة العنة حجة لنا؛ فإن الطلاق لا يقع إلا بمضيها، ولأن مدة العنة ضربت له ليختبر فيها، ويعرف عجزه عن الوطء بتركه." (١)

"عيب المبيع، وإن سكتت عن المطالبة، ثم طالبت بعد، فلها ذلك؛ لأن حقها يثبت على التراخي، فلم يسقط بتأخير المطالبة، كاستحقاق النفقة.

[فصل الأمة كالحرة في استحقاق المطالبة الاستيلاء]

(٦١٣٧) فصل: والأمة كالحرة في استحقاق المطالبة، سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف؛ لأن الحق لها، حيث كان الاستمتاع يحصل لها. فإن تركت المطالبة، لم يكن لمولاها الطلب؛ لأنه لا حق له. فإن قيل: حقه في الولد، ولهذا لم يجز العزل عنها إلا بإذنه. قلنا: لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة؛ ولذلك لو حلف ليعزلن عنها أو لا يستولدها، لم يكن موليا، ولو أن المولي وطئ بحيث يوجد التقاء الختانين،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٥٣/٧

حصلت الفيئة، وزالت عنه المطالبة، وإن لم ينزل، وإنما استؤذن السيد في العزل؛ لأنه يضر بالأمة، فربما نقص قيمتها.

[فصل كانت المرأة صغيرة أو مجنونة في الإيلاء]

(٦١٣٨) فصل: فإن كانت المرأة صغيرة، أو مجنونة، فليس لهما المطالبة؛ لأن قولهما غير معتبر، وليس لوليهما المطالبة لهما؛ لأن هذا طريقه الشهوة، فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه. فإن كانتا ممن لا يمكن وطؤهما، لم يحتسب عليه بالمدة؛ لأن المنع من جهتهما. وإن كان وطؤهما ممكنا. فإن أفاقت المجنونة، أو بلغت الصغيرة، قبل انقضاء المدة، تممت المدة، ثم لها المطالبة، وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة، فلهما المطالبة يومئذ؛ لأن الحق لهما ثابت، وإنما تأخر لعدم إمكان المطالبة. وقال الشافعي: لا تضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ. وقال أبو حنيفة: تضرب المدة، سواء أمكن الوطء أو لم يمكن الوطء، فإن لم يمكن فاء بلسانه، وإلا بانت بانقضاء المدة.

وكذلك الحكم عنده في الناشز، والرتقاء، والقرناء، والتي غابت في المدة؛ لأن هذا إيلاء صحيح، فوجب أن تتعقبه المدة، كالتي يمكنه جماعها. **ولنا** أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها، فوجب أن تسقط المدة المضروبة له، كما يسقط أجل الدين بسقوطه. وأما التي أمكنه جماعها، فتضرب له المدة في حقها؛ لأنه إيلاء صحيح ممن يمكنه جماعها، فتضرب له المدة كالبالغة، ومتى قصد الإضرار بها بترك الوطء أثم، ويستحب أن يقال له: اتق الله فإما أن تفيئ، وإما أن تطلق، فإن الله تعالى قال ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء: ١٩] . وقال تعالى ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] . وليس الإضرار من المعاشرة بالمعروف.

[مسألة الفيئة من المولي]

(٦١٣٩) مسألة قال: (والفيئة: الجماع) ليس في هذا اختلاف بحمد الله. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن الفيء الجماع.." (١)

"المهر، ولا يلحقه النسب؛ لأنه زان محدود. وإن كانت هي العالمة دونه، فعليها الحد وحدها، ولا مهر لها، والنسب لاحق بالزوج، لأن وطأه وطء شبهة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٥٧

[فصل قال إن وطئتك فأنت علي كظهر أمي]

(٦١٤٢) فصل: فإن قال: إن وطئتك، فأنت علي كظهر أمي. فقال أحمد: لا يقربها حتى يكفر. وهذا نص في تحريمها قبل التكفير، وهو دليل على تحريم الوطء في المسألة التي قبلها بطريق التنبيه؛ لأن المطلقة ثلاثا أعظم تحريما من المظاهر منها. وإذا وطئ هاهنا، فقد صار مظاهرا من زوجته، وزال حكم الإيلاء. ويحتمل أن أحمد إنما أراد، إذا وطئها مرة، فلا يطأها حتى يكفر؛ لكونه صار بالوطء مظاهرا، إذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار؛ لأنه سببها، ولا يجوز تقديم الحكم على سببه. ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه. وقد روى إسحاق، قال: قلت لأحمد، في من قال لزوجته: أنت علي كظهر أمي إن قربتك إلى سنة. قال: إن جاءت تطلب، فليس له أن يعضلها بعد مضي الأربعة الأشهر، يقال له: إما أن تفيء، وإما أن تطلق. فإن وطئها، فقد وجب عليه كفارة، وإن أبى، وأرادت مفارقته، طلقها الحاكم عليه. فينبغي أن تحمل الرواية الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذي صار به مظاهرا؛ لما ذكرناه، فتكون الروايتان متفقتين. والله تعالى أعلم.

[مسألة يكون له عذر من مرض أو إحرام أو شيء لا يمكن معه الجماع المظاهر]

(٦١٤٣) مسألة قال: (أو يكون له عذر من مرض، أو إحرام، أو شيء لا يمكن معه الجماع، فيقول: متى قدرت جامعتها. فيكون ذلك من قوله فيئة للعذر) وجملة ذلك أنه إذا مضت المدة، وبالمولي عذر يمنع الوطء من مرض، أو حبس بغير حق، أو غيره، لزمه أن يفيء بلسانه، فيقول: متى قدرت جامعتها. ونحو هذا. وممن قال: يفيء بلسانه إذا كان ذا عذر. ابن مسعود، وجابر بن زيد، والنخعي، والحسن، والزهري، والثوري، والأوزاعي، وعكرمة، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي. وقال سعيد بن جبير: لا يكون الفيء إلا بالجماع، في حال العذر وغيره.

وقال أبو ثور: إذا لم يقدر، لم يوقف حتى يصح، أو يصل إن كان غائبا، ولا تلزمه الفيئة بلسانه؛ لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول. وقال بعض الشافعية: يحتاج أن يقول: قد ندمت على ما فعلت، إن قدرت وطئت. **ولنا** أن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الإضرار، وقد ترك قصد الإضرار بما أتى به من الاعتذار،

والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر، بدليل أن إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها،." (١)

"يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها. ولا يحتاج أن يقول: ندمت؛ لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين، وقد حصل بظهور عزمه عليه. وحكى أبو الخطاب عن القاضي، أن فيئة المعذور أن يقول: فئت إليك. وهو قول الثوري، وأبي عبيد، وأصحاب الرأي.

والذي ذكره القاضي في " المجرد " مثل ما ذكر الخرقي، وهو أحسن؛ لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه، دليل على ترك قصد الإضرار، وفيه نوع من الاعتذار، وإخبار بإزالته للضرر عند إمكانه، ولا يحصل بقوله: فئت إليك شيء من هذا. فأما العاجز لجب أو شلل، ففيئته أن يقول: لو قدرت لجامعتها؛ لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلائه.

[فصل المظاهر لا يمهل ويؤمر بالطلاق]

(٦١٤٤) فصل: والإحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقي. وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار. وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل، ويؤمر بالطلاق. فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله. وهو مذهب الشافعي؛ لأن الامتناع بسبب منه، فلا يسقط حكما واجبا عليه. فعلى هذا لا يؤمر بالوطء؛ لأنه محرم عليه، ولكن يؤمر بالطلاق. ووجه القول الأول، أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه، فأشبه المريض. فأما المظاهر، فيقال له: إما أن تكفر وتفيء، وإما أن تطلق. فإن قال: أمهلوني حتى أطلب رقبة، أو أطعم. فإن علم أنه قادر على التكفير في الحال، وإنما يقصد المدافعة والتأخير، لم يمهل؛ لأن الحق حال عليه. وإنما يمهل للحاجة، ولا حاجة.

وإن لم يعلم ذلك، أمهل ثلاثة أيام؛ لأنها قريبة، ولا يزاد على ذلك. وإن كان فرضه الصيام، فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين، لم يمهل؛ لأنه كثير. ويتخرج أن يفيء بلسانه فيئة المعذور، ويمهل حتى يصوم، كقولنا في المحرم. فإن وطئها فقد عصى، وانحل إيلاؤه. ولها منعه منه؛ لأن هذا الوطء محرم عليهما. وقال القاضي: يلزمها التمكين، وإن امتنعت سقط حقها؛ لأن حقها في الوطء، وقد بذله لها، ومتى وطئها فقد وفاها حقها، والتحريم عليه دونها. ولنا أنه وطء حرام، فلا يلزم التمكين منه، كالوطء في الحيض والنفاس. وهذا ينقض دليلهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٦٠

ولا نسلم كون التحريم عليه دونها؛ فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الآخر؛ لكونه فعلا واحدا، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم، لاختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس وإحرامها وصيامها؛ لاختصاصها بسببه.

[فصل انقضت مدة الإيلاء وهو محبوس بحق يمكن أداؤه]

(٦١٤٥) فصل: وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن أداؤه، طولب بالفيئة؛ لأنه قادر عليها بأداء ما عليه. فإن لم." [١]

"الضرر، فكان بائنا، كفرقة العنة، ولأنها لو كانت رجعية، لم يندفع الضرر؛ لأنه يرتجعها، فيبقى الضرر. وقال أبو حنيفة: يقع الطلاق بانقضاء العدة بائنا. ووجه الأول؛ أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض، ولا استيفاء عدد، فكان رجعيا، كالطلاق في غير الإيلاء. ويفارق فرقة العنة؛ لأنها فسخ لعيب، وهذه طلقة، ولأنه لو أبيح له ارتجاعها، لم يندفع عنها الضرر، وهذه يندفع عنها الضرر؛ فإنه إذا ارتجعها، ضربت له مدة أخرى، ولأن العنين قد يئس من وطئه، فلا فائدة في رجعته، وهذا غير عاجز، ورجعته دليل على رغبته وإقلاعه عن الإضرار بها، فافترقا. والله تعالى أعلم.

[مسألة طلق المولي وامتنع عن الطلاق والفيئة]

(٦١٥٢) مسألة قال: (فإن طلق عليه ثلاثا، فهي ثلاث) وجملة الأمر أن المولي إذا امتنع من الفيئة والطلاق معا، وقام الحاكم مقامه، فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولي، وإليه الخيرة فيه، إن شاء ط‍لق واحدة، وإن شاء اثنتين، وإن شاء ثلاثا، وإن شاء فسخ. قال القاضي: هذا ظاهر كلام أحمد. وقال الشافعي: ليس له إلا واحدة؛ لأن إيفاء الحق يحصل بها، فلم يملك زيادة عليها، كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع. **ولنا** أن الحاكم قائم مقامه، فملك من الطلاق ما يملكه، كما لو وكله في ذلك. وليس ذلك زيادة على حقها؛ فإن حقها الفرقة، غير أنها تتنوع، وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه، ومنعه رجعتها؛ لعلمه بسوء قصده، وحصول المصلحة ببعده.

قال أبو عبد الله: إذا قال: فرقت بينكما. فإنما هو فسخ. وإذا قال: طلقت واحدة. فهي واحدة. وإذا قال: ثلاثا. فهي ثلاث.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٥٦١

[مسألة طلق واحدة وراجع وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر]

(٦١٥٣) مسألة قال: (وإن طلق واحدة، وراجع، وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر، كان الحكم كما حكمنا في الأول) وجملة الأمر أنه إذا طلق المولي، أو؛ طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث، فله رجعتها. وعن أبي عبد الله - رحمه الله - رواية أخرى، أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة؛ فإنه قال: وأما تفريق السلطان، فليس فيه رجعة في العدة، ولا بعدها. فعلى هذه الرواية، يكون طلاق الحاكم بائنا، ليس فيه رجعة. وقال أبو بكر: في كل فرقة فرقها الحاكم روايتان، لعانا كانت أو غيره؛ إحداهما، تحرم على التأبيد. واختارها. والثانية، له المراجعة فيها بعقد جديد. وهذا الصحيح.

وليس في كلام أحمد ما يقتضي تحريمها عليه.." [١]

"ثلاث، فصار إيلاؤه في النكاح الأول كإيلائه من أجنبية. وقال أصحاب الشافعي: يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل: قولان كالمذهبين، وقول ثالث: لا يعود حكم الإيلاء بحال. وهو قول ابن المنذر؛ لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه، فبطل حكم الإيلاء منها، كالمطلقة ثلاثا. **ولنا** أنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها، فثبت له حكم الإيلاء، كما لو لم يطلق، وفارق الإيلاء من الأجنبية؛ فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها، بخلاف مسألتنا.

[فصل آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها ثم أعتقها وتزوجها]

(٦١٥٧) فصل: ولو آلى من امرأته الأمة، ثم اشتراها، ثم أعتقها، وتزوجها، عاد الإيلاء. ولو كان المولي عبدا، فاشترته امرأته، ثم أعتقته، وتزوجته، عاد الإيلاء. ولو بانت الزوجة بردة، أو إسلام من أحدهما أو غيره، ثم تزوجها تزويجا جديدا، عاد الإيلاء، وتستأنف المدة في جميع ذلك. وسواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله؛ لأن اليمين كانت منه في حال الزوجية، فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية. وهكذا لو قال لزوجته: إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك. ثم طلقها، ثم نكحت غيره، ثم تزوجها الأول، عاد حكم الإيلاء؛ لأن الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية، فإن دخلت الدار في حال البينونة، ثم عاد فتزوجها، لم يثبت حكم الإيلاء في حقه؛ لأن الصفة وجدت في حال كونها أجنبية، ولا ينعقد الإيلاء بالحلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦٤/٧

[مسألة آلى منها واختلفا في مضي الأربعة أشهر]

(٦١٥٨) مسألة قال: (ولو آلى منها، واختلفا في مضي الأربعة أشهر، كان القول قوله في أنها لم تمض مع يمينه) إنما كان كذلك؛ لأن الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه؛ فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين، حسب من ذلك الوقت، فعلم هل انقضت المدة أو لا. وزال الخلاف. أما إذا اختلفا في وقت اليمين، فقال: حلفت في غرة رمضان. وقالت: بل حلفت في غرة شعبان. فالقول قوله؛ لأنه صدر من جهته، وهو أعلم به. فكان القول قوله، كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ولأن الأصل عدم الحلف في غرة شعبان، فكان قوله في نفيه موافقا للأصل. قال الخرقي: ويكون ذلك مع يمينه. وهو مذهب الشافعي.

وذهب أبو بكر، إلى أنه لا يمين عليه. قال القاضي: وهو أصح؛ لأنه اختلاف في أحكام النكاح، فلم تشرع فيه يمين، كما لو ادعى زوجية امرأة فأنكرته. ووجه قول الخرقي، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اليمين على المدعى عليه» . ولأنه حق لآدمي يجوز بذله، فيستحلف فيه، كالديون.." [١]

"فقال: أنت بذاك يا سلمة؟ . فقلت: أنا بذاك يا رسول الله، وأنا صابر لحكم الله، فاحكم في ما أراك الله. قال: حرر رقبة. قلت: والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها. وضربت صفحة رقبتي. قال: فصم شهرين متتابعين. قلت: وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ . قال: فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا. قلت: والذي بعثك بالحق، لقد بتنا وحشين، ما لنا طعام. قال: فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق، فليدفعها إليك. قال: فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر، وكل أنت وعيالك بقيتها. فرجعت إلى قومي، فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند رسول الله - صلى الله عليه وسلم - السعة وحسن الرأي، وقد أمر لي بصدقتكم.»

[فصل كل زوج صح طلاقه صح ظهاره]

(٦١٦٠) فصل: وكل زوج صح طلاقه صح ظهاره، وهو البالغ العاقل، سواء كان مسلما أو كافرا، حرا أو عبدا. قال أبو بكر: وظهار السكران مبني على طلاقه. قال القاضي: وكذلك ظهار الصبي مبني على طلاقه. والصحيح أن ظهار الصبي غير صحيح؛ لأنها يمين موجبة للكفارة، فلم تنعقد منه، كاليمين بالله تعالى،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦٧/٧

ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور، وذلك مرفوع عن الصبي؛ لكون القلم مرفوعا عنه. وقد قيل: لا يصح ظهار العبد؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فتحرير رقبة﴾ [النساء: ٩٢] . والعبد لا يملك الرقاب، **ولنا**، عموم الآية، ولأنه يصح طلاقه، فصح ظهاره، كالحر.

فأما إيجاب الرقبة، فإنما هو على من يجدها، ولا يبقى الظهار في حق من لا يجدها، كالمعسر، فرضه الصيام. ويصح ظهار الذمي. وبه قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة لا يصح منه؛ لأن الكفارة لا تصح منه، وهي الرافعة للتحريم، فلا يصح منه التحريم، ودليل أن الكفارة لا تصح منه، أنها عبادة تفتقر إلى النية، فلا تصح منه، كسائر العبادات. **ولنا** أن من صح طلاقه صح ظهاره، كالمسلم. فأما ما ذكروه فيبطل بكفارة الصيد إذا قتله في الحرم، وكذلك الحد يقام عليه. ولا نسلم أن التكفير لا يصح منه؛ فإنه يصح منه العتق والإطعام، وإنما لا يصح منه الصوم، فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة، كما في حق العبد. والنية إنما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة، فلا يمتنع ذلك في حق الكافر، كالنية في كنايات الطلاق. ومن يخنق في الأحيان، يصح ظهاره في إفاقته، كما يصح طلاقه فيه.." (١)

"[فصل من لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره]

(٦١٦١) فصل: ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره، كالطفل، والزائل العقل بجنون، أو إغماء، أو نوم، أو غيره. لا نعلم في هذا خلافا، وبه قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي. ولا يصح ظهار المكره. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر وقال أبو يوسف يصح ظهاره. والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه. وقد مضى ذلك.

[فصل يصح الظهار من كل زوجة]

(٦١٦٢) فصل: ويصح الظهار من كل زوجة، كبيرة كانت أو صغيرة، مسلمة كانت أو ذمية، ممكنا وطؤها أو غير ممكن. وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو ثور: لا يصح الظهار من التي لا يمكن وطؤها لأنه لا يمكن وطؤها، والظهار لتحريم وطئها. **ولنا** عموم الآية، ولأنها زوجة يصح طلاقها، فصح الظهار منها، كغيرها.

[مسألة قال لزوجته أنت علي كظهر أمي]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٨

[الفصل الأول شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد]

(٦١٦٣) مسألة قال: (وإذا قال لـزوجته: أنت علي كظهر أمي، أو كظهر امرأة أجنبية، أو أنت علي حرام. أو حرم عضوا من أعضائها، فلا يطؤها حتى يأتي بالكفارة) (٦١٦٤) في هذه المسألة فصول خمسة: أحدها أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد: أحدها: أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد، فقال: أنت علي كظهر أمي، أو أختي، أو غيرهما. فهو مظاهر. وهذا على ثلاثة أضرب: أحدها، أن يقول: أنت علي كظهر أمي. فهذا ظهار إجماعا، قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول: أنت علي كظهر أمي. وفي حديث خويلة امرأة أوس بن الصامت، أنه قال لها: أنت علي كظهر أمي. فذكر ذلك لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأمره بالكفارة.

الضرب الثاني، أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه، كجدته وعمته وخالته وأخته. فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم؛ منهم الحسن، وعطاء، وجابر بن زيد، والشعبي، والنخعي، والزهري، والثوري، والأوزاعي، ومالك، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وهو جديد قولي الشافعي. وقال في القديم: لا يكون الظهار إلا بأم أو جدة؛ لأنها أم أيضا، لأن اللفظ الذي ورد به القرآن مختص بالأم، فإذا عدل عنه، لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه.

ولنا أنهن محرمات بالقرابة، فأشبهن الأم فأما الآية فقد قال فيها: ﴿وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا﴾ [المجادلة: ٢] .." [(١)]

"ومال: عليه كفارة الظهار، هو يمين. وتجزئه كفارة واحدة، في ظاهر كلام أحمد هذا. واختار ابن عقيل، أنه يلزمه كفارتان للظهار ولتحريم المال؛ لأن التحريم تناولهما، وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة، فكذلك إذا اجتمعا. **ولنا** أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين، كما لو تظاهر من امرأتين، أو حرم من ماله شيئين. وما ذكره ينتقض بهذا. وفي قول أحمد: هو يمين. إشارة إلى التعليل بما ذكرناه؛ لأن اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة.

وإن نوى بقوله: ما أحل الله علي حرام. وغيره من لفظات العموم المال، لم يلزمه إلا كفارة يمين؛ لأن اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص. وعلى الرواية الأخرى التي تقول: إن الحرام بإطلاقه ليس بظهار. لا يكون هاهنا مظاهرا إلا أن ينوي الظهار.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥/٨

[فصل قال أنت علي كظهر أمي حرام]

(٦١٧١) فصل: وإن ` قال: أنت علي كظهر أمي حرام. فهو صريح في الظهار، لا ينصرف إلى غيره، سواء نوى الطلاق أو لم ينوه. وليس فيه اختلاف بحمد الله؛ لأنه صرح بالظهار، وبينه بقوله: حرام. وإن قال: أنت علي حرام كظهر أمي. أو: كأمي. فكذلك. وبه قال أبو حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي.

والقول الثاني، إذا نوى الطلاق فهو طلاق. وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا أن أبا يوسف قال: لا أقبل قوله في نفي الظهار. ووجه قولهم، أن قوله: أنت علي حرام. إذا نوى به الطلاق فهو طلاق، وزيادة قوله: كظهر أمي. بعد ذلك لا ينفي الطلاق، كما لو قال: أنت طالق كظهر أمي. **ولنا**، أنه أتى بصريح الظهار، فلم يكن طلاقا، كالتي قبلها. وقولهم: إن التحريم مع نية الطلاق طلاق. لا نسلمه. وإن سلمناه لكنه فسر لفظه هاهنا بصريح الظهار بقوله، فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية.

[فصل قال الزوج أنت طالق كظهر أمي]

(٦١٧٢) فصل: وإن قال: أنت طالق كظهر أمي. طلقت، وسقط قوله: كظهر أمي. لأنه أتى بصريح الطلاق أولا، وجعل قوله: كظهر أمي صفة له. فإن نوى بقوله: كظهر أمي. تأكيد الطلاق، لم يكن ظهارا، كما لو أطلق، وإن نوى به الظهار، وكان الطلاق بائنا، فهو كالظهار من الأجنبية؛ لأنه أتى به بعد بينونتها بالطلاق. وإن كان رجعيا، كان ظهارا صحيحا. ذكره القاضي. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه أتى بلفظ الظهار في من هي زوجة. وإن نوى بقوله: أنت طالق. الظهار، لم يكن ظهارا؛ لأنه نوى الظهار بصريح الطلاق. وإن قال: أنت علي كظهر أمي طالق. وقع الظهار والطلاق معا، سواء كان الطلاق بائنا، أو رجعيا؛ لأن الظهار سبق الطلاق.." (١)

"[فصل قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معا]

(٦١٧٣) فصل: فإن قال: أنت علي حرام. ونوى الطلاق والظهار معا، كان ظهارا، ولم يكن طلاقا؛ لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهارا وطلاقا، والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف إليه. وقال بعض أصحاب الشافعي: يقال له: اختر أيهما شئت. وقال بعضهم: إن قال: أردت الطلاق والظهار. كان طلاقا؛ لأنه بدأ به. وإن قال: أردت الظهار والطلاق، كان ظهارا؛ لأنه بدأ به، فيكون ذلك اختيارا له، ويلزمه ما بدأ به. **ولنا** أنه أتى بلفظة الحرام ينوي بها الظهار، فكانت ظهارا، كما لو انفرد الظهار بنيته، ولا يكون طلاقا؛ لأنه زاحمت

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٩

نيته نية الظهار، وتعذر الجمع، والظهار أولى بهذه اللفظة؛ لأن معناهما واحد، وهو التحريم، فيجب أن يغلب ما هو الأولى، أما الطلاق فإن معناه الإطلاق، وهو حل قيد النكاح، وإنما التحريم حكم له في بعض أحواله، وقد ينفك عنه؛ فإن الرجعية مطلقة مباحة.

و أما التخيير فلا يصح؛ لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها؛ لكونه أهلا والمحل قابلا، ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق، لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق، وليس إليه رفع حكم ثبت في المحل باختياره، وإبداله بإرادته، والقول الآخر مبني على أن له الاختيار. وهو فاسد على ما ذكرنا. ثم إن الاعتبار بجميع لفظه، لا بما بدأ به، ولذلك لو قال: طلقت هذه أو هذه. لم يلزم طلاق الأولى.

[الفصل الرابع شبه عضوا من امرأته بظهر أمه]

(٦١٧٤) الفصل الرابع: أنه إذا شبه عضوا من امرأته بظهر أمه أو عضو من أعضائها، فهو مظاهر، فلو قال: فرجك، أو ظهرك، أو رأسك، أو جلدك علي كظهر أمي، أو بدنها، أو رأسها، أو يدها. فهو مظاهر. وبهذا قال مالك. وهو نص الشافعي. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته؛ لأنه لو حلف بالله لا يمس عضوا منها، لم يسر إلى غيره، فكذلك المظاهرة، ولأن هذا ليس بمنصوص عليه، ولا هو في معنى المنصوص؛ لأن تشبيه جملتها تشبيه لمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه، وفيه تحريم لجملتها، فيكون آكد. وقال أبو حنيفة: إن شبهها بما يحرم النظر إليه من الأم، كالفرج، والفخذ، ونحوهما، فهو مظاهر، وإن لم يحرم النظر إليه، كالرأس، والوجه، لم يكن مظاهرا؛ لأنه شبهها بعضو لا يحرم النظر إليه، فلم يكن مظاهرا، كما لو شبهها بعضو زوجة له أخرى.

ولنا أنه شبهها بعضو من أمه، فكان مظاهرا، كما لو شبهها بظهرها، وفارق الزوجة؛ فإنه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهرا، والنظر إن لم يحرم، فإن التلذذ يحرم، وهو المستفاد بعقد النكاح.." (١)

"يرفعه التكفير، فجاز تأقيته. ولا يصح قول من أوجب الكفارة وإن بر؛ لأن الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا، ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فلم يعد لما قال، فلا تجب عليه كفارة. وفارق التشبيه بمن لا تحرم على التأبيد؛ لأن تحريمها غير كامل، وهذه حرمها في هذه المدة تحريما مشبها بتحريم ظهر أمه. على أننا نمنع الحكم فيها.

إذا ثبت هذا، فإنه لا يكون عائدا إلا بالوطء في المدة. وهذا هو المنصوص عن الشافعي. وقال بعض

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٠

أصحابه: إن لم يطلقها عقيب الظهار، فهو عائد عليه الكفارة. وقال أبو عبيد: إذا أجمع على غشيانها في الوقت، لزمته الكفارة. وإلا فلا؛ لأن العود العزم على الوطء. **ولنا** حديث سلمة بن صخر، وأنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء، ولأنها يمين لم يحنث فيها، فلا يلزمه كفارتها، كاليمين بالله تعالى، ولأن المظاهر في وقت، عازم على إمساك زوجته في ذلك الوقت، فمن أوجب عليه الكفارة بذلك، كان قوله كقول طاوس، فلا معنى لقوله: يصح الظهار مؤقتا لعدم تأثير الوقت.

[فصل تعليق الظهار بشروط]

(٦١٨٢) فصل: ويصح تعليق الظهار بالشروط، نحو أن يقول: إن دخلت الدار، فأنت علي كظهر أمي، وإن شاء زيد، فأنت علي كظهر أمي. فمتى شاء زيد أو دخلت الدار، صار مظاهرا، وإلا فلا. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأنه يمين، فجاز تعليقه على شرط كالإيلاء، ولأن أصل الظهار أنه كان طلاقا، والطلاق يصح تعليقه بالشرط، فكذلك الظهار، ولأنه قول تحرم به الزوجة، فصح تعليقه على شرط كالطلاق. ولو قال لامرأته: إن تظاهرت من امرأتي الأخرى، فأنت علي كظهر أمي. ثم تظاهر من الأخرى، صار مظاهرا منهما جميعا. وإن قال: إن تظاهرت من فلانة الأجنبية، فأنت علي كظهر أمي. ثم قال للأجنبية: أنت علي كظهر أمي. صار مظاهرا من امرأته، عند من يرى الظهار من الأجنبية، ومن لا فلا. وسنذكر ذلك، إن شاء الله تعالى.

[فصل قال أنت علي كظهر أمي إن شاء الله]

(٦١٨٣) فصل: فإن قال: أنت علي كظهر أمي إن شاء الله. لم ينعقد ظهاره. نص عليه أحمد، فقال: إذا قال لامرأته: هي عليه كظهر أمه إن شاء الله، فليس عليه شيء، هي يمين. وإذا قال: ما أحل الله علي حرام، إن شاء الله. وله أهل، هي يمين، ليس عليه شيء. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ولا نعلم عن غيرهم خلافهم؛ وذلك لأنها يمين مكفرة، فصح الاستثناء فيها، كاليمين بالله تعالى، أو كتحريم ماله. وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من حلف على يمين، فقال: إن شاء الله. فلا حنث عليه» . رواه." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤/٨

"إذا ثبت هذا، فإنه لا كفارة عليه إذا مات أحدهما قبل وطئها. وكذلك إن فارقها، سواء كان ذلك متراخيا عن يمينه، أو عقيبه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور. وقال قتادة: إن ماتت، لم يرثها حتى يكفر. **ولنا** أن من ورثها إذا كفر ورثها وإن لم يكفر، كالمولي منها.

[الفصل الثاني طلق من ظاهر منها ثم تزوجها]

(٦١٨٦) الفصل الثاني: أنه إذا طلق من ظاهر منها، ثم تزوجها، لم يحل له وطؤها حتى يكفر. سواء كان الطلاق ثلاثا، أو أقل منه. وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر، أو قبله. نص عليه أحمد.

وهو قول عطاء، والحسن، والزهري، والنخعي، ومالك وأبي عبيد. وقال قتادة: إذا بانت سقط الظهار، فإذا عاد فنكحها، فلا كفارة عليه. وللشافعي قولان كالمذهبين، وقول ثالث، إن كانت البينونة بالثلاث، لم يعد الظهار، وإلا عاد. وبناه على الأقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني. **ولنا**، عموم قول الله تعالى: ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] . وهذا قد ظاهر من امرأته، فلا يحل أن يتماسا حتى يكفر، ولأنه ظاهر من امرأته، فلا يحل له مسها قبل التكفير، كالتي لم يطلقها، ويمين الظهار يمين مكفرة، فلم يبطل حكمها بالطلاق، كالإيلاء.

[الفصل الثالث العود في الظهار بعد الكفارة]

(٦١٨٧) الفصل الثالث: أن العود هو الوطء، فمتى وطئ لزمته الكفارة، ولا تجب قبل ذلك، إلا أنها شرط لحل الوطء، فيؤمر بها من أراده ليستحله بها، كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة. وحكي نحو ذلك عن الحسن، والزهري. وهو قول أبي حنيفة. إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطئ، وهي عنده في حق من وطئ كمن لم يطأ. وقال القاضي وأصحابه: العود العزم على الوطء. إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء، إذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء، إلا أبا الخطاب، فإنه قال: إذا مات بعد العزم، أو طلق، فعليه الكفارة.

وهذا قول مالك، وأبي عبيد. وقد أنكر أحمد هذا، فقال: مالك يقول: إذا أجمع لزمته الكفارة. فكيف يكون هذا، إذا طلقها بعدما يجمع كان عليه كفارة، إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس: إذا تكلم بالظهار لزمه مثل الطلاق. ولم يعجب أحمد قول طاوس. وقال أحمد، في قوله تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾

[المجادلة: ٣] . قال: العود الغشيان، إذا أراد أن يغشى كفر. واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] . فأوجب." [١]

"الكفارة بعد العود قبل التماس، وما حرم قبل الكفارة، لا يجوز كونه متقدما عليها، ولأنه قصد بالظهار تحريمها، فالعزم على وطئها عود فيما قصده، ولأن الظهار تحريم، فإذا أراد استباحتها، فقد رجع في ذلك التحريم، فكان عائدا.

وقال الشافعي: العود إمساكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه؛ لأن ظهاره منها يقتضي إبانتها، فإمساكها عود فيما قال. وقال داود: العود، تكرار الظهار مرة ثانية؛ لأن العود في الشيء إعادته. ولنا أن العود فعل ضد قوله، ومنه العائد في هبته، هو الراجع في الموهوب، والعائد في عدته، التارك للوفاء بما وعد، والعائد فيما نهي عنه فاعل المنهي عنه. قال الله تعالى: ﴿ثم يعودون لما نهوا عنه﴾ [المجادلة: ٨] . فالمظاهر محرم للوطء على نفسه، ومانع لها منه، فالعود فعله.

وقولهم: إن العود يتقدم التكفير، والوطء يتأخر عنه. قلنا: المراد بقوله: ثم يعودون. أي يريدون العود، كقول الله تعالى: ﴿إذا قمتم إلى الصلاة﴾ [المائدة: ٦] . أي أردتم ذلك. وقوله تعالى: ﴿فإذا قرأت القرآن فاستعذ﴾ [النحل: ٩٨] . فإن قيل: فهذا تأويل، ثم هو رجوع إلى إيجاب الكفارة بالعزم المجرد. قلنا: دليل التأويل، ما ذكرنا. وأما الأمر بالكفارة عند العزم فإنما أمر بها شرطا للحل، كالأمر بالطهارة لمن أراد صلاة النافلة، والأمر بالنية لمن أراد الصيام.

فأما الإمساك فليس بعود؛ لأنه ليس بعود في الظهار المؤقت، فكذلك في المطلق، ولأن العود فعل ضد ما قاله، والإمساك ليس بضد له، وقولهم: إن الظهار يقتضي إبانتها. لا يصح، وإنما يقتضي تحريمها واجتنابها، ولذلك صح توقيته، ولأنه قال: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾ [المجادلة: ٣] . وثم للتراخي، والإمساك غير متراخ. وأما قول داود فلا يصح؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر أوسا وسلمة بن صخر بالكفارة من غير إعادة اللفظ، ولأن العود إنما هو في مقوله دون قوله، كالعود في الهبة والعدة، والعود لما نهي عنه، ويدل على إبطال هذه الأقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة، فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها، وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الأيمان، وتجب الكفارة بذلك كسائر الأيمان، ولأنها يمين تقتضي ترك الوطء، فلا تجب كفارتها إلا به، كالإيلاء.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٦

[مسألة الظهار من الأجنبية]

(٦١٨٨) مسألة قال: (وإذا قال لامرأة أجنبية: أنت علي كظهر أمي. لم يطأها إن تزوجها حتى يأتي بالكفارة)." [١]

"ثمنها فاضلا عن حاجته، ووجدها به، لم يجزئه إلا الإعتاق؛ لأن وجود المبدل إذا منع الانتقال إلى البدل، كانت القدرة على ثمنه تمنع الانتقال، كالماء وثمنه، يمنع الانتقال إلى التيمم.

(٦١٩٧) المسألة الثانية: أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة مؤمنة في كفارة الظهار، وسائر الكفارات. هذا ظاهر المذهب. وهو قول الحسن، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبي عبيد. وعن أحمد، رواية ثانية، أنه يجزئ فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره، عتق رقبة ذمية. وهو قول عطاء، والنخعي، والثوري، وأبي ثور، وأصحاب الرأي، وابن المنذر؛ لأن الله تعالى أطلق الرقبة في هذه الكفارة، فوجب أن يجزئ ما تناوله الإطلاق.

ولنا، ما روى «معاوية بن الحكم، قال: كانت لي جارية، فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقلت: علي رقبة أفأعتقها؟ فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أين الله؟ قالت: في السماء. قال: من أنا؟ . قالت: أنت رسول الله. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أعتقها؛ فإنها مؤمنة» . أخرجه مسلم، والنسائي. فعلل جواز إعتاقها عن الرقبة التي عليه بأنها مؤمنة، فدل على أنه لا يجزئ عن الرقبة التي عليه إلا مؤمنة، ولأنه تكفير بعتق، فلم يجز إلا مؤمنة، ككفارة القتل. والمطلق يحمل على المقيد من جهة القياس إذا وجد المعنى فيه، ولا بد من تقييده، فإنا أجمعنا على أنه لا يجزئ إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا، فالتقييد بالسلامة من الكفر أولى.

[مسألة ما يشترط في كفارة الظهار]

(٦١٩٨) المسألة الثالثة: أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا؛ لأن المقصود تمليك العبد منافعه، ويمكنه من التصرف لنفسه، ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضررا بينا، فلا يجزئ الأعمى؛ لأنه لا يمكنه العمل في أكثر الصنائع، ولا المقعد، ولا المقطوع اليدين أو الرجلين؛ لأن اليدين آلة البطش، فلا يمكنه العمل مع فقدهما، والرجلان آلة المشي، فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما. والشلل كالقطع في هذا. ولا يجزئ المجنون جنونا مطبقا، لأنه وجد فيه المعنيان، ذهاب منفعة الجنس،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧/٨

وحصول الضرر بالعمل. وبهذا كله قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وحكي عن داود، أنه جوز عتق كل رقبة يقع عليها الاسم، أخذا بإطلاق اللفظ. **ولنا** أن هذا نوع كفارة، فلم يجزئ ما يقع عليه الاسم كالإطعام؛ فإنه لا يجزئ أن يطعم مسوسا ولا عفنا، وإن كان يسمى طعاما. والآية مقيدة بما ذكرناه.." (١)

"(٦١٩٩) فصل: ولا يجزئ مقطوع اليد، أو الرجل، ولا أشلها، ولا مقطوع إبهام اليد، أو سبابتها، أو الوسطى؛ لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء، ولا يجزئ مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة؛ لأن نفع اليدين يزول أكثره بذلك. وإن قطعت كل واحدة من يد جاز؛ لأن نفع الكفين باق، وقطع أنملة الإبهام كقطع جميعها؛ فإن نفعها يذهب بذلك؛ لكونها أنملتين، وإن كان من غير الإبهام لم يمنع؛ لأن منفعتها لا تذهب؛ فإنها تصير كالأصابع القصار، حتى لو كانت أصابعه كلها غير الإبهام قد قطعت من كل واحدة منها أنملة، لم يمنع. وإن قطع من الإصبع أنملتان، فهو كقطعها؛ لأنه يذهب بمنفعتها.

وهذا جميعه مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجزئ مقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين، ولو قطعت يده ورجله جميعا من خلاف أجزأت؛ لأن منفعة الجنس باقية، فأجزأت في الكفارة، كالأعور، فأما إن قطعتا من وفاق، أي من جانب واحد، لم يجزئ؛ لأن منفعة الشيء تذهب. **ولنا** أن هذا يؤثر في العمل، ويضر ضررا بينا، فوجب أن يمنع إجزاءها، كما لو قطعتا من وفاق ويخالف العور؛ فإنه لا يضر ضررا بينا. والاعتبار بالضرر أولى من الاعتبار بمنفعة الجنس؛ فإنه لو ذهب شمه، أو قطعت أذناه معا، أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس، ولا يجزئ الأعرج إذا كان عرجا كثيرا فاحشا؛ لأنه يضر بالعمل، فهو كقطع الرجل. وإن كان عرجا يسيرا، لم يمنع الإجزاء؛ لأنه قليل الضرر.

(٦٢٠٠) فصل: ويجزئ الأعور في قولهم جميعا. وقال أبو بكر: فيه قول آخر، لا يجزئ؛ لأنه نقص يمنع التضحية والإجزاء في الهدي، فأشبه العمى. والصحيح ما ذكرناه؛ فإن المقصود تكميل الأحكام، وتمليك العبد المنافع، والعور لا يمنع ذلك، ولأنه لا يضر بالعمل، فأشبه قطع إحدى الأذنين. ويفارق العمى؛ فإنه يضر بالعمل ضررا بينا، ويمنع كثيرا من الصنائع، ويذهب بمنفعة الجنس. ويفارق قطع إحدى اليدين والرجلين؛ فإنه لا يعمل بإحداهما ما يعمل بهما، والأعور يدرك بإحدى العينين ما يدرك بهما. وأما الأضحية والهدي، فإنه لا يمنع منهما مجرد العور، وإنما يمنع انخساف العين، وذهاب العضو المستطاب، ولأن الأضحية يمنع فيها قطع الأذن والقرن، والعتق لا يمنع فيه إلا ما يضر بالعمل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢/٨

ويجزئ المقطوع الأذنين. وبذلك قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك، وزفر: لا يجزئ. لأنهما عضوان فيهما الدية، أشبها اليدين. **ولنا**، أن قطعهما لا يضر بالعمل الضرر البين، فلم يمنع، كنقص السمع، بخلاف قطع اليدين. ويجزئ مقطوع الأنف كذلك. ويجزئ الأصم إذا فهم بالإشارة. ويجزئ الأخرس إذا فهمت إشارته وفهم بالإشارة. وهذا مذهب الشافعي، وأبي ثور. وقال أصحاب الرأي: لا يجزئ؛ لأن منفعة الجنس." (١)

"تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٤] . وحديث أوس بن الصامت، وسلمة بن صخر. وأجمعوا على أن من وجد رقبة فاضلة عن حاجته، فليس له الانتقال إلى الصيام، وإن كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لزمن، أو كبر، أو مرض، أو عظم خلق، ونحوه مما يعجزه عن خدمة نفسه، أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة، ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته، فليس عليه الإعتاق. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة، ومالك، والأوزاعي: متى وجد رقبة، لزمه إعتاقها، ولم يجز له الانتقال إلى الصيام، سواء كان محتاجا إليها، أو لم يكن؛ لأن الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام أن لا يجد رقبة، بقوله: ﴿فمن لم يجد﴾ [المجادلة: ٤] . وهذا واجد. وإن وجد ثمنها، وهو محتاج إليه، لم يلزمه شراؤها. وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: يلزمه؛ لأن وجدان ثمنها كوجدانها. **ولنا** أن ما استغرقته حاجة الإنسان، فهو كالمعدوم، في جواز الانتقال إلى البدل، كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش، يجوز له الانتقال إلى التيمم. وإن كان له خادم، وهو ممن يخدم نفسه عادة، لزمه إعتاقها؛ لأنه فاضل عن حاجته.

بخلاف من لم تجر عادته بخدمة نفسه، فإن عليه مشقة في إعتاق خادمه، وتضييعا لكثير من حوائجه. وإن كان له خادم يخدم امرأته، وهي ممن عليه إخدامها، أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم، أو دار يسكنها، أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته، أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته، لم يلزمه العتق. وإن استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشتري به رقبة، لزمه؛ لأنه واجد للرقبة. وإن كانت له رقبة تخدمه، يمكنه بيعها وشراء رقبتين بثمنها، يستغني بخدمة إحداهما، ويعتق الأخرى، لزمه؛ لأنه لا ضرر في ذلك. وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة، تزيد على ملابس مثله، يمكنه بيعها، وشراء ما يكفيه في لباسه ورقبة، لزمه ذلك.

وإن كانت له دار، يمكنه بيعها، وشراء ما يكفيه لسكنى مثله ورقبة، أو ضيعة يفضل منها عن كفايته ما

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣/٨

يمكنه شراء رقبة، لزمه. ويراعى في ذلك الكفاية التي يحرم معها أخذ الزكاة، فإذا فضل عن ذلك شيء، وجبت فيه الكفارة. ومذهب الشافعي في هذا الفصل جميعه على نحو مما قلنا. وإن كانت له سرية، لم يلزمه إعتاقها؛ لأنه يحتاج إليها. وإن أمكنه بيعها، وشراء سرية أخرى، ورقبة يعتقها، لم يلزمه ذلك؛ لأن الفرض قد يتعلق بعينها، فلا يقوم غيرها مقامها، سيما إذا كان بدون ثمنها.

[فصل كان موسرا حين وجوب كفارة الظهار]

فصل: فإن كان موسرا حين وجوب الكفارة، إلا أن ماله غائب، فإن كان مرجو الحضور قريبا، لم يجز الانتقال إلى الصيام؛ لأن ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة، وإن كان بعيدا، لم يجز الانتقال إلى الصيام في غير كفارة الظهار؛ لأنه لا ضرر في الانتظار وهل يجوز ذلك في كفارة الظهار؟ فيه وجهان:." (١)

"[فصل جنس الطعام وكيفيته ومستحقه في كفارة الظهار]

(٦٢١٢) فصل: وبقي الكلام في الإطعام في أمور ثلاثة: كيفيته، وجنس الطعام، ومستحقه. فأما كيفيته فظاهر المذهب أن الواجب تمليك كل إنسان من المساكين القدر الواجب له من الكفارة، ولو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه، سواء فعل ذلك بالقدر الواجب، أو أقل، أو أكثر، ولو غدى كل واحد بمد، لم يجزئه، إلا أن يملكه إياه. وهذا مذهب الشافعي وعن أحمد، رواية أخرى، أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم. وهو قول النخعي، وأبي حنيفة. وأطعم أنس في فدية الصيام. قال أحمد: أطعم شيئا كثيرا، وصنع الجفان. وذكر حديث حماد بن سلمة، عن ثابت، عن أنس، وذلك لقول الله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكينا﴾ [المجادلة: ٤] . وهذا قد أطعمهم، فينبغي أن يجزئه، ولأنه أطعم المساكين، فأجزأه، كما لو ملكهم. **ولنا**، أن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم؛ ففي قول زيد، وابن عباس، وابن عمر، وأبي هريرة، مد لكل فقير.

«وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لكعب في فدية الأذى: أطعم ثلاثة آصع من تمر، بين ستة مساكين» . ولأنه مال وجب للفقراء شرعا، فوجب تمليكهم إياه كالزكاة. فإن قلنا: يجزئ. اشترط أن يغديهم بستين مدا فصاعدا؛ ليكون قد أطعمهم قدر الواجب. وإن قلنا: لا يجزئه أن يغديهم، فقدم إليهم ستين مدا، وقال: هذا بينكم بالسوية. فقبلوه، أجزأ؛ لأنه ملكهم التصرف فيه والانتفاع قبل القسمة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال أبو عبد الله بن حامد: يجزئه، وإن لم يقل: بالسوية؛ لأن قوله: خذوها عن كفارتي. يقتضي

(١) المغني لابن قدامة ٢٥/٨

التسوية، لأن ذلك حكمها.

وقال القاضي: إن علم أنه وصل إلى كل واحد قدر حقه أجزأ، وإن لم يعلم لم يجزئه؛ لأن الأصل شغل ذمته، ما لم يعلم وصول الحق إلى مستحقه. ووجه الأول، أنه دفع الحق إلى مستحقه مشاعا، فقبلوه، فبرئ منه، كديون غرمائه.

[فصل التتابع في الإطعام في كفارة الظهار]

(٦٢١٣) فصل: ولا يجب التتابع في الإطعام. نص عليه أحمد، في رواية الأثرم، وقيل له: تكون عليه كفارة يمين، فيطعم اليوم واحدا، وآخر بعد أيام، وآخر بعد حتى يستكمل عشرة؟ فلم ير بذلك بأسا؛ وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه. ولو وطئ في أثناء الإطعام، لم تلزمه إعادة ما مضى منه. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: يستأنف؛ لأنه وطئ في أثناء كفارة الظهار، فوجب الاستئناف، كالصيام. **ولنا** أنه وطئ في أثناء ما لا يشترط التتابع فيه، فلم يوجب الاستئناف، كوطء غير المظاهر منها، أو كالوطء في كفارة اليمين، وبهذا فارق الصيام.." (١)

"[فصل لا تجزئ القيمة في كفارة الظهار]

(٦٢١٦) فصل: ولا تجزئ القيمة في الكفارة. نقلها الميموني، والأثرم. وهو مذهب الشافعي وخرج بعض أصحابنا من كلام أحمد، رواية أخرى، أنه يجزئه. وهو ما روى الأثرم، أن رجلا سأل أحمد، قال أعطيت في كفارة خمسة دوانيق؟ فقال: لو استشرتني قبل أن تعطي لم أشر عليك، ولكن أعط ما بقي من الأثمان على ما قلت لك. وسكت عن الذي أعطى. وهذا ليس برواية، وإنما سكت عن الذي أعطى؛ [لأنه] مختلف فيه، فلم ير التضييق عليه فيه.

الأمر الثالث، أن مستحق الكفارة هم المساكين الذين يعطون من الزكاة، لقول الله تعالى: ﴿فإطعام ستين مسكينا﴾ [المجادلة: ٤] . والفقراء يدخلون فيهم؛ لأن فيهم المسكنة وزيادة، ولا خلاف في هذا. فأما الأغنياء فلا حق لهم في الكفارة، سواء كانوا من أصناف الزكاة، كالغزاة والمؤلفة، أو لم يكونوا، لأن الله تعالى خص بها المساكين، واختلف أصحابنا في المكاتب؛ فقال القاضي في (المجرد) ، وأبو الخطاب، في (الهداية) : لا يجوز دفعها إليه. وهو مذهب الشافعي. وقال الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب، في (مسائلهما) : يجوز الدفع إليه. وهو مذهب أبي حنيفة، وأبي ثور؛ لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته، فأشبه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢/٨

المسكين.

ووجه الأولى أن الله تعالى خص بها المساكين، والمكاتبون صنف آخر، فلم يجز الدفع إليهم، كالغزاة والمؤلفة، ولأن الكفارة قدرت بقوت يوم لكل مسكين، وصرفت إلى من يحتاج إليها للاقتيات، والمكاتب لا يأخذ لذلك، فلا يكون في معنى المسكين. ويفارق الزكاة، فإن الأغنياء يأخذون منها، وهم الغزاة، والعاملون عليها، والمؤلفة، والغارمون، ولأنه غني بكسبه أو بسيده، فأشبه العامل. ولا خلاف بينهم في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد؛ لأن نفقته واجبة على سيده، وليس هو من أصناف الزكاة، ولا إلى أم ولد؛ لأنها أمة نفقتها على سيدها، وكسبها له، ولا إلى من تلزمه نفقته. وقد ذكرنا ذلك في الزكاة، وفي دفعها إلى الزوج وجهان؛ بناء على دفع الزكاة إليه. ولا يجوز دفعها إلى كافر. وبهذا قال الشافعي.

وخرج أبو الخطاب وجها في إعطائهم، بناء على الرواية في إعتاقهم. وهو قول أبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] . وأطلق فيدخلون في الإطلاق. **ولنا** أنه كافر، فلم يجز الدفع إليه، كمساكين أهل الحرب، وقد سلمه أصحاب الرأي، والآية مخصوصة بأهل الحرب، فنقيس عليهم سائر الكفار، ويجوز صرفها إلى الكبير، والصغير، إن كان ممن يأكل الطعام. وإذا أراد صرفه إلى الصغير، فإنه يدفعه إلى وليه، يقبض له؛ فإن الصغير لا يصح منه." (١)

"الفطر، وصح صوم بقية الشهر، وصوم ذي القعدة، ويحتسب له بذي القعدة، ناقصا كان أو تاما؛ لأنه بدأه من أوله. وأما شوال، فإن كان تاما صام يوما من ذي الحجة، مكان يوم الفطر، وأجزأه، وإن كان ناقصا، صام من ذي الحجة يومين؛ لأنه لم يبدأه من أوله. وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق، وقلنا: يصح صومها عن الفرض.

فإنه يحتسب له بالمحرم، ويكمل صوم ذي الحجة بتمام ثلاثين يوما من صفر. وإن قلنا: لا يصح صومها عن الفرض. صام مكانها من صفر. (٦٢١٩) فصل: ويجوز أن يبتدئ صوم الشهرين من أول شهر، ومن أثنائه، لا نعلم في هذا خلافا؛ لأن الشهر اسم لما بين الهلالين ولثلاثين يوما، فأيهما صام فقد أدى الواجب، فإن بدأ من أول شهر، فصام شهرين بالأهلة، أجزأه ذلك، تامين كانا أو ناقصين، إجماعا. وبهذا قال الثوري، وأهل العراق، ومالك في أهل الحجاز، والشافعي، وأبو ثور، وأبو عبيد، وغيرهم؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فصيام شهرين متتابعين﴾ [المجادلة: ٤] . وهذان شهران متتابعان.

وإن بدأ من أثناء شهر، فصام ستين يوما. أجزأه، بغير خلاف أيضا. قال ابن المنذر: أجمع على هذا من

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٥

نحفظ عنه من أهل العلم. فأما إن صام شهرا بالهلال، وشهرا بالعدد، فصام خمسة عشر يوما من المحرم، وصفر جميعه، وخمسة عشر يوما من ربيع، فإنه يجزئه، سواء كان صفر تاما أو ناقصا؛ لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة، لكن تركناه في الشهر الذي بدأ من وسطه لتعذره، ففي الشهر الذي أمكن اعتباره يجب أن يعتبر. وهذا مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي. ويتوجه أن يقال: لا يجزئه إلا شهران بالعدد؛ لأننا لما ضممنا إلى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر، فصار ذلك شهرا صار ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضا. وهذا قول الزهري.

[فصل نوى صوم شهر رمضان عن كفارة الظهار]

فصل: فإن نوى صوم شهر رمضان عن الكفارة، لم يجزئه عن رمضان، ولا عن الكفارة، وانقطع التتابع، حاضرا كان أو مسافرا؛ لأنه تخلل صوم الكفارة فطر غير مشروع. وقال مجاهد، وطاوس: يجزئه عنهما. وقال أبو حنيفة: إن كان حاضرا، أجزأه عن رمضان دون الكفارة؛ لأن تعيين النية غير مشترط لرمضان، وإن كان في سفر، أجزأه عن الكفارة دون رمضان. وقال صاحباه: يجزئ عن رمضان دون الكفارة، سفرا وحضرا. **ولنا**، أن رمضان متعين لصومه، محرم صومه عن غيره، فلم يجزئه عن غيره، كيومي العيدين، ولا يجزئ عن رمضان؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لامرئ ما نوى» . وهذا ما نوى رمضان، فلا يجزئه، ولا فرق بين الحضر والسفر؛ لأن الزمان متعين،." (١)

"إذا ثبت هذا، فإنه إذا أيسر، فأحب أن ينتقل إلى الإعتاق، جاز له، في ظاهر كلام الخرقي؛ فإنه قال: ومن دخل في الصوم، ثم قدر على الهدي، لم يكن عليه الخروج إلا أن يشاء. وهذا يدل على أنه إذا شاء فله الانتقال إليه، ويجزئه، إلا أن يكون الحانث عبدا، فليس له إلا الصوم وإن عتق. وهو قول الشافعي، على القول الذي توافقنا فيه؛ وذلك لأن العتق هو الأصل، فوجب أن يجزئه كسائر الأصول. فأما إن استمر به العجز حتى شرع في الصيام، لم يلزمه الانتقال إلى العتق. بغير خلاف في المذهب.

وهو مذهب الشعبي، وقتادة، ومالك، والأوزاعي، والليث، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر. وهو أحد قولي الحسن. وذهب ابن سيرين، وعطاء، والنخعي، والحكم، وحماد، والثوري، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي، إلى أنه يلزمه العتق؛ لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل، فلزمه العود إليه، كالمتيمم يجد الماء قبل الصلاة، أو في أثنائها. **ولنا** أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام، فلم يسقط عنه، كما لو استمر

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٧

العجز إلى بعد الفراغ، ولا يشبه الوضوء، فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل، وهاهنا بخلافه، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل. فلم يلزمه الانتقال إليه، كالمتمتع يجد الهدي بعد الشروع في صيام السبعة.

(٦٢٢٣) فصل: إذا قلنا: الاعتبار بحالة الوجوب، فوقته في الظهار زمن العود، لا وقت المظاهرة؛ لأن الكفارة لا تجب حتى يعود، وقته في اليمين زمن الحنث، لا وقت اليمين، وفي القتل زمن الزهوق، لا زمن الجرح، وتقديم الكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها، لوجود سببها، كتعجيل الزكاة قبل الحول وبعد وجوب النصاب.

[فصل كان المظاهر ذميا]

(٦٢٢٤) فصل: وإذا كان المظاهر ذميا، فتكفيره بالعتق، أو الإطعام؛ لأنه يصح منه في غير الكفارة، فصح منه فيها، ولا يجوز بالصيام؛ لأنه عبادة محضة، والكافر ليس من أهلها، ولأنه لا يصح منه في غير الكفارة، فلا يصح منه فيها، ولا يجزئه في العتق إلا عتق رقبة مؤمنة، فإن كانت في ملكه، أو ورثها، أجزأت عنه، وإن لم يكن كذلك، فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة؛ لأن الكافر لا يصح منه شراء المسلم، ويتعين تكفيره بالإطعام، إلا أن يقول لمسلم: أعتق عبدك عن كفارتي، وعلي ثمنه. فيصح، في إحدى الروايتين. وإن أسلم الذمي قبل التكفير بالإطعام، فحكمه حكم العبد، يعتق قبل التكفير بالصيام، على ما مضى؛ لأنه في معناه. وإن ظاهر وهو مسلم، ثم ارتد، فصام في ردته عن كفارته، لم يصح. وإن كفر بعتق أو إطعام، فقد أطلق أحمد القول أنه لا يجزئه. وقال القاضي: المذهب أن ذلك موقوف.." (١)

"فإن أسلم تبينا أنه أجزأه، وإن مات أو قتل تبينا أنه لم يصح منه، كسائر تصرفاته.

[مسألة وطئ قبل أن يأتي بكفارة الظهار]

(٦٢٢٥) مسألة قال: ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفارة، كان عاصيا، وعليه الكفارة المذكورة قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير؛ لقول الله تعالى في العتق والصيام: ﴿من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] . فإن وطئ عصى ربه لمخالفة أمره، وتستقر الكفارة في ذمته، فلا تسقط بعد ذلك بموت، ولا طلاق، ولا غيره، وتحريم زوجته عليه باق بحاله، حتى يكفر. هذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٠

سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، وجابر بن زيد، ومورق العجلي، وأبي مجلز، والنخعي، وعبد الله بن أذينة، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبي ثور.

وروى الخلال عن الصلت بن دينار، قال: سألت عشرة من الفقهاء عن المظاهر يجامع قبل أن يكفر؟ قالوا: ليس عليه إلا كفارة واحدة. الحسن، وابن سيرين، وبكر المزني، ومورق العجلي، وعطاء، وطاوس، ومجاهد، وعكرمة، وقتادة، وقال وكيع: وأظن العاشر نافعا. وحكي عن عمرو بن العاص، أن عليه كفارتين. وروي ذلك عن قبيصة، وسعيد بن جبير، والزهري، وقتادة؛ لأن الوطء يوجب كفارة، والظهار موجب للأخرى. وقال أبو حنيفة: لا تثبت الكفارة في ذمته، وإنما هي شرط للإباحة بعد الوطء. كما كانت قبله. وحكي عن بعض الناس أن الكفارة تسقط؛ لأنه فات وقتها؛ لكونها وجبت قبل المسيس. **ولنا** حديث «سلمة بن صخر حين ظاهر ثم وطئ قبل التكفير، فأمره النبي - صلى الله عليه وسلم - بكفارة واحدة» . ولأنه وجد الظهار والعود، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة﴾ [المجادلة: ٣] . فأما قولهم: فات وقتها. فيبطل بما ذكرناه، وبالصلاة، وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها.

[مسألة قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي]

(٦٢٢٦) مسألة قال: وإذا قالت المرأة لزوجها: أنت علي كظهر أبي. لم تكن مظاهرة، ولزمتها كفارة الظهار؛ لأنها قد أتت بالمنكر من القول والزور وجملة ذلك أن المرأة إذا قالت لزوجها: أنت علي كظهر أبي. أو قالت: إن تزوجت فلانا، فهو علي كظهر أبي. فليس ذلك بظهار. قال القاضي: لا تكون مظاهرة، رواية واحدة. وهذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم مالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال الزهري، والأوزاعي: هو ظهار. وروي ذلك عن الحسن، والنخعي، إلا أن النخعي قال: إذا قالت ذلك بعد." (١)

"[فصل شرط النية في صحة كفارة الظهار]

(٦٢٢٩) فصل: والنية شرط في صحة الكفارة؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الأعمال بالنيات» . ولأن العتق يقع متبرعا به، وعن كفارة أخرى، أو نذر، فلم ينصرف إلى هذه الكفارة إلا بنية، وصفتها أن ينوي العتق، أو الصيام، أو الإطعام عن الكفارة، فإن زاد الواجبة كان تأكيدا، وإلا أجزأت نيته الكفارة. وإن نوى وجوبها، ولم ينو الكفارة، لم يجزئه؛ لأن الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر، فوجب تمييزه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤١

وموضع النية مع التكفير، أو قبله بيسير. وهذا الذي نص عليه الشافعي، وقال به بعض أصحابه.

وقال بعضهم: لا يجزئ حتى يستصحب النية، وإن كانت الكفارة صياما اشترط نية الصيام عن الكفارة في كل ليلة؛ لقوله: – عليه السلام – «لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل» . وإن اجتمعت عليه كفارات من جنس واحد، لم يجب تعيين سببها. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه مخالفا. فعلى هذا، لو كان مظاهرا من أربع نساء، فأعتق عبدا عن ظهاره، أجزأه عن إحداهن، وحلت له واحدة غير معينة؛ لأنه واجب من جنس واحد، فأجزأته نية مطلقة، كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان.

وقياس المذهب أن يقرع بينهن، فتخرج بالقرعة المحللة منهن. وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي: له أن يصرفها إلى أيتهن شاء، فتحل. وهذا يفضي إلى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له، أو محرمة عليه.

وإن كان الظهار من ثلاث نسوة، فأعتق عبدا عن إحداهن، ثم صام شهرين متتابعين عن أخرى، ثم مرض، فأطعم ستين مسكينا عن أخرى، أجزأه، وحل له الجميع، من غير قرعة ولا تعيين. وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور: يقرع بينهن، فمن تقع لها القرعة، فالعتق لها، ثم يقرع بين الباقيتين، فمن تقع لها القرعة فالصيام لها، والإطعام عن الثالثة؛ لأن كل واحدة من هذه الخصال لو انفردت، احتاجت إلى قرعة، فكذلك إذا اجتمعت. **ولنا** أن التكفير قد حصل عن الثلاث، وزالت حرمة الظهار، فلم يحتج إلى قرعة، كما لو أعتق ثلاثة أعبد عن ظهارهن دفعة واحدة. فأما إن كانت الكفارة من أجناس؛ كظهار، وقتل، وجماع في رمضان، ويمين، فقال أبو الخطاب: لا يفتقر إلى تعيين السبب.

وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها عبادة واجبة، فلم تفتقر صحة أدائها إلى تعيين سببها، كما لو كانت من جنس واحد. وقال القاضي: يحتمل أن يشترط تعيين سببها، ولا تجزئ نية مطلقة. وحكاه أصحاب الشافعي عن أحمد. وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنهما عبادتان من جنسين، فوجب تعيين النية لهما، كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر،." (١)

"[فصل قذفها وهو ناطق ثم خرس وأيس من نطقه]

(٦٢٣٨) فصل: فإن قذفها وهو ناطق، ثم خرس، وأيس من نطقه، فحكمه حكم الأخرس الأصلي، وإن رجي عود نطقه، وزوال خرسه، انتظر به ذلك، ويرجع في معرفة ذلك إلى قول عدلين من أطباء المسلمين. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحالين بالإشارة؛ لأن أمامة بنت أبي العاص أصمتت، فقيل لها: لفلان كذا، ولفلان كذا؟ فأشارت أن نعم، فرأوا أنها وصية. وهذا لا حجة فيه؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٤

لأنه لم يذكر من الراوي لذلك، ولم يعلم أنه قول من قوله حجة، ولا علم هل كان ذلك لخرس يرجى زواله أو لا؟ وقال أبو الخطاب في من اعتقل لسانه، وأيس من نطقه: هل يصح لعانه بالإشارة؟ على وجهين.

[فصل كل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه]

(٦٢٣٩) فصل: وكل موضع لا لعان فيه، فالنسب لاحق فيه، ويجب بالقذف موجبه من الحد والتعزير، إلا أن يكون القاذف صبيا، أو مجنونا، فلا ضرب فيه، ولا لعان. كذلك قال الثوري، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وابن المنذر، وقال: ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم.

[فصل لا لعان بين غير الزوجين]

(٦٢٤٠) الفصل الثاني: أنه لا لعان بين غير الزوجين، فإذا قذف أجنبية محصنة، حد ولم يلاعن، وإن لم تكن محصنة عزر، ولا لعان أيضا. ولا خلاف في هذا؛ وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] . ثم خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله سبحانه وتعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦] . ففيما عداهن يبقى على قضية العموم. وإن ملك أمة، ثم قذفها، فلا لعان، سواء كانت فراشا له، أو لم تكن، ولا حد عليه بقذفها، ويعزر. فإن أتت بولد نظرنا؛ فإن لم يعترف بوطئها، لم يلحقه نسبه، ولم يحتج إلى نفيه، وإن اعترف بوطئها، صارت فراشا له.

وإذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال الثوري، وأبو حنيفة: لا تصير فراشا له حتى يقر بولدها، فإذا أقر به صارت فراشا له، ولحقه أولادها بعد ذلك؛ لأنها لو صارت فراشا بالوطء، لصارت فراشا بإباحته، كالزوجة. **ولنا**، أن سعدا نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة، فقال: هو أخي، وابن وليدة أبي، ولد على فراشه. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش، وللعاهر الحجر» . متفق عليه.." (١)

"فأتت بولد، احتمل أن يكون منه، فلم يجز له نفيه؛ لكون النسب يلحق بالإمكان، فكيف مع ظهور وجود سببه، ولو ادعى الاستبراء. فأتت بولدين، فأقر بأحدهما ونفى الآخر، لحقاه معا؛ لأنه لا يمكن جعل أحدهما منه والآخر من غيره، وهما حمل واحد، ولا يجوز نفي الولد المقر به عنه مع إقراره به، فوجب

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٣

إلحاقهما به معا. وكذلك إن أتت أمته التي لم يعترف بوطئها بتوأمين، فاعترف بأحدهما، ونفى الآخر.

[فصل نكح امرأة نكاحا فاسدا ثم قذفها وبينهما ولد يريد نفيه]

(٦٢٤١) فصل: وإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا، ثم قذفها، وبينهما ولد يريد نفيه، فله أن يلاعن لنفيه، ولا حد عليه. وإن لم يكن بينهما ولد، حد ولا لعان بينهما. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يلحقه الولد، وليس له نفيه، ولا اللعان؛ لأنها أجنبية، فأشبهت سائر الأجنبيات، أو إذا لم يكن بينهما ولد. **ولنا**، أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح، فكان له نفيه، كما لو كان النكاح صحيحا، ويفارق إذا لم يكن ولد، فإنه لا حاجة إلى القذف؛ لكونها أجنبية، ويفارق سائر الأجنبيات؛ لأنه لا يلحقه ولدهن، فلا حاجة به إلى قذفهن، ويفارق الزوجة.

فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد، لكونها خانته وغاظته وأفسدت فراشه، فإذا كان له منها ولد، فالحاجة موجودة فيهما، وإذا لاعن سقط الحد؛ لأنه لعان مشروع لنفي الحد، فأسقط الحد، كاللعان في النكاح الصحيح. وهل يثبت التحريم المؤبد؟ فيه وجهان: أحدهما، يثبته؛ لأنه لعان صحيح، أشبه لعان الزوجة. والثاني، لا يثبته؛ لأن الفرقة لم تحصل به، فإنه لا نكاح بينهما يحصل قطعه به، بخلاف لعان الزوجة، فإن الفرقة حصلت به. ولو لاعنها من غير ولد، لم يسقط الحد، ولم يثبت التحريم المؤبد؛ لأنه لعان فاسد، فلم تثبت أحكامه.

وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك؛ لأن النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح، فأشبه ما لو لاعن أجنبية يظنها زوجته.

[فصل أبان زوجته ثم قذفها بزنا أضافه إلى حال الزوجية]

(٦٢٤٢) فصل: فلو أبان زوجته، ثم قذفها بزنا أضافه إلى حال الزوجية، فهي كالمسألة قبلها؛ إن كان بينهما ولد يريد نفيه، فله أن ينفيه باللعان، وإلا حد ولم يلاعن. وبهذا قال مالك، والشافعي، وقال أبو حنيفة: يحد، ويلحقه الولد، ولا يلاعن. وهو قول عطاء. ووجه المذهبين ما تقدم في التي قبلها.." (١)

"عن ابن عباس. وبه قال الحسن، والقاسم بن محمد، ومكحول، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال الحارث العكلي، وجابر بن زيد، وقتادة، والحكم: يجلد. وقال حماد بن أبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٥

سليمان، وأصحاب الرأي: لا حد ولا لعان؛ لأن اللعان إنما يكون بين الزوجين، وليس هذان بزوجين، ولا يحد؛ لأنه لم يقذف أجنبية. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦] . وهذا قد رمى زوجته، فيدخل في عموم الآية، وإذا لم يلاعن وجب الحد بعموم قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] . ولأنه قاذف لزوجته، فوجب أن يكون له أن يلاعن، كما لو كانا على النكاح إلى حالة اللعان.

[فصل قالت قذفني قبل أن يتزوجني وقال بل بعده]

(٦٢٤٦) فصل: وإن قالت: قذفني قبل أن يتزوجني. وقال: بل بعده. أو قالت: قذفني بعد ما بنت منه. وقال: بل قبله. فالقول قوله؛ لأن القول قوله في أصل القذف، فكذلك في وقته. وإن قالت أجنبية: قذفني. فقال: كنت زوجتي حينئذ. فأنكرت الزوجية، فالقول قولها؛ لأن الأصل عدمها.

[فصل قذف أجنبية ثم تزوجها]

(٦٢٤٧) فصل: ولو قذف أجنبية، ثم تزوجها، فعليه الحد، ولا يلاعن؛ لأنه وجب في حال كونها أجنبية، فلم يملك اللعان من أجله، كما لو لم يتزوجها. وإن قذفها بعد تزوجها بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح، حد، ولم يلاعن، سواء كان ثم ولد أو لم يكن. وهو قول مالك وأبي ثور. وروي ذلك عن سعيد بن المسيب، والشعبي. وقال الحسن، وزرارة بن أبي أوفى، وأصحاب الرأي: له أن يلاعن؛ لأنه قذف امرأته، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦] . ولأنه قذف امرأته، فأشبه ما لو قذفها ولم يضفه إلى ما قبل النكاح. وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى كذلك. وقال الشافعي: إن لم يكن ثم ولد، لم يلاعن، وإن كان بينهما ولد، ففيه وجهان.

ولنا أنه قذفها قذفا مضافا إلى حال البينونة، أشبه ما لو قذفها وهي بائن، وفارق قذف الزوجة، لأنه محتاج إليه لأنها غاظته وخانته، وإن كان بينهما ولد، فهو محتاج إلى نفيه، وهاهنا إذا تزوجها وهو يعلم زناها، فهو المفرط في نكاح حامل من الزنا، فلا يشرع له طريق إلى نفيه.." [1]

"[فصل قال لامرأته أنت طالق ثلاثا يا زانية]

(٦٢٤٨) فصل: ولو قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا يا زانية. فنقل مهنا، قال: سألت أحمد، عن رجل قال

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٧

لامرأته: أنت طالق يا زانية. ثلاثا، فقال: يلاعن. قلت: فإنهم يقولون: يحد، ولا يلزمها إلا واحدة. قال: بئس ما يقولون. فهذا يلاعن؛ لأنه قذفها قبل الحكم ببينونتها، فأشبه قذف الرجعية. وأما في المسألة الأولى، فإن كان بينهما ولد، فإنه يلاعن؛ لنفيه، وإلا حد ولم يلاعن؛ لأنه يتعين إضافة القذف إلى حال الزوجية؛ لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها، فصار كأنه قال لها بعد إبانتها: زنيت إذ كنت زوجتي. على ما قررناه.

[فصل كل قذف للزوجة يجب به اللعان]

(٦٢٤٩) الفصل الثالث: أن كل قذف للزوجة يجب به اللعان، سواء قال لها: زنيت. أو: رأيتك تزنين. سواء كان القاذف أعمى أو بصيرا. نص عليه أحمد. وبهذا قال الثوري، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور. وهو قول عطاء. وقال يحيى الأنصاري، وأبو الزناد، ومالك: لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين: إما رؤية، وإما إنكار للحمل؛ لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية، وكان قال: رأيت بعيني، وسمعت بأذني. فلا يثبت اللعان إلا في مثله.

ولنا قول الله تعالى: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦] الآية. وهذا رام لزوجته، فيدخل في عموم الآية، ولأن اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف، فيشرع في حق كل رام لزوجته، كالبينة. والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب، ثم لم يعملوا به في قوله: وسمعت بأذني. وسواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر. وبناه على أصله، في أن ذلك لا يجب به الحد. **ولنا**، أنه رام لزوجته بوطء في فرجها، فأشبه ما لو قذفها بالوطء في قبلها. وأما إن قذفها بالوطء دون الفرج، أو بشيء من الفواحش غير الزنا، فلا حد عليه، ولا لعان؛ لأنه قذفها بما لا يجب به الحد فلم يثبت به الحد واللعان، كما لو قذفها بضرب الناس وأذاهم.

[فصل قذف زوجته المحصنة]

(٦٢٥٠) الفصل الرابع: أنه إذا قذف زوجته المحصنة، وجب عليه الحد، وحكم بفسقه، ورد شهادته، إلا أن يأتي ببينة أو يلاعن، فإن لم يأت بأربعة شهداء، أو امتنع من اللعان، لزمه ذلك كله. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يجب اللعان دون الحد، فإن أبى حبس حتى يلاعن؛ لأن الله تعالى قال:

﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات﴾ [النور: ٦] الآيات.." (١)

"فلم يوجب بقذف الأزواج إلا اللعان. ولنا قول الله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤] وهذا عام في الزوج وغيره، وإنما خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة، في نفي الحد والفسق ورد الشهادة عنه.

وأيضا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «البينة وإلا حد في ظهرك» . وقوله لما لاعن: " عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ". ولأنه قاذف يلزمه الحد لو أكذب نفسه، فلزمه إذا لم يأت بالبينة المشروعة، كالأجنبي. فأما إن قذف غيرها كالكتابية والأمة، والمجنونة، والطفلة، فإنه يجب عليه التعزير بذلك؛ لأنه أدخل عليهن المعرة بالقذف، ولا يحد لهن حدا كاملا لنقصانهن بذلك، ولا يتعلق به فسق، ولا رد شهادة؛ لأنه لا يوجب الحد. قال القاضي: وليس له إسقاط هذا التعزير باللعان؛ لأن اللعان إما لنفي النسب، أو لدرء الحد، وليس هاهنا واحد منهما.

وقال الشافعي: له إسقاطه باللعان؛ لأنه إذا ملك إسقاط الحد الكامل باللعان، فإسقاط ما دونه أولى. وللقاضي أن يقول: لا يلزم من مشروعيته لدفع الحد الذي يعظم ضرره، مشروعيته لدفع ما يقل ضرره، كما لو قذف طفلة لا يتصور وطؤها، فإنه يعزر تعزير السب والأذى، وليس له إسقاطه باللعان. كذا هاهنا. وأما إن كان لأحد هؤلاء، ولا يريد نفيه، فقال القاضي: له أن يلاعن لنفيه. وهذا قول الشافعي، وهو ظاهر كلام أحمد، في الأمة والكتابية، سواء كان لهما ولد أو لم يكن. وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

[مسألة لا يعرض للزوج في الحد حتى تطالبه زوجته باللعان]

(٦٢٥١) مسألة قال: (ولا يعرض له، حتى تطالبه زوجته) . يعني لا يتعرض له بإقامة الحد عليه، ولا طلب اللعان منه، حتى تطالبه زوجته بذلك؛ فإن ذلك حق لها، فلا يقام من غير طلبها، كسائر حقوقها. وليس لوليها المطالبة عنها إن كانت مجنونة أو محجورا عليها، ولا لولي الصغيرة وسيد الأمة المطالبة بالتعزير من أجلهما؛ لأن هذا حق ثبت للتشفي، فلا يقوم الغير فيه مقام المستحق، كالقصاص. فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة، نظرنا؛ فإن لم يكن هناك نسب يريد نفيه، لم يكن له أن يلاعن، وكذلك كل موضع سقط

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٨/٨

فيه الحد، مثل إن أقام البينة بزناها، أو أبرأته من قذفها، أو حد لها ثم أراد لعانها، ولا نسب هناك ينفى، فإنه لا يشرع اللعان. وهذا قول أكثر أهل العلم، ولا نعلم فيه مخالفا، إلا بعض أصحاب الشافعي قالوا: له الملاعنة؛ لإزالة الفراش.

والصحيح عندهم مثل قول الجماعة؛ لأن إزالة الفراش تمكنه بالطلاق، والتحريم المؤبد ليس." (١)

"بمقصود يشرع اللعان من أجله، وإنما حصل ذلك ضمنا. فأما إن كان هناك ولد يريد نفيه، فقال القاضي: له أن يلاعن لنفيه. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن هلال بن أمية لما قذف امرأته، وأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبره، أرسل إليها، فلاعن بينهما، ولم تكن طالبته. ولأنه محتاج إلى نفيه، فشرع له طريق إليه، كما لو طالبته، ولأن نفي النسب الباطل حق له، فلا يسقط برضاها به، كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد. ويحتمل أن لا يشرع اللعان هاهنا، كما لو قذفها فصدقته، وهو قول أصحاب الرأي؛ لأنه أحد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة، كالحد.

[فصل قذفها ثم مات قبل لعانهما أو قبل إتمام لعانه]

(٦٢٥٢) فصل: وإذا قذفها ثم مات قبل لعانهما، أو قبل إتمام لعانه، سقط اللعان، ولحقه الولد، وورثته، في قول الجميع؛ لأن اللعان لم يوجد، فلم يثبت حكمه. وإن مات بعد أن أكمل لعانه، وقبل لعانها، فكذلك. وقال الشافعي: تبين بلعانه، ويسقط التوارث، وينتفي الولد، ويلزمها الحد، إلا أن تلتعن. ولنا أنه مات قبل إكمال اللعان، أشبه ما لو مات قبل إكمال التعانه، وذلك لأن الشرع إنما رتب هذه الأحكام على اللعان التام، والحكم لا يثبت قبل كمال سببه. وإن ماتت المرأة قبل اللعان، فقد ماتت على الزوجية، ويرثها في قول عامة أهل العلم. وروي عن ابن عباس: إن التعن، لم يرث. ونحو ذلك عن الشعبي، وعكرمة؛ لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها، فيمنع التوارث، كما لو التعن في حياتها.

ولنا، أنها ماتت على الزوجية، فورثها، كما لو لم يلتعن، ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكم بعد موتها كالطلاق، وفارق اللعان في الحياة، فإنه يقطع الزوجية، على أننا قد ذكرنا أنه لو لاعنها ولم تلتعن هي، لم تنقطع الزوجية أيضا، فهاهنا أولى. فإن قيل: أليس قد قلتم: لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة؟ قلنا: لو التعن الزوج وحده دونها، لم ينتف الولد، ولم يثبت حكم اللعان، على ما ذكرنا، ثم الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد، تبينا أنه لم يكن منه أصلا في حال من الأحوال، والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٩

اللعان، وإنما يزيل نكاحها اللعان، كما يزيله الطلاق.

فإذا ماتت قبله، فقد ماتت قبل وجود ما يزيله، فيكون موجودا حال الموت، فيوجب التوارث، وينقطع بالموت، فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى. وإن أراد الزوج اللعان، ولم تكن طالبت بالحد في حياتها، لم يكن له أن يلتعن، سواء كان ثم ولد يريد نفيه أو لم يكن. وقال الشافعي: إن كان ثم ولد يريد نفيه، فله أن يلتعن. وهذا ينبني على أصل، وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين، فإن لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم، وعندهم بخلاف ذلك. فأما إن كانت طالبت بالحد في حياتها، فإن أولياءها يقومون في الطلب به مقامها، فإن طولب به، فله إسقاطه باللعان. ذكره القاضي، وإلا فلا؛ لأنه لا حاجة إليه مع عدم الطلب، فإنه لا حد عليه.

وقال أصحاب الشافعي: إن كان للمرأة وارث غير الزوج، فله اللعان، ليسقط الحد عن نفسه، وإلا فلا؛ لعدم الحاجة إليه.." (١)

"[فصل مات المقذوف قبل المطالبة بالحد]

(٦٢٥٣) فصل: وإذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد، سقط، ولم يكن لورثته الطلب به. وقال أصحاب الشافعي يورث، وإن لم يكن طالب به؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من ترك حقا فلورثته» . ولأنه حق ثبت له في الحياة، يورث إذا طالب به، فيورث وإن لم يطالب به، كحق القصاص. **ولنا**، أنه حد تعتبر فيه المطالبة، فإذا لم يوجد الطلب من المالك، لم يجب، كحد القطع في السرقة، والحديث يدل على أن الحق المتروك يورث، وهذا ليس بمتروك، وأما حق القصاص، فإنه حق يجوز الاعتياض عنه، وينتقل إلى المال، بخلاف ما نحن فيه، فأما إن طالب به ثم مات، فإنه ترثه العصبات من النسب دون غيرهم؛ لأنه حق يثبت لدفع العار، فاختص به العصبات، كولاية النكاح. وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي. ومتى ثبت للعصبات، فلهم استيفاؤه. وإن طلب أحدهم وحده، فله استيفاؤه.

وإن عفى بعضهم، لم يسقط. وكان للباقين استيفاؤه. ولو بقي واحد، كان له استيفاء جميعه؛ لأنه حق يراد للردع والزجر، فلم يتبعض، كسائر الحدود، ولا يسقط بإسقاط البعض؛ لأنه يراد لدفع العار عن المقذوف، وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه، فيثبت له جميعه، كولاية النكاح، ويفارق حق القصاص؛ لأن ذلك يفوت إلى بدل، ولو أسقطناه هاهنا، لسقط حق غير العافي إلى غير بدل. فعلى هذا، لو قذف امرأته فماتت بعد المطالبة، ولها أحد من عصباتها غيره، فله استيفاؤه، وإن كان زوجها عصبتها، وليس لها

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٦٠

أحد سواه، سقط. وإن كان لها من عصبتها غيره، فله الطلب به، ولا يسقط؛ بما ذكرنا، من أنه يكمل لكل واحد، بخلاف القصاص.

[فصل قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها]

(٦٢٥٤) فصل: وإذا قذف امرأته، وله بينة، تشهد بزناها، فهو مخير بين لعانها وبين إقامة البينة؛ لأنهما بينتان، فكانت له الخيرة في إقامة أيتهما شاء، كمن له بدين شاهدان وشاهد وامرأتان، ولأن كل واحدة منهما يحصل بها ما لا يحصل بالأخرى، فإنه يحصل باللعان نفي النسب الباطل، ولا يحصل ذلك بالبينة، ويحصل بالبينة ثبوت زناها، وإقامة الحد عليها، ولا يحصل باللعان، فإن لاعنها ونفى ولدها، ثم أراد إقامة البينة، فله ذلك، فإذا أقامها، ثبت موجب اللعان وموجب البينة، وإن أقام البينة أولا، ثبت الزنا وموجبه، ولم ينتف عنه الولد؛ فإنه لا يلزم من الزنا كون الولد منه. وإن أراد لعانها بعد ذلك، وليس بينهما ولد يريد نفيه، لم يكن له ذلك؛ لأن الحد قد انتفى عنه بإقامة البينة، فلا حاجة إليه، وإن كان بينهما ولد يريد نفيه، فعلى قول القاضي، له أن يلاعن وقد ذكرنا ذلك فيما مضى.

[فصل قذفها فطالبته بالحد فأقام شاهدين على إقرارها بالزنا]

(٦٢٥٥) فصل: وإن قذفها، فطالبته بالحد، فأقام شاهدين على إقرارها بالزنا، سقط عنه الحد؛ لأنه ثبت تصديقها إياه." (١)

"ملعونة، وهذا لا يجوز، كما لا يجوز أن يعلو المسلمة كافر، ويمكن أن يقال على هذا: لو كان هذا الاحتمال مانعا من دوام نكاحهما، لمنعه من نكاح غيرها، فإن هذا الاحتمال متحقق فيه.

ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة والغضب بأحدهما غير معين، فيفضي إلى علو ملعون لغير ملعونة، أو إلى إمساكه لملعونة مغضوب عليها. ويحتمل أن سبب الفرقة النفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه، فإن الرجل إن كان صادقا، فقد أشاع فاحشتها، وفضحها على رءوس الأشهاد، وأقامها مقام خزي، وحقق عليها اللعنة والغضب، وقطع نسب ولدها، وإن كان كاذبا، فقد أضاف إلى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة، والمرأة إن كانت صادقة، فقد أكذبته على رءوس الأشهاد، وأوجبت عليه لعنة الله، وإن كانت كاذبة، فقد أفسدت فراشه، وخانته في نفسها، وألزمته العار والفضيحة، وأحوجته إلى هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٦١

المقام المخزي، فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه، لما حصل إليه من إساءة لا يكاد يلتئم لهما معها حال، فاقتضت حكمة الشارع انحتام الفرقة بينهما، وإزالة الصحبة المتمحضة مفسدة، ولأنه إن كان كاذبا عليها، فلا ينبغي أن يسلط على إمساكها، مع ما صنع من القبيح إليها، وإن كان صادقا، فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها، ولهذا قال العجلاني: كذبت عليها إن أمسكتها.

(٦٢٦٢) المسألة الثانية، أنها تحرم عليه باللعان تحريما مؤبدا، فلا تحل له، وإن أكذب نفسه، في ظاهر المذهب. ولا خلاف بين أهل العلم، في أنه إذا لم يكذب نفسه لا تحل له، إلا أن يكون قولا شاذا، وأما إذا أكذب نفسه، فالذي رواه الجماعة عن أحمد، أنها لا تحل له أيضا. وجاءت الأخبار عن عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وابن مسعود – رضي الله عنهم –، أن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا. وبه قال الحسن، وعطاء، وجابر بن زيد، والنخعي، والزهري، والحكم، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأبو يوسف. وعن أحمد رواية أخرى: إن أكذب نفسه، حلت له، وعاد فراشه بحاله. وهي رواية شاذة. شذ بها حنبل عن أصحابه. قال أبو بكر: لا نعلم أحدا رواها غيره.
وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق بينهما الحاكم، فأما مع تفريق الحاكم بينهما، فلا وجه لبقاء النكاح بحاله، وقد ذكرنا أن مذهب البتي، أن اللعان لا يتعلق به فرقة. وعن سعيد بن المسيب: إن أكذب نفسه، فهو خاطب من الخطاب، وبه قال أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن؛ لأن فرقة اللعان عندهما طلاق. وقال سعيد بن جبير: إن أكذب نفسه، ردت إليه ما دامت في العدة. **ولنا** ما روى سهل بن سعد، قال: مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما، ثم لا يجتمعان أبدا.." [(١)]

"أحدها، أن يوجد اللعان منهما جميعا. وهذا قول عامة أهل العلم. وقال الشافعي: ينتفي بلعان الزوج وحده؛ لأن نفي الولد إنما كان بيمينه والتعانه، لا بيمين المرأة على تكذيبه، ولا معنى ليمين المرأة في نفي النسب، وهي تثبته وتكذب قول من ينفيه، وإنما لعانها لدرء الحد عنها، كما قال الله تعالى: ﴿ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين﴾ [النور: ٨] .

ولنا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما نفى الولد عنه بعد تلاعنهما، فلا يجوز النفي ببعضه، كبعض لعان الزوج. والثاني: أن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعا. الشرط الثالث، أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة، فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به. وبه قال أبو ثور، وابن المنذر. وقال مالك، وأصحاب الرأي: إن فعل أخطأ

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٦/٨

السنة، والفرقة جائزة، وينتفي الولد عنه؛ لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو، وهي لا تقتضي ترتيبا، ولأن اللعان قد وجد منهما جميعا، فأشبه ما لو رتبت. وعند الشافعي، لا يتم اللعان إلا بالترتيب، إلا أنه يكفي عنده لعان الرجل وحده لنفي الولد، وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب، وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة.

ولنا، أنه أتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة، فلم يصح، كما لو اقتصر على لفظة واحدة، ولأن لعان الرجل بينته لإثبات زناها ونفي ولدها، ولعان المرأة للإنكار، فقدمت بينة الإثبات، كتقديم الشهود على الأيمان، ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها، ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل، فإذا قدمت لعانها على لعانه، فقد قدمته على وقته، فلم يصح، كما لو قدمته على القذف. الشرط الرابع: أن يذكر نفي الولد في اللعان، فإذا لم يذكر، لم ينتف، إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه. وهذا ظاهر كلام الخرقي، واختيار القاضي، ومذهب الشافعي وقال أبو بكر: ولا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه، وينتفي بزوال الفراش؛ ولأن حديث سهل بن سعد، الذي وصف فيه اللعان، لم يذكر فيه الولد، وقال فيه: ففرق رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بينهما، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب، ولا يرمى ولدها. رواه أبو داود.

وفي حديث رواه مسلم، عن عبد الله، أن «رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ففرق النبي – صلى الله عليه وسلم – بينهما، وألحق الولد بأمه» . **ولنا**، أن من سقط حقه باللعان، كان ذكره شرطا، كالمرأة، ولأن غاية ما في اللعان أن يثبت زناها، وذلك لا يوجب نفي الولد، كما لو أقرت به، أو قامت به بينة، فأما حديث سهل بن سعد، فقد روي فيه: وكانت حاملا، فأنكر حملها. من رواية البخاري. وروى ابن عمر أن «رجلا لاعن امرأته في زمن." (١)

"[فصل استلحق الحمل في الملاعنة]

(٦٢٧٤) فصل: وإن استلحق الحمل، فمن قال: لا يصح نفيه. قال: لا يصح استلحاقه. وهو المنصوص عن أحمد. ومن أجاز نفيه، قال: لا يصح استلحاقه. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه محكوم بوجوده، بدليل وجوب النفقة، ووقف الميراث، فصح الإقرار به كالمولود، وإذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك، كما لو استلحقه بعد الوضع. ومن قال: لا يصح استلحاقه. قال: لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود، ولا يلزمه ذلك بالإجماع. ولأن للشبه أثرا في الإلحاق، بدليل حديث الملاعنة، وذلك مختص بما بعد الوضع، فاختص صحة الاستلحاق به. فعلى هذا، لو استلحقه ثم نفاه بعد وضعه، كان له ذلك، فأما إن سكت

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٩/٨

عنه، فلم ينفه، ولم يستلحقه، لم يلزمه عند أحد علمنا قوله؛ لأن تركه يحتمل أن يكون لأنه لا يتحقق وجوده إلا أن يلاعنها، فإن أبا حنيفة ألزمه الولد، على ما أسلفناه.

[فصل ولدت امرأته ولدا فسكت عن نفيه مع إمكانه الملاعنة]

(٦٢٧٥) فصل: وإذا ولدت امرأته ولدا، فسكت عن نفيه، مع إمكانه، لزمه نسبه، ولم يكن له نفيه بعد ذلك. وبهذا قال الشافعي، قال أبو بكر: لا يتقدر ذلك بثلاث، بل هو على ما جرت به العادة، إن كان ليلا فحتى يصبح وينتشر الناس، وإن كان جائعا أو ظمآن فحتى يأكل أو يشرب، أو ينام إن كان ناعسا، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي إن حضرته الصلاة، ويحرز ماله إن كان غير محرز، وأشباه ذلك من أشغاله، فإن أخره بعد هذا كله، لم يكن له نفيه. وقال أبو حنيفة: له تأخير نفيه يوما ويومين استحسانا؛ لأن النفي عقيب الولادة يشق، فقدر باليومين لقلته. وقال أبو يوسف ومحمد: يتقدر بمدة النفاس؛ لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم.

وحكي عن عطاء، ومجاهد، أن له نفيه ما لم يعترف به فكان له نفيه، كحالة الولادة. **ولنا**، أنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على الفور، كخيار الشفعة، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الولد للفراش» . عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع السنة الثابتة، فما عداه يبقى على عموم الحديث، وما ذكره أبو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب، والأخذ بالشفعة، وتقديره بمدة النفاس تحكم لا دليل عليه، وما قاله عطاء يبطل أيضا بما ذكرناه، ولا يلزم القصاص؛ لأنه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر، ولا الحمل؛ لأنه لم يتحقق ضرره.

إذا ثبت هذا، فهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس العلم، أو بإمكان النفي؟ على وجهين: بناء على." [١]

"المطالبة بالشفعة، فإن أخر نفيه عن ذلك، ثم ادعى أنه لا يعلم بالولادة، وأمكن صدقه، بأن يكون في موضع يخفى عليه ذلك، مثل أن يكون في محلة أخرى، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم العلم، وإن لم يمكن، مثل أن يكون معها في الدار، لم يقبل؛ لأن ذلك لا يكاد يخفى عليه. وإن قال: علمت ولادته، ولم أعلم أن لي نفيه. أو علمت ذلك، ولم أعلم أنه على الفور. وكان ممن يخفى عليه ذلك، كعامة الناس، قبل منه؛ لأن هذا مما يخفى عليهم، فأشبه ما لو كان حديث عهد بإسلام، وإن كان فقيها، لم يقبل ذلك منه؛ لأنه مما لا يخفى عليه ذلك. ويحتمل أن يقبل منه؛ لأن الفقيه يخفى عليه كثير من الأحكام. وقال أصحابنا: لا يقبل ذلك من الفقيه، ويقبل من الناشئ ببادية، وحديث العهد بالإسلام، وهل يقبل من

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٦/٨

سائر العامة؟ على وجهين. وإن كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه، كالمرض والحبس، أو الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته، أو بملازمة غريم يخاف فوته أو غيبته، نظرت؛ فإن كانت مدة ذلك قصيرة فأخره إلى الحضور ليزول عذره، لم يبطل نفيه؛ لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره إلى الصبح، وإن كانت تتطاول، فأمكنه التنفيذ إلى الحاكم ليبعث إليه من يستوفي عليه اللعان والنفي، فلم يفعل، سقط نفيه، فإن لم يمكنه، أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته، فإن لم يفعل، بطل خياره؛ لأنه إذا لم يقدر على نفيه كان الإشهاد قائما مقامه، كما يقيم المريض الفيئة بقوله، بدلا عن الفيئة بالجماع. فإن قال: لم أصدق المخبر عنه. نظرت؛ فإن كان مستفيضا منتشرا، لم يقبل قوله، وإن لم يكن مستفيضا، وكان المخبر مشهور العدالة، لم يقبل، وإلا قبل.

وإن قال: لم أعلم أن علي ذلك. قبل قوله؛ لأنه مما يخفى، وإن علم وهو غائب، فأمكنه السير، فاشتغل به، لم يبطل خياره، وإن أقام من غير حاجة بطل؛ لأنه أخره لغير عذر، وإن كانت له حاجة تمنعه من السير، فهو على ما ذكرنا من قبل. وإن أخر نفيه لغير عذر، وقال: أخرت نفيه رجاء أن يموت، فأستر عليه وعلي. بطل خياره؛ لأنه أخر نفيه مع الإمكان لغير عذر.

[فصل هنئ على الولد في اللعان فأمن على الدعاء]

(٦٢٧٦) فصل: فإن هنئ به، فأمن على الدعاء، لزمه. في قولهم جميعا. وإن قال: أحسن الله جزاءك. أو: بارك الله عليك. أو: رزقك الله مثله. لزمه الولد. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يلزمه؛ لأنه جازاه على قصده. وإذا قال: رزقك الله مثله. فليس ذلك إقرارا، ولا متضمنا له. **ولنا**، أن ذلك جواب الراضي في العادة، فكان إقرارا، كالتأمين على الدعاء. وإن سكت، كان إقرارا. ذكره أبو بكر؛ لأن السكوت صلح دالا على الرضى في حق البكر، وفي مواضع أخر، فهاهنا أولى.

وفي كل موضع لزمه الولد، لم يكن له نفيه بعد ذلك. في قول جماعة من أهل العلم؛ منهم الشعبي، والنخعي، وعمر بن عبد العزيز، ومالك، والشافعي، وابن المنذر؛ وأصحاب الرأي. وقال الحسن: له." [١]

"أن يلاعن لنفيه ما دامت أمه عنده يصير لها الولد، ولو أقر به، والذي عليه الجمهور أولى؛ فإنه أقر به، فلم يملك جحده، كما لو بانت منه أمه، ولأنه أقر بحق عليه، فلم يقبل منه جحده، كسائر الحقوق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٧/٨

[مسألة جاءت امرأته بولد فقال لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني]

(٦٢٧٧) مسألة قال: (ولو جاءت امرأته بولد، فقال: لم تزن، ولكن ليس هذا الولد مني. فهو ولده في الحكم، ولا حد عليه لها) وجملة ذلك أن المرأة إذا ولدت. فقال زوجها: ليس هذا الولد مني. أو قال ليس هذا ولدي. فلا حد عليه؛ لأن هذا ليس بقذف بظاهره، لاحتمال أنه يريد أنه من زوج آخر، أو من وطء بشبهة، أو غير ذلك، ولكنه يسأل، فإن قال: زنت، فولدت هذا من الزنا. فهذا قذف يثبت به اللعان، وإن قال: أردت أنه لا يشبهني خلقا ولا خلقا. فقالت: بل أردت قذفي. فالقول قوله؛ لأنه أعلم بمراده، لا سيما إذا صرح بقوله: لم تزن.

وإن قال: وطئت بشبهة، والولد من الواطئ. فلا حد عليه أيضا؛ لأنه لم يقذفها، ولا قذف واطئها. وإن قال: أكرهت على الزنا. فلا حد أيضا، لأنه لم يقذفها، ولا لعان في هذه المواضع؛ لأنه لم يقذفها، ومن شرط اللعان القذف، ويلحقه نسب الولد. وبهذا قال أبو حنيفة. وذكر القاضي أن في هذه الصورة الآخرة رواية أخرى، أن له اللعان؛ لأنه محتاج إلى نفي الولد، بخلاف ما إذا قال: وطئت بشبهة. فإنه يمكن نفي النسب بعرض الولد على القافة، فيستغنى بذلك عن اللعان. فلا يشرع، كما لا يشرع لعان أمته، لما أمكن نفي نسب ولدها بدعوى الاستبراء. وهذا مذهب الشافعي.

ولنا أن اللعان إنما ورد به الشرع بعد القذف، في قوله تعالى ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾ [النور: ٦] الآية. ولما لاعن النبي - صلى الله عليه وسلم - بين هلال وامرأته كان بعد قذفه إياها، وكذلك لما لاعن بين عويمر العجلاني وامرأته كان بعد قذفه إياها، ولا يثبت الحكم إلا في مثله، ولأن نفي اللعان إنما ينتفي به الولد بتمامه منهما، ولا يتحقق اللعان من المرأة هاهنا. فأما إن قال: وطئك فلان بشبهة، وأنت تعلمين الحال. فقد قذفها، وله لعانها، ونفي نسب ولدها، وقال القاضي: ليس له نفيه باللعان.

وكذلك قال أصحاب الشافعي لأنه يمكنه نفي نسبه بعرضه على القافة، فأشبه ما لو قال: واشتبه عليك أيضا. **ولنا** أنه رام لزوجته، فيدخل في عموم قوله تعالى ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ [النور: ٦] ولأنه رام لزوجته بالزنا، فملك لعانها ونفى ولدها، كما لو قال: زنى بك فلان. وما ذكروه لا يصح؛ فإنه قد لا يوجد." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٨/٨

"**ولنا** أنه زمن يمكن البلوغ فيه، فيلحقه الولد، كالبالغ، وقد روي أن عمرو بن العاص، وابنه عبد الله، لم يكن بينهما إلا اثنا عشر عاما، وأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بالتفريق بينهم، دليل على إمكان الوطء الذي هو سبب الولادة، وأما قياس الغلام على الجارية، فغير صحيح، فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة، والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع، وقد تحيض لتسع، وما عهد بلوغ غلام لتسع.

ولو تزوج رجل امرأة في مجلس، ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد، أو تزوج مشرقي بمغربية، ثم مضت ستة أشهر، وأتت بولد، لم يلحقه. وبذلك قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يلحقه نسبه؛ لأن الولد إنما يلحقه بالعقد، ومدة الحمل، ألا ترى أنكم قلتم: إذا مضى زمان الإمكان، لحق الولد، وإن علم أنه لم يحصل منه الوطء. **ولنا** أنه لم يحصل إمكان الوطء بهذا العقد، فلم يلحق به الولد، كزوجة ابن سنة، أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر، وفارق ما قاسوا عليه؛ لأن الإمكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعا، لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء، فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح، ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه، فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه.

وإن ولدت امرأة مقطوع الذكر والأنثيين، لم يلحق نسبه به. في قول عامة أهل العلم؛ لأنه يستحيل منه الإنزال والإيلاج. وإن قطعت أنثياه دون ذكره، فكذلك؛ لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد. وقال أصحابنا: يلحقه النسب؛ لأنه يتصور منه الإيلاج، وينزل ماء رقيقا. **ولنا**. أن هذا لا يخلق منه ولد عادة، ولا وجد ذلك، فأشبه ما لو قطع ذكره معهما، ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد، كما لو أولج إصبعه. وأما قطع ذكره وحده، فإنه يلحقه الولد؛ لأنه يمكن أن يساحق، فينزل ماء يخلق منه الولد. ولأصحاب الشافعي اختلاف في ذلك، على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا.

قال ابن اللبان: لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين. في قول الجمهور. وقال بعضهم: يلحقه بالفراش. وهو غلط؛ لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن، ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه، وهاهنا لا يمكن؛ لفقد المني من المسلول، وتعذر إيصال المني إلى قعر الرحم من المجبوب. ولا معنى لقول من قال: يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل، فتحمل؛ لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا، ولذلك يأخذ الشبه منهما، وإذا استدخلت المني بغير جماع، لم تحدث لها لذة تمني بها، فلا

يختلط نسبهما، ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منيه، وأن الولد من ذلك المني، يلحقه نسبه، وما قال ذلك أحد.." (١)

"[فصل طلق امرأته وهي حامل فوضعت ولدا ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر]

(٦٢٧٩) فصل: وإن طلق امرأته وهي حامل، فوضعت ولدا، ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر، فهو من الزوج؛ لأننا نعلم أنهما حمل واحد، فإذا كان أحدهما منه، فالآخر منه. وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر، لم يلحق الزوج، وانتفى عنه من غير لعان؛ لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملا واحدا وبينهما مدة الحمل، فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية، وانقضاء العدة، وكونها أجنبية، فهي كسائر الأجنبيات. وإن طلقها، فاعتدت بالأقراء، ثم ولدت ولدا قبل مضي ستة أشهر من آخر إقرائها، لحقه؛ لأننا تيقنا أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها، ونعلم أنها كانت حاملا به في زمن رؤية الدم، فيلزم أن لا يكون الدم حيضا، فلم تنقض عدتها به وإن أتت به لأكثر من ذلك، لم يلحق بالزوج.

وهذا قول أبي العباس بن سريج. وقال غيره من أصحاب الشافعي: يلحق به؛ لأنه يمكن أن يكون منه، والولد يلحق بالإمكان. ولنا، أنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها، في وقت يمكن أن لا يكون منه، فلم يلحقه، كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل، وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء الزوجية أو العدة، وأما بعدهما، فلا يكتفى بالإمكان للحاقه، وإنما يكتفى بالإمكان لنفيه، وذلك لأن الفراش سبب، ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها، فإذا انتفى السبب وآثاره، فينتفي الحكم لانتفائه، ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان. والله أعلم.

فأما إن وضعته قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين، لحق بالزوج، ولم ينتف عنه إلا باللعان. وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق، وكان بائنا، انتفى عنه بغير لعان؛ لأننا علمنا أنها علقت به بعد زوال الفراش. وإن كان رجعيا، فوضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة، فكذلك؛ لأنها علقت به بعد البينونة. وإن وضعته لأكثر من أربع سنين منذ الطلاق، ولأقل منه، منذ انقضت العدة، ففيه روايتان: إحداهما – لا يلحقه؛ لأنها لم تعلق به قبل طلاقها، فأشبهت البائن. والثانية، يلحقه؛ لأنها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والإيلاء والحل، في رواية، فأشبه ما قبل الطلاق.

[فصل غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا صحيحا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/ ٨٠

(٦٢٨٠) فصل: فإن غاب عن زوجته سنين، فبلغتها وفاته، فاعتدت، ونكحت نكاحا صحيحا في الظاهر، ودخل بها الثاني، وأولدها أولادا، ثم قدم الأول، فسخ نكاح الثاني، وردت إلى الأول، وتعتد من الثاني،." (١)

"ولها عليه صداق مثلها، والأولاد له؛ لأنهم ولدوا على فراشه. روي ذلك عن علي – رضي الله عنه – وهو قول الثوري، وأهل العراق، وابن أبي ليلى، ومالك، وأهل الحجاز، والشافعي، وإسحاق، وأبي يوسف، وغيرهم من أهل العلم إلا أبا حنيفة، قال: الولد للأول؛ لأنه صاحب الفراش، لأن نكاحه صحيح ثابت، ونكاح الثاني غير ثابت، فأشبه الأجنبي. **ولنا** أن الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله، فكان الولد له دون غيره، كولد الأمة من زوجها يلحقه دون سيدها، وفارق الأجنبي، فإنه ليس له نكاح.

[فصل وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة، فأتت بولد]

(٦٢٨١) فصل: وإن وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة، فأتت بولد، لحقه نسبه. وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة. وقال القاضي: وجدت بخط أبي بكر، أنه لا يلحق به؛ لأن النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح، أو فاسد، أو ملك، أو شبهة ملك، ولم يوجد شيء من ذلك، ولأنه وطء لا يستند إلى عقد، فلم يلحق الولد فيه بالوطء، كالزنا. والصحيح في المذهب الأول. قال أحمد: كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد. ولأنه وطء اعتقد الواطئ حله، فلحق به النسب، كالوطء في النكاح الفاسد. وفارق وطء الزنا، فإنه لا يعتقد الحل فيه. ولو تزوج رجلان أختين، فغلط بهما عند الدخول، فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى، فوطئها، وحملت منه، لحق الولد بالواطئ؛ لأنه وطء يعتقد حله، فلحق به النسب، كالوطء في نكاح فاسد وقال أبو بكر: لا يكون الولد للواطئ، وإنما يكون للزوج. وهذا الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، لأن الولد للفراش.

ولنا أن الواطئ انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب، فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حيا، والخبر مخصوص بهذا، فنقيس عليه ما كان في معناه. وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصبها فيه، فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء، لحق الواطئ، وانتفى عن الزوج من غير لعان، وعلى قول أبي بكر، وأبي حنيفة يلحق بالزوج؛ لأن الولد للفراش. وإن أنكر الواطئ الوطء، فالقول قوله بغير يمين، ويلحق نسب الولد بالزوج؛ لأنه لا يمكن إلحاقه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٨١

بالمنكر، ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد. وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال؛ لأننا نعلم أنه ليس من الواطئ.

وإن اشتركا في وطئها." [١]

"- صلى الله عليه وسلم - أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه، ولاعن بينهما. ولأنه إما يمين، وإما شهادة، وأيهما كان، فمن شرطه الحاكم.

وإن تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما، لم يصح ذلك؛ لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد، فلم يجز بغير الحاكم، كالحد. وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين، في ظاهر كلام الخرقي. وقال أصحاب الشافعي: للسيد أن يلاعن بين عبده وأمته؛ لأن له إقامة الحد عليهما. **ولنا** أنه لعان بين زوجين، فلم يجز لغير الحاكم أو نائبه، كاللعان بين الحرين. ولا نسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة، ثم لا يشبه اللعان الحد؛ لأن الحد زجر وتأديب، واللعان إما شهادة وإما يمين، فافترقا، ولأن اللعان دارئ للحد، وموجب له، فجرى مجرى إقامة البينة على الزنا والحكم به أو بنفيه وإن كانت المرأة خفرة لا تبرز لحوائجها، بعث الحاكم نائبه، وبعث معه عدولا، ليلاعنوا بينهما، وإن بعث نائبه وحده جاز؛ لأن الجمع غير واجب.

[فصل يستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين]

(٦٢٨٥) فصل: ويستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين، لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروه مع حداثة أسنانهم، فدل ذلك على أنه حضره جمع كثير؛ لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعا للرجال، ولأن اللعان بني على التغليظ، مبالغة في الردع به والزجر، وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك.

ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة، لأن بينة الزنا الذي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة، وليس شيء من هذا واجبا، ويستحب أن يتلاعنا قياما، فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم، فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهي قائمة؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال لهلال بن أمية: «قم فاشهد أربع شهادات»

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٨٢

ولأنه إذا قام شاهده الناس، فكان أبلغ في شهرته، فاستحب كثرة الجمع، وليس ذلك واجبا. وبهذا كله قال أبو حنيفة، والشافعي ولا أعلم فيه مخالفا.." (١)

"واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعا، وقد يريد أنه لا يشبهني خلقا وخلقا، أو أنه من وطء فاسد. فإن لم يذكر الولد في اللعان، لم ينتف عنه. فإن أراد نفيه، أعاد اللعان، ويذكر نفي الولد فيه.

[فصل قذف امرأته بالزنا برجل بعينه]

(٦٢٩١) فصل: وإذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه، فقد قذفهما، وإذا لاعنها سقط الحد عنه لهما، سواء ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره، وإن لم يلاعن، فلكل واحد منهما المطالبة، وأيهما طالب، حد له، ومن لم يطالب، فلا يحد له، كما لو قذف رجلا بالزنا بامرأة معينة. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، إلا في أنه لا يسقط حده بلعانها. وقال بعض أصحابنا: القذف للزوجة وحدها، ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد؛ لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك ابن سحماء، فلم يحده النبي – صلى الله عليه وسلم – ولا عزره له.

وقال بعض أصحاب الشافعي: يجب الحد لهما، وهل يجب حد واحد أو حدان؟ على وجهين. وقال بعضهم: لا يجب إلا حد واحد، قولا واحدا. ولا خلاف بينهم أنه إذا لاعن، وذكر الأجنبي في لعانه، أنه يسقط عنه حكمه، وإن لم يذكره، فعلى وجهين. **ولنا**، أن اللعان بينة في أحد الطرفين، فكان بينة في الطرف الآخر، كالشهادة، ولأن به حاجة إلى قذف الزاني، لما أفسد عليه من فراشه، وربما يحتاج إلى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه. كما استدل النبي – صلى الله عليه وسلم – على صدق هلال بشبه الولد لشريك ابن سحماء، فوجب أن يسقط حكم قذفه ما أسقط حكم قذفها، قياسا له عليها.

[فصل قذف امرأته وأجنبية أو أجنبيا بكلمتين]

(٦٢٩٢) فصل: ولو قذف امرأته وأجنبية أو أجنبيا بكلمتين، فعليه حدان لهما، فيخرج من حد الأجنبية بالبينة خاصة، ومن حد الزوجة بالبينة أو اللعان. وإن قذفهما بكلمة، فكذلك، إلا أنه إذا لم يلاعن، ولم تقم بينة، فهل يحد لهما حدا واحدا أو حدين؟ على روايتين: إحداهما، يحد حدا واحدا. وبه قال أبو حنيفة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٨٤

والشافعي في القديم. وزاد أبو حنيفة: سواء كان بكلمة أو بكلمات؛ لأنهما حدود من جنس، فوجب أن تتداخل، كحدود الزنا. والثانية: إن طالبوا مجتمعين فحد واحد، وإن طالبوا متفرقين فلكل واحد حد؛ لأنهم إذا اجتمعوا في الطلب، أمكن إيفاؤهم بالحد الواحد، وإذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد إيفاء لمن لم يطالب؛ لأنه لا يجوز إقامة الحد له قبل المطالبة منه.

وقال الشافعي، في الجديد: يقام لكل واحد حد بكل حال؛ لأنها حقوق لآدميين، فلم تتداخل، كالديون.." (١)

"صاحبه. فتركه. ولكنه يعزر تعزير السب والشتم. وذكر القاضي أن فيه رواية أخرى، أن عليه الحد ثانيا؛ لأنه قذف ثان بعد إقامة الحد عليه، فأشبه ما لو قذفه بزنا ثان.

وأما إن قذفه بزنا آخر، فعليه حد آخر؛ لأنه قذف لمحصن لم يحد فيه، فوجب أن يتعقبه الحد كالأول، ولأن سبب الحد وجد بعد إقامته، فأعيد عليه، كالزنا والسرقة. وعن أحمد رواية أخرى، لا حد عليه في الثاني؛ لأنه حد لصاحبه مرة، فلا يعاد عليه الحد، كما لو قذفه بالزنا الأول. وعلى هذه الرواية يعزر تعزير السب والشتم. وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارب القذف الثاني من الحد، فأما إذا تباعد زمانهما، وجب الحد بكل حال؛ لأنه لا يجوز أن يكون حده مرة من أجله فوجب إطلاق عرضه له. ومذهب الشافعي في هذا كمذهبنا، إلا أنهم حكوا عن الشافعي، فيما إذا أعاد القذف بزنا ثان قبل إقامة الحد، قولين: أحدهما، يجب حد واحد. والثاني، يجب حدان.

فأما إن قذف أجنبية، ثم تزوجها، ثم قذفها، فعليه الحد للقذف الأول، ولا شيء عليه للثاني. في قول أبي بكر وحكي نحو ذلك عن الزهري، والثوري، وأصحاب الرأي؛ لأنه لو قذف أجنبية قذفين، لم يجب عليه أكثر من حد واحد. واختار القاضي أنه إن قذفها بالزنا الأول، لم يكن عليه أكثر من حد واحد، وليس له إسقاطه إلا بالبينة، وإن قذفها بزنا آخر، فهو على الروايتين فيما إذا قذف الأجنبية، ثم حد لها، ثم قذفها بزنا آخر، فإن قلنا: يجب حدان. فطالبت المرأة بموجب القذف الأول، فأقام به بينة، سقط عنه حده، ولم يجب في الثاني حد؛ لأنها غير محصنة، وإن لم يقم بينة، حد لها.

ومتى طالبته بموجب الثاني، فأقام به بينة، أو لاعنها، سقط، وإلا وجب عليه الحد أيضا؛ لأن هذا القذف موجبه غير موجب الأول، فإن الأول موجبه الحد على الخصوص، والثاني موجبه اللعان أو الحد. وإن بدأت بالمطالبة بموجب الثاني، فأقام بينة به، أو لاعن. سقط حده، ولها المطالبة بموجب الأول، فإن أقام به

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٨٩

بينة، وإلا حد. قال القاضي: إن أقام بالثاني بينة، سقط موجب الأول. وهو مذهب الشافعي؛ لأنها صارت غير محصنة، فلا يثبت لها حد المحصنات. **ولنا** أن سقوط إحصانها في الثاني، لا يوجب سقوطه فيما قبل ذلك، كما لو استوفى حده قبل إقامة البينة. ولعل هذا ينبني على ما إذا قذف رجلا فلم يقم الحد على القاذف حتى زنى المقذوف.

وإن لم يقم بينة عليهما، ولم يلتعن للثاني، لم يجب إلا حد واحد. نص عليه أحمد؛ ولأنهما حدان من جنسين ترادفا، فلم يقم أحدهما، فتداخلا، كما لو قذفها وهي أجنبية قذفين. ولو قذف زوجته، فحد لها، ثم أعاد قذفها بذلك." (١)

"الزنا، لم يحد لها؛ لما ذكرنا في إعادة قذف الأجنبي، لكن يعزر للأذى والسب، وليس له إسقاط التعزير باللعان؛ لأنه تعزير سب، لا تعزير قذف، إلا على الرواية التي تلزم الأجنبي حدا ثانيا بإعادة القذف، فإنه يلزمه هاهنا حد، وله إسقاطه باللعان. وإن ولد له ولد بعد حده، فذكر أنه من ذلك الزنا، فله اللعان لإسقاطه، على كلتا الروايتين؛ لأنه محتاج إلى نفيه.

وإن قذفها في الزوجية قذفين بزناءين، فليس عليه إلا حد واحد، ويكفيه لعان واحد؛ لأنه يمين، فإذا كان الحقان لواحد كفته، يمين واحدة، لكنه يحتاج أن يقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزناءين. وفارق ما إذا قذف زوجتين، حيث لا يكفيه لعان واحد؛ لأن اليمين وجبت لكل واحد منهما، فلا تتداخل، كسائر الأيمان. وإن أقام البينة بالأول، سقط عنه موجب الثاني؛ لأنه زال إحصانها، ولا لعان، إلا أن يكون فيه نسب يريد نفيه. وإن أقامها بالثاني لم يسقط الحد الأول، وله إسقاطه باللعان، إلا على قول القاضي، فإنه يسقط بإقامة البينة على الثاني.

وإن قذفها في الزوجية ولاعنها ثم قذفها بالزنا الأول، فلا حد عليه؛ لأنه قد حققه بلعانه، ويحتمل أن يحد، كما لو قذفها به أجنبي. وهو قول القاضي. ولو قذفها به أجنبي، أو بزنا غيره، فعليه الحد، في قول عامة أهل العلم، منهم ابن عباس، والزهري، والشعبي، والنخعي، وقتادة، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد وذكر أبو عبيد عن أصحاب الرأي، أنهم قالوا: إن لم ينف بلعانها ولدا، حد قاذفها، وإن نفاه، فلا حد على قاذفها؛ لأنه منتف عن زوجها بالشرع. **ولنا** ما روى ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من رماها، أو ولدها، فعليه الحد» . رواه أبو داود.

وهذا نص، فإنه نص على من رماها، مع أن ولدها منفي عن الملاعن شرعا، ولأنه لم يثبت زناها، ولا زال

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٩١

إحصانها، فيلزم قاذفها الحد بقوله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] ، وكما لو لم ينف ولدها. فأما إن أقام بينة، فقذفها قاذف بذلك الزنا، أو بغيره، فلا حد عليه؛ لأنه قد زال إحصانها، ولأن هذا القذف لم يدخل المعرة عليها، وإنما دخلت المعرة بقيام البينة، ولكنه يعزر تعزير السب والأذى. وهكذا كل من قامت البينة بزناه، لا حد على قاذفه. وبه قال الشافعي، وأصحاب الرأي. ولكنه يعزر تعزير السب والأذى، ولا يملك الزوج إسقاطه عن نفسه باللعان؛ لما قدمناه.

وإن قذف زوجته ولاعنها، ثم قذفها بزنا آخر، فعليه الحد؛ لأنها بانت منه باللعان، وصارت أجنبية، إلا أن يضيف الزنا إلى حال الزوجية، فعند ذلك إن كان ثم نسب يريد نفيه، فله الملاعنة لنفيه، وإلا لزمه الحد، ولا لعان بينهما.." (١)

"عليه حد القذف؛ لأنه يحتمل أنها أرادت بذلك نفي الزنا عن نفسها، كما يستعمل أهل العرف فيما إذا قال قائل: سرقت. قال: معك سرقت. أي أنا لم أسرق؛ لكونك أنت لم تسرق. **ولنا** أنها صدقته في قذفه إياها، فأشبه ما لو قالت: صدقت. ولا حد عليها؛ لأن حد الزنا لا يثبت إلا بالإقرار أربع مرات، وليس عليها حد القذف؛ لأنها لم تقذفه، وإنما أقرت على نفسها بزناها به، ويمكن ذلك من غير كونه زانيا، بأن يظنها زوجته وهي عالمة أنه أجنبي، ولأنه يحتمل أن تريد نفي ذلك عنهما، كما ذكروه، أو أنه لم يطأني سواك، فإن لم يكن زنا فأنت شريكي فيه.

ولا يجب الحد مع الاحتمال، ولا يلزم من سقوطه عن الرجل بظاهر تصديقها، وجوبه عليها مع الاحتمال؛ فإن الحد يدرأ بالشبهات، ولا يجب بها. ولو قال: يا زانية. فقالت: أنت أزنى مني. فقال أبو بكر فيها كالتي قبلها: لا حد على الزوج؛ بتصديقها له، ولا على المرأة؛ لما ذكرنا في التي قبلها. وقال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي: ليس قولها قذفا. قال الشافعي: إلا أن تريد القذف؛ لأنه يحتمل أن تريد أنه أصابني وهو زوجي، فإن كان ذلك، فهو أبلغ مني فيه. وقال القاضي: عليها حد لقذفها، ولا حد عليه لتصديقها إياه، وقد أتت بصريح قذفه بالزنا، فوجب عليها الحد، كما لو قالت: أنت زان. والاحتمال مع التصريح بالقذف، لا يمنع الحد، كما لو قالت: أنت زان.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٢/٨

فأما إن قال: يا زانية. فقالت: بل أنت زان. فكل واحد منهما قاذف لصاحبه، عليه حد القذف؛ إلا أن المرأة لا تملك إسقاط حدها إلا بالبينة، والزوج يملك إسقاطه ببينة أو لعان.." (١)

"[كتاب العدد]

الأصل في وجوب العدة: الكتاب والسنة والإجماع؛ أما الكتاب فقول الله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] وقوله سبحانه: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] وقوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾ [البقرة: ٢٣٤] . وأما السنة، فقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج، أربعة أشهر وعشرا» . «وقال لفاطمة بنت قيس: اعتدي في بيت ابن أم مكتوم» في آي وأحاديث كثيرة. وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواع منها.

وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها؛ لقول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا﴾ [الأحزاب: ٤٩] ولأن العدة تجب لبراءة الرحم، وقد تيقناها هاهنا. وهكذا كل فرقة في الحياة، كالفسخ لرضاع، أو عيب، أو عتق، أو لعان، أو اختلاف دين.

[فصل تجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم]

(٦٢٩٨) فصل: وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم. وقال أبو حنيفة: إن لم تكن من دينهم، لم تلزمها؛ لأنهم لا يخاطبون بفروع الدين. **ولنا** عموم الآيات، ولأنها بائن بعد الدخول، أشبه المسلمة. وعدتها كعدة المسلمة، في قول علماء الأمصار؛ منهم مالك، والثوري، والشافعي، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي ومن تبعهم، إلا ما روي عن مالك، أنه قال: تعتد من الوفاة بحيضة. **ولنا** عموم قول الله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾ [البقرة: ٢٣٤] ولأنها معتدة من الوفاة، أشبهت المسلمة.." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٥/٨

(٢) المغني لابن قدامة ٩٦/٨

"ولنا قول الله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . ولأنها فرقة بعد الدخول في الحياة، فكانت ثلاثة قروء، كغير الخلع، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «قرء الأمة حيضتان» . عام، وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا، قال أبو بكر: هو ضعيف مرسل وقول عثمان وابن عباس، قد خالفه قول عمر وعلي، فإنهما قالا: عدتها ثلاث حيض. وقولهما أولى. وأما ابن عمر، فقد روى مالك، عن نافع، أنه قال: عدة المختلعة عدة مطلقة. وهو أصح عنه.

[فصل الموطوءة بشبهة]

(٦٣٠١) فصل: والموطوءة بشبهة تعتد عدة المطلقة، وكذلك الموطوءة في نكاح فاسد. وبهذا قال الشافعي؛ لأن وطء الشبهة في النكاح الفاسد، في شغل الرحم ولحوق النسب، كالوطء في النكاح الصحيح، فكان مثله فيما تحصل به البراءة. وإن وطئت المزوجة بشبهة، لم يحل لزوجها وطؤها قبل انقضاء عدتها، كي لا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب، وله الاستمتاع منها بما دون الفرج، في أحد الوجهين؛ لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج، فأبيح الاستمتاع منها بما دونه، كالحائض.

[فصل المزني بها كالموطوءة بشبهة في العدة]

(٦٣٠٢) فصل: والمزني بها، كالموطوءة بشبهة في العدة. وبهذا قال الحسن، والنخعي. وعن أحمد رواية أخرى، أنها تستبرأ بحيضة ذكرها ابن أبي موسى. وهذا قول مالك، وروي عن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - لا عدة عليها. وهو قول الثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لأن العدة لحفظ النسب، ولا يلحقه نسب. وقد روي عن علي - رضي الله عنه - ما يدل على ذلك. ولنا أنه وطء يقتضي شغل الرحم، فوجبت العدة منه، كوطء الشبهة.

وأما وجوبها كعدة المطلقة، فلأنها حرة فوجب استبراؤها بعدة كاملة، كالموطوءة بشبهة. وقولهم: إنما تجب لحفظ النسب. لا يصح، فإنها لو اختصت بذلك، لما وجبت على الملاعنة المنفي ولدها، والآيسة، والصغيرة، ولما وجب استبراء الأمة التي لا يلحق ولدها بالبائع، ولو وجبت لذلك، لكان استبراء الأمه على البائع، ثم لو ثبت أنها وجبت لذلك، فالحاجة إليها داعية؛ فإن المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد، اشتبه ولد الزوج بالولد من الزنا، فلا يحصل حفظ النسب.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٨/٨

"[مسألة طلق الرجل زوجته وقد خلا بها] [الفصل الأول العدة تجب على كل من خلا بها زوجها وإن لم يمسها]

(٦٣٠٣) مسألة قال – رحمه الله تعالى –: (وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا بها، فعدتها ثلاث حيض غير الحيضة التي طلقها فيها) في هذه المسألة ثلاثة فصول: (٦٣٠٤) الفصل الأول: أن العدة تجب على كل من خلا بها زوجها، وإن لم يمسها. ولا خلاف بين أهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس، فأما إن خلا بها ولم يصبها، ثم طلقها، فإن مذهب أحمد وجوب العدة عليها. وروي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد، وابن عمر. وبه قال عروة، وعلي بن الحسين، وعطاء، والزهري، والثوري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، والشافعي في قديم قوليه.

وقال الشافعي في الجديد: لا عدة عليها؛ وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب: ٤٩] وهذا نص، ولأنها مطلقة لم تمس، فأشبهت من لم يخل بها. **ولنا** إجماع الصحابة، روى الإمام أحمد، الأثرم، بإسنادهما عن زرارة بن أوفى، قال: قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى سترا، أو أغلق بابا، فقد وجب المهر، ووجبت العدة. ورواه الأثرم أيضا عن الأحنف، عن عمر وعلي، وعن سعيد بن المسيب، عن عمر وزيد بن ثابت. وهذه قضايا اشتهرت، فلم تنكر، فصارت إجماعا. وضعف أحمد ما روي في خلاف ذلك، وقد ذكرناه في كتاب الصداق.

ولأنه عقد على المنافع، والتمكين فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة، كعقد الإجارة، والآية مخصوصة بما ذكرناه، ولا يصح القياس على من لم يخل بها؛ لأنه لم يوجد منها التمكين.

[فصل لا فرق بين أن يخلو الرجل بمطلقته مع المانع من الوطء أو مع عدمه]

(٦٣٠٥) فصل: وظاهر كلام الخرقي، أنه لا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء، أو مع عدمه، سواء كان المانع حقيقيا، كالجب والعنة والفتق والرتق، أو شرعيا كالصوم والإحرام والحيض والنفاس والظهار؛ لأن الحكم علق هاهنا على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها، ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل، لحقه نسبه، وإن لم يطأ. وقد روي عن أحمد، أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٩٩

"واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد، فروي أنها الحيض. روي ذلك عن عمر، وعلي، وابن عباس، وسعيد بن المسيب، والثوري، والأوزاعي، والعنبري، وإسحاق وأبي عبيد، وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن أبي بكر الصديق، وعثمان بن عفان – رضي الله عنهما – وأبي موسى، وعبادة بن الصامت، وأبي الدرداء. قال القاضي: الصحيح عن أحمد، أن الأقراء الحيض.

وإليه ذهب أصحابنا، ورجع عن قوله بالأطهار، فقال: في رواية النيسابوري: كنت أقول: إنه الأطهار، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقراء الحيض. وقال في رواية الأثرم: كنت أقول الأطهار، ثم وقفت لقول الأكابر. والرواية الثانية عن أحمد، أن القروء الأطهار. وهو قول زيد، وابن عمر، وعائشة، وسليمان بن يسار، والقاسم بن محمد، وسالم بن عبد الله، وأبان بن عثمان، وعمر بن عبد العزيز، والزهري ومالك، والشافعي، وأبي ثور. وقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ما أدركت أحدا من فقهائنا إلا وهو يقول ذلك. قال ابن عبد البر: رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار، قال في رواية الأثرم: رأيت الأحاديث عمن قال: القروء الحيض.

تختلف، والأحاديث عمن قال: إنه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة. أحاديثها صحاح وقوية. واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] . أي في عدتهن. كقوله تعالى: ﴿ونضع الموازين القسط ليوم القيامة﴾ [الأنبياء: ٤٧] /أي: في يوم القيامة. وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض. ويدل عليه قول النبي – صلى الله عليه وسلم – في حديث ابن عمر: مره «فليراجعها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر، فإن شاء طلق، وإن شاء أمسك، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء» . متفق عليه. وفي رواية ابن عمر: (فطلقوهن في قبل عدتهن) .

ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح، فوجب أن يعتبر عقيب الطلاق، وكعدة الآيسة والصغيرة ولنا قول الله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] . فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر، فدل ذلك على أن الأصل الحيض، كما قال تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا﴾ [المائدة: ٦] . الآية، ولأن المعهود في لسان الشرع استعمال القرء بمعنى الحيض، قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «تدع الصلاة أيام أقرائها.» رواه أبو داود.

وقال لفاطمة بنت أبي حبيش: «انظري، فإذا أتى قرؤك، فلا تصلي، وإذا مر قرؤك، فتطهري، ثم صلي ما بين القرء إلى القرء» رواه النسائي. ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع، فوجب أن يحمل

كلامه على المعهود في لسانه. وروي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «طلاق الأمة طلقتان، وقرؤها حيضتان» .." (١)

"في الطهر، لم يحتسب ببقيته؛ لأنه زمن حرم فيه الطلاق، فلم يحتسب به من العدة، كزمن الحيض.

ولنا أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل العدة عليها، فلو لم يحتسب ببقية الطهر قرءا، كان الطلاق في الطهر أضر بها، وأطول عليها، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح؛ لأن تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته، فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق، فتصير العلة معلولا، وإنما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه، لكونها مرتابة، ولكونه لا يأمن الندم بظهور حملها، فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر، فإن الطلاق يقع في أول الحيضة، ويكون محرما، ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها، وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض بعدها، أو ثلاثة أطهار، على الرواية الأخرى.

ولو قال لها: أنت طالق في آخر طهرك. أو في آخر جزء من طهرك. أو انقضت حروف الإيقاع، ولم يبق من الطهر إلا زمن الوقوع، فإنها لا تحتسب بالطهر الذي وقع فيه الطلاق؛ لأن العدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق، وليس بعده طهر تعتد به، ولا يجوز الاعتداد بما قبله. ولا بما قاربه، ومن جعل القرء الحيض، اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق؛ لأنها حيضة كاملة، لم يقع فيها طلاق، فوجب أن تعتد بها قرءا. وإن اختلفا، فقال الزوج: وقع الطلاق في أول الحيض. وقالت: بل في آخر الطهر. أو قال: انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر. وقالت: بل قد بقي منه بقية. فالقول قولها؛ لأن قولها مقبول في الحيض، وفي انقضاء العدة.

[مسألة اغتسلت من الحيضة الثالثة في العدة أبيحت للأزواج]

(٦٣٠٨) مسألة: قال: (فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة، أبيحت للأزواج) حكى أبو عبد الله بن حامد، في هذه المسألة روايتين: إحداهما، أنها في العدة ما لم تغتسل، فيباح لزوجها ارتجاعها، ولا يحل لغيره نكاحها. قال أحمد عمر وعلي وابن مسعود يقولون: قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة. وروي ذلك عن سعيد بن المسيب والثوري وإسحاق. وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء – رضي الله عنهم – قال شريك له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة. قال أبو بكر

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠١/٨

وروي عن أبي عبد الله أنها في عدتها، ولزوجها رجعتها حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها. وهذا قول الثوري وبه قال أبو حنيفة إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض.

فإن انقطع لأكثره، انقضت العدة بانقطاعه. ووجه اعتبار الغسل قول الأكابر من الصحابة، ولا مخالف لهم في عصرهم، فيكون إجماعا. ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض، فأشبهت الحائض." (١)

"وهذا قول جابر بن زيد وعطاء وطاوس والشعبي والنخعي والزهري وأبي الزناد والثوري وأبي عبيد وأهل العراق؛ لأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس، فلم يجز قبله، وهذه ليست آيسة، ولأنها ترجو عود الدم، فلم تعتد بالشهور، كما لو تباعد حيضها لعارض **ولنا** الإجماع الذي حكاه الشافعي، ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها، وهذا تحصل به براءة رحمها، فاكتفي به، ولهذا اكتفي في حق ذات القرء بثلاثة قروء، وفي حق الآيسة بثلاثة أشهر، ولو روعي اليقين، لاعتبر أقصى مدة الحمل، ولأن عليها في تطويل العدة ضررا، فإنها تمنع من الأزواج، وتحبس دائما، ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه. وقد قال ابن عباس: لا تطولوا عليها الشقة، كفاها تسعة أشهر.

فإن قيل: فإذا مضت تسعة أشهر، فقد علم براءة رحمها ظاهرا، فلم اعتبرتم ثلاثة أشهر بعدها؟ قلنا: الاعتداد بالقروء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل، وقد تجب العدة مع العلم ببراءة الرحم، بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل، فوضعته، وقع الطلاق، ولزمتها العدة.

[فصل عاد الحيض إليها في السنة ولو في آخرها]

(٦٣٢٠) فصل: فإن عاد الحيض إليها في السنة، ولو في آخرها، لزمها الانتقال إلى القروء؛ لأنها الأصل، فبطل بها حكم البدل. وإن عاد بعد مضيها ونكاحها، لم تعد إلى القروء؛ لأن عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها، فلم تبطل، كما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر، وتزوجت، ثم حاضت. وإن حاضت بعد السنة، وقبل نكاحها، ففيه وجهان: أحدهما، لا تعود؛ لأن العدة انقضت بالشهور، فلم تعد، كالصغيرة. والثاني، تعود؛ لأنها من ذوات القروء، وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها، فلزمها العود، كما لو حاضت في السنة.

[مسألة عدة الأمة إذا وجد حمل أو لم يوجد]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٣/٨

(٦٣٢١) مسألة قال: وإن كانت أمة، اعتدت بأحد عشر شهرا، تسعة أشهر للحمل، وشهران للعدة هذه المسألة مبنية على أصلين: أحدهما، أن الحرة تعتد بسنة إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه. الثاني أن عدة الأمة الآيسة شهران، فتتربص تسعة أشهر؛ لأن مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والأمة، لكونه أمرا حقيقيا، فإذا يئست من الحمل، اعتدت عدة الآيسة شهرين. وعلى الرواية التي جعل عدتها شهرا ونصفا، تكون عدتها عشرة أشهر ونصفا. ومن جعلها ثلاثة أشهر، فعدتها سنة كالحرة.." (١)

"الدخول، فليس عليها عدة لموته، وقال القاضي: عليهن عدة الوفاة إذا قلنا: يرثنه. لأنهن يرثنه بالزوجية، فتجب عليهن عدة الوفاة، كما لو مات بعد الدخول وقبل قضاء العدة. ورواه أبو طالب عن أحمد، في التي انقضت عدتها. وذكر ابن أبي موسى فيها روايتين.

والصحيح أنها لا عدة عليها؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها﴾ [الأحزاب: ٤٩] . وقال ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] . وقال: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق: ٤] فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم، ولأنها أجنبية تحل للأزواج، ويحل للمطلق نكاح أختها وأربع سواها، فلم تجب عليها عدة لموته، كما لو تزوجت، وتخالف التي مات في عدتها، فإنها لا تحل لغيره في هذه الحال، ولم تنقض عدتها، ولا نسلم أنها ترثه، فإنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثماني زوجات.

فأما إن تزوجت إحدى هؤلاء، فلا عدة عليها، بغير خلاف نعلمه، ولا ترثه أيضا. وإن كانت المطلقة البائن لا ترث، كالأمة أو الحرة يطلقها العبد، أو الذمية يطلقها المسلم، والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها، لم تلزمها عدة، سواء مات زوجها في عدتها أو بعدها، على قياس قول أصحابنا، فهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها وهذه ليست وارثة، فأشبهت المطلقة في الصحة، وأما المطلقة في الصحة إذا كانت بائنا، فمات زوجها، فإنها تبني على عدة الطلاق، ولا تعتد للوفاة. وهذا قول مالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وابن المنذر وقال الثوري وأبو حنيفة عليها أطول الأجلين، كما لو طلقها في مرض موته. **ولنا** قوله سبحانه ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨] ولأنها أجنبية منه في نكاحه، وميراثه، والحل له ووقوع طلاقه، وظهاره، وتحل له أختها و أربع سواها، فلم تعتد لوفاته كما لو انقضت عدتها.

وذكر القاضي، في المطلقة في المرض، أنها إذا كانت حاملا، تعتد أطول الأجلين. وليس هذا بشيء؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١١٠

وضع الحمل تنقضي به كل عدة، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل، على ما سنذكره في المسألة التي تلي هذه إن شاء الله تعالى.

[مسألة طلقها أو مات عنها وهي حامل]

(٦٣٣٣) مسألة قال: ولو طلقها، أو مات عنها، وهي حامل منه، لم تنقض عدتها إلا بوضع الحمل، أمة كانت أو حرة أجمع أهل العلم في جميع الأعصار، على أن المطلقة الحامل تنقضي عدتها بوضع حملها. وكذلك كل." (١)

"[فصل أقل مدة الحمل]

(٦٣٣٦) فصل: وأقل مدة الحمل ستة أشهر؛ لما روى الأثرم، بإسناده عن أبي الأسود، أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر، فهم عمر برجمها، فقال له علي: ليس لك ذلك. قال الله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقال تعالى: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾ [الأحقاف: ١٥] فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرا، لا رجم عليها. فخلى عمر سبيلها، وولدت مرة أخرى لذلك الحد ورواه الأثرم أيضا عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك. قال عاصم الأحول: فقلت لعكرمة إنا بلغنا أن عليا قال هذا. فقال عكرمة لا، ما قال هذا إلا ابن عباس وذكر ابن قتيبة، في " المعارف " أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر. وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وغيرهم.

[مسألة أقصى مدة الحمل أربع سنين]

(٦٣٣٧) مسألة قال: (ولو طلقها، أو مات عنها، فلم تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو موته بأربع سنين، لحقه الولد، وانقضت عدتها به) ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين. وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك. وروي عن أحمد أن أقصى مدته سنتان. وروي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة؛ لما روت جميلة بنت سعد، عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل، ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق، ولا توقيف هاهنا ولا اتفاق، إنما هو على ما ذكرنا، وقد وجد ذلك، فإن الضحاك بن مزاحم، وهرم بن حيان حملت أم كل واحد منهما به سنتين، وقال الليث أقصاه ثلاث سنين. حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين.

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٧/٨

وقال عباد بن العوام: خمس سنين. وعن الزهري قال: قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين. وقال أبو عبيد: ليس لأقصاه وقت يوقف عليه. **ولنا** أن ما لا نص فيه، يرجع فيه إلى الوجود، وقد وجد الحمل لأربع سنين، فروى الوليد بن مسلم قال: قلت لمالك بن أنس: حديث جميلة بنت سعد، عن عائشة: لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل. قال مالك: سبحان الله، من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد. وقال الشافعي بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين.

وقال أحمد نساء بني عجلان يحملن أربع سنين وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون، كل دفعة أربع سنين. وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسن بن علي في بطن أمه أربع سنين. وهكذا إبراهيم بن نجيح العقيلي، حكى ذلك أبو الخطاب وإذا تقرر." (١)

"أن يكون منه بعد اجتماعهما بمدة الحمل، فإنه لا يلحقه نسبه، ولا تنقضي العدة بوضعه.

[مسألة طلقها أو مات عنها فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها]

(٦٣٤١) مسألة قال: (ولو طلقها، أو مات عنها، فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها، فرق بينهما، وبنت على ما مضى من عدة الأول، ثم استقبلت العدة من الثاني) وجملة الأمر أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها، إجماعا، أي عدة كانت؛ لقول الله تعالى: ﴿ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ [البقرة: ٢٣٥] . ولأن العدة إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه، وامتزاج الأنساب. وإن تزوجت، فالنكاح باطل؛ لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول، فكان نكاحا باطلا، كما لو تزوجت وهي في نكاحه، ويجب أن يفرق بينه وبينها، فإن لم يدخل بها فالعدة بحالها، ولا تنقطع بالعقد الثاني؛ لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشا، ولا يستحق عليه بالعقد شيء، وتسقط سكناها ونفقتها عن الزوج الأول؛ لأنها ناشز، وإن وطئها، انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله.

وقال أبو حنيفة لا تنقطع؛ لأن كونها فراشا لغير من له العدة لا يمنعها، كما لو وطئت بشبهة وهي زوجة، فإنها تعتد، وإن كانت فراشا للزوج. وقال القاضي: إن وطئها عالما بأنها معتدة، وأنها تحرم، فهو زان، فلا تنقطع العدة بوطئه؛ لأنها لا تصير به فراشا، ولا يلحق به نسب، وإن كان جاهلا أنها معتدة، أو بالتحريم، انقطعت العدة بالوطء؛ لأنها تصير به فراشا، والعدة تراد للاستبراء، وكونها فراشا ينافي ذلك، فوجب أن يقطعها، فأما طريانه عليها، فلا يجوز. **ولنا** أن هذا وطء بشبهة نكاح، فتنقطع به العدة، كما لو جهل.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢١/٨

وقولهم: إنها لا تصير به فراشا. قلنا: لكنه لا يلحق نسب الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول، فهما شيئان.

إذا ثبت هذا، فعليه فراقها، فإن لم يفعل، وجب التفريق بينهما، فإن فارقها أو فرق بينهما، وجب عليها أن تكمل عدة الأول؛ لأن حقه أسبق، وعدته وجبت عن وطء في نكاح صحيح، فإذا أكملت عدة الأول، وجب عليها أن تعتد من الثاني، ولا تتداخل العدتان؛ لأنهما من رجلين. وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة يتداخلان، فتأتي بثلاثة قروء بعد مفارقة الثاني، تكون عن بقية عدة الأول وعدة الثاني؛ لأن القصد معرفة براءة الرحم، وهذا تحصل به براءة الرحم منهما جميعا **ولنا** ما روى مالك عن ابن شهاب، عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفي، فطلقها، ونكحها غيره في عدتها، فضربها عمر بن الخطاب وضرب زوجها ضربات." (١)

"بمخفقة، وفرق بينهما. ثم قال: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، وكان خاطبا من الخطاب، وإن كان دخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ولا ينكحها أبدا.

وروى، بإسناده عن علي أنه قضى في التي تزوج في عدتها، أنه يفرق بينهما، ولها الصداق بما استحل من فرجها، وتكمل ما أفسدت من عدة الأول، وتعتد من الآخر وهذان قولا سيدين من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف، ولأنهما حقان مقصودان لآدميين، فلم يتداخلا، كالدينين واليمينين، ولأنه حبس يستحقه الرجال على النساء، فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجة.

[مسألة للزوج الثاني أن يتزوجها بعد قضاء العدتين]

(٦٣٤٢) مسألة قال: وله أن ينكحها بعد انقضاء العدتين يعني للزوج الثاني أن يتزوجها بعد قضاء العدتين. فأما الزوج الأول، فإن كان طلاقه ثلاثا، لم تحل له بهذا النكاح وإن وطئ فيه؛ لأنه نكاح باطل، وإن كان طلاقه دون الثلاث، فله نكاحها أيضا بعد العدتين. وإن كانت رجعية، فله رجعتها في عدتها منه. وعن أحمد رواية أخرى، أنها تحرم على الزوج الثاني على التأبيد. وهو قول مالك وقديم قولي الشافعي لقول عمر لا ينكحها أبدا. ولأنه استعجل الحق قبل وقته فحرمه في وقته، كالوارث إذا قتل موروثه، ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد، كاللعان.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٤/٨

وقال الشافعي في الجديد: له نكاحها بعد قضاء عدة الأول، ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه؛ ولأنه وطء يلحق به النسب، فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه، كالوطء في النكاح، ولأن العدة إنما شرعت حفظا للنسب، وصيانة للماء، والنسب، لاحق به هاهنا، فأشبه ما لو خالعها ثم نكحها في عدتها، وهذا حسن موافق للنظر. **ولنا** على إباحتها بعد العدتين، أنه لا يخلو؛ إما أن يكون تحريمها ب العقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما، وجميع ذلك لا يقتضي التحريم، بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها، ولأنه لو زنى بها، لم تحرم عليه على التأبيد، فهذا أولى، ولأن آيات الإباحة عامة، كقوله تعالى ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] وقوله ﴿والمحصنات من المؤمنات﴾ [المائدة: ٥] .
فلا يجوز تخصيصها بغير دليل، وما روي عن عمر في تحريمها، فقد خالفه علي فيه، وروي عن عمر، أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي، فإن عليا قال: إذا انقضت عدتها، فهو خاطب من الخطاب. فقال عمر ردوا الجهالات إلى السنة. ورجع إلى قول علي.." (١)

"الفرض بيقين.
فأما الولد، فقال أبو بكر: يضيع نسبه؛ لأنه لا دليل على نسبته إلى واحد منهما، فأشبه ما لو كان مجنونا، لم ينتسب إلى واحد منهما. وقال أبو عبد الله بن حامد: يترك حتى يبلغ، فينتسب إلى أحدهما، وإن ألحقته القافة بهما، لحق بهما. ومقتضى المذهب أن تنقضي عدتها به منهما جميعا؛ لأن نسبه ثبت منهما، كما تنقضي عدتها به من الواحد الذي يثبت نسبه منهما. وإن نفته القافة عنهما، فحكمه حكم ما لو أشكل أمره، وتعتد بعد وضعه بثلاث قروء، ولا ينتفي عنهما بقول القافة؛ لأن عمل القافة في ترجيح أحد صاحبي الفراش، لا في النفي عن الفراش كله، ولهذا لو كان صاحب الفراش واحدا فنفته القافة عنه، لم ينتف عنه بقولها.
فأما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني، ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول، لم يلحق بواحد منهما، ولا تنقضي به عدتها منه؛ لأننا نعلم أنه من وطء آخر، فتنقضي به عدتها من ذلك الوطء، ثم تتم عدة الأول، وتستأنف عدة الثاني؛ لأنه قد وجد ما يقتضي عدة ثالثة، وهو الوطء الذي حملت منه، فتجب عليها عدتان، وإتمام العدة الأولى.

[فصل تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة]

---
(١) المغني لابن قدامة ١٢٥/٨

(٦٣٤٥) فصل: وإذا تزوج معتدة، وهما عالمان بالعدة، وتحريم النكاح فيها، ووطئها، فهما زانيان، عليهما حد الزنا، ولا مهر لها، ولا يلحقه النسب. وإن كانا جاهلين بالعدة، أو بالتحريم، ثبت النسب، وانتفى الحد، ووجب المهر. وإن علم هو دونها، فعليه الحد والمهر، ولا نسب له. وإن علمت هي دونه، فعليها الحد، ولا مهر لها، والنسب لاحق به. وإنما كان كذلك؛ لأن هذا نكاح متفق على بطلانه، فأشبه نكاح ذوات محارمه.

[فصل خالع الرجل زوجته أو فسخ نكاحه]

(٦٣٤٦) فصل: وإذا خالع الرجل زوجته، أو فسخ نكاحه، فله أن يتزوجها في عدتها. في قول جمهور الفقهاء. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، والزهري، والحسن، وقتادة، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وشذ بعض المتأخرين، فقال: لا يحل له نكاحها، ولا خطبتها؛ لأنها معتدة. **ولنا**، أن العدة لحفظ نسبه، وصيانة مائه، ولا يصان ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح، فإذا تزوجها، انقطعت العدة؛ لأن المرأة تصير فراشا له بعقده، ولا يجوز أن تكون زوجته معتدة.

فإن وطئها، ثم طلقها، لزمتها عدة مستأنفة، ولا شيء عليها من الأولى؛ لأنها قد انقطعت وارتفعت. وإن طلقها قبل أن يمسها، فهل تستأنف العدة، أو تبني على ما مضى؟ قال القاضي: فيه روايتان: إحداهما،." (١)

"[فصل تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها]

(٦٣٤٩) فصل: إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره، فمات ولدها، فإن أحمد قال: يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة. وهذا يروى عن علي بن أبي طالب، والحسن ابنه، ونحوه عن عمر بن الخطاب، وعن الحسين بن علي، والصعب بن جثامة. وبه قال عطاء، وعمر بن عبد العزيز، والنخعي، ومالك، وإسحاق، وأبو عبيد.

قال عمر بن عبد العزيز: لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا؟ وإنما قالوا ذلك؛ لأنها إن كانت حاملا حين موته، ورثه حملها، وإن حدث الحمل بعد الموت، لم يرثه. فإن كان للميت ولد أو أب أو جد، لم يحتج إلى استبرائها؛ لأن الحمل لا ميراث له، وإن كانت حاملا قد تبين حملها، لم يحتج إلى استبرائها؛ لأن الحمل معلوم، وإن كانت آيسة، لم يحتج إلى استبرائها؛ لليأس من حملها، وإن كانت ممن يمكن حملها،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٧/٨

ولم يبن بها حمل، ولم يعتزلها زوجها، فأتت بولد قبل ستة أشهر، ورث، وإن أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها، لم يرث، لأنا لا نتيقن وجوده حال موته. هذا يروى عن سفيان. وهو قياس قول الشافعي.

[فصل أحكام عدة زوجة المفقود]

(٦٣٥٠) فصل: في أحكام المفقود.

إذا غاب الرجل عن امرأته، لم يخل من حالين: أحدهما، أن تكون غيبة غير منقطعة، يعرف خبره، ويأتي كتابه، فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين، إلا أن يتعذر الإنفاق عليها من ماله، فلها أن تطلب فسخ النكاح، فيفسخ نكاحه. وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته. وهذا قول النخعي، والزهري، ويحيى الأنصاري، ومكحول، والشافعي، وأبي عبيد، وأبي ثور، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وإن أبق العبد، فزوجته على الزوجية، حتى تعلم موته أو ردته. وبه قال الأوزاعي، والثوري، والشافعي، وإسحاق

وقال الحسن: إباقه طلاقه. **ولنا** أنه ليس بمفقود، فلم ينفسخ نكاحه، كالحر، ومن تعذر الإنفاق من ماله على زوجته، فحكمها في الفسخ حكم ما ذكرنا، إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده، أو في كسبه، فيعتبر تعذر الإنفاق من محل الوجوب. الحال الثاني، أن يفقد، وينقطع خبره، ولا يعلم له موضع، فهذا ينقسم قسمين: أحدهما، أن يكون ظاهر غيبته السلامة، كسفر التجارة في غير مهلكة، وإباق العبد، وطلب العلم والسياحة، فلا تزول الزوجية أيضا، ما لم يثبت موته.

وروي ذلك عن علي. وإليه ذهب ابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي في الجديد. وروي ذلك عن أبي قلابة، والنخعي، وأبي عبيد.." (١)

"تزوجت. وقد ارتبت فيها، وهبت الجواب فيها، لما اختلف الناس فيها، فكأني أحب السلامة. وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله، وتربص أبدا، ويحتمل التورع، ويكون المذهب ما قاله أولا.

قال القاضي: أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة، وعندي أن المسألة على روايتين. وقال أبو بكر: الذي أقول به - إن صح الاختلاف في المسألة - أن لا يحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال، وإن ثبت الإجماع، فالحكم فيه على ما نص عليه. وظاهر المذهب على ما حكيناه أولا. نقله عن أحمد

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٣٠

الجماعة، وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع، على ما حكيناه من رواية الأثرم. وقال أبو قلابة، والنخعي، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأصحاب الرأي، والشافعي في الجديد: لا تتزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه؛ لما روى المغيرة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «امرأة المفقود امرأته، حتى يأتيها الخبر» .

. وروى الحكم وحماد عن علي: لا تتزوج امرأة المفقود، حتى يأتي موته أو طلاقه. لأنه شك في زوال الزوجية، فلم تثبت به الفرقة، كما لو كان ظاهر غيبته السلامة. **ولنا**، ما روى الأثرم. والجوزجاني، بإسنادهما عن عبيد بن عمير، قال: فقد رجل في عهد عمر، فجاءت امرأته إلى عمر، فذكرت ذلك له، فقال: انطلقي، فتربصي أربع سنين. ففعلت، ثم أتته، فقال: انطلقي، فاعتدي أربعة أشهر وعشرا. ففعلت، ثم أتته، فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فجاء وليه، فقال: طلقها. ففعل، فقال لها عمر: انطلقي، فتزوجي من شئت. فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول، فقال له عمر: أين كنت؟ قال: يا أمير المؤمنين، استهوتني الشياطين، فوالله ما أدري في أي أرض الله، كنت؟ عند قوم يستعبدونني، حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون، فكنت في ما غنموه، فقالوا لي: أنت رجل من الإنس، وهؤلاء من الجن، فما لك وما لهم؟ فأخبرتهم خبري، فقالوا: بأي أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت: المدينة هي أرضي. فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة. فخيره عمر؛ إن شاء امرأته، وإن شاء الصداق، فاختار الصداق، وقال: قد حبلت، لا حاجة لي فيها.

قال أحمد: يروى عن عمر، من ثلاثة وجوه، ولم يعرف في الصحابة له مخالف. وروى الجوزجاني وغيره، بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود: تعتد أربع سنين، ثم يطلقها ولي زوجها، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا، فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك، خير بين الصداق وبين امرأته. وقضى به عثمان أيضا، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم. وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر، فكانت إجماعا.." (١)

"لموروثه، فبان موروثه ميتا والعين مملوكة له بالإرث، هل يصح البيع؟ فيه وجهان. كذا هاهنا. ومذهب الشافعي مثل هذا.

ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع من النكاح فيها، فلم يصح، كما لو تزوجت المعتدة في عدتها، أو المرتابة قبل زوال ريبتها.

[فصل متى يقسم مال المفقود]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٢/٨

(٦٣٥٨) فصل: ويقسم مال المفقود في الوقت الذي تؤمر زوجته بعدة الوفاة فيه. وبهذا قال قتادة. وقال الشافعي، ومالك، وأصحاب الرأي، وابن المنذر لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته؛ لأن الأصل البقاء، فلا يزول عنه بالشك، وإنما صرنا إلى إباحة التزويج لامرأته، لإجماع الصحابة،، ولأن بالمرأة حاجة إلى النكاح، وضررا في الانتظار، فاختص ذلك بها.

ولنا أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله، كمن قامت البينة بموته وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه، وتأخير القسمة ضرر بالورثة، وتعطيل لمنافع المال، وربما تلف أو قلت قيمته، فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج.

[فصل تصرف الزوج المفقود في زوجته بطلاق أو ظهار أو إيلاء أو قذف]

(٦٣٥٩) فصل: وإن تصرف الزوج المفقود في زوجته، بطلاق، أو ظهار، أو إيلاء، أو قذف، صح تصرفه؛ لأن نكاحه باق، ولهذا خير في أخذها، وإنما حكمنا بإباحة تزويجها؛ لأن الظاهر موته، فلا يبطل في الباطن، كما لو شهدت بموته بينة كاذبة.

[فصل عدة الأمة التي فقدت زوجها]

(٦٣٦٠) فصل: وإذا فقدت الأمة زوجها، تربصت أربع سنين، ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام. وهذا اختيار أبي بكر. وقال القاضي: تتربص نصف تربص الحرة. ورواه أبو طالب عن أحمد. وهو قول الأوزاعي والليث؛ لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها، فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة، كالعدة. **ولنا** أن الأربع سنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل، ومدة الحمل في الحرة والأمة سواء، فاستويا في التربص لها، كالتسعة الأشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه، وكالحمل نفسه، وبهذا ينتقض قياسهم.

فأما العبد، فإن كانت زوجته حرة، فتربصها كتربص الحرة تحت الحر، وإن كانت أمة، فهي كالأمة تحت الحر؛ لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال، وكذلك مدة التربص. وحكي عن الزهري، ومالك، أنه يضرب له نصف أجل الحر. والأولى ما قلناه؛ لأنه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها، فأشبه العدة.." [١]

"[فصل عدة المعتق بعضها]

(٦٣٦٣) فصل: في عدة المعتق بعضها. ومتى كانت معتدة بالحمل أو بالقروء، فعدتها كعدة الحرة؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٨/٨

عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية، وعدة الأمة بالقروء قرءان، فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءا ثالثا، لأنه لا يتبعض. وإن كانت معتدة بالشهور؛ إما للوفاة، وإما للإياس أو الصغر، فعدتها بالحساب من عدة حرة وأمة، فإذا كان نصفها حرا، فاعتدت للوفاة، فعليها ثلاثة أشهر وثمان ليال؛ لأن الليل يحسب مع النهار، فيكون عليها ثلاثة أرباع ذلك، وإن كانت معتدة بالشهور عن الطلاق، وقلنا: إن عدة الأمة شهر ونصف. كان عدة المعتق نصفها شهرين وربعا. وإن قلنا: عدة الأمة شهران أو ثلاثة أشهر. فعدة المعتق بعضها، كعدة الحرة، سواء. وأم الولد، والمدبرة، والمكاتبة، عدتهن كعدة الأمة، سواء؛ لأنهن إماء.

[مسألة أم الولد إذا مات سيدها]

(٦٣٦٤) مسألة قال: (وأم الولد إذا مات سيدها، فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة) هذا المشهور عن أحمد. وهو قول ابن عمر. وروي ذلك عن عثمان، وعائشة، والحسن، والشعبي، والقاسم بن محمد، وأبي قلابة، ومكحول، ومالك، والشافعي، وأبي عبيد، وأبي ثور. وروي عن أحمد، أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا. وهو قول سعيد بن المسيب، وأبي عياض، وابن سيرين، وسعيد بن جبير، ومجاهد، وخلاس بن عمرو، وعمر بن عبد العزيز، والزهري، ويزيد بن عبد الملك، والأوزاعي، وإسحاق؛ لما روي عن عمرو بن العاص، أنه قال: لا تفسدوا علينا سنة نبينا - صلى الله عليه وسلم - عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشر. رواه أبو داود.

ولأنها حرة تعتد للوفاة، فكانت عدتها أربعة أشهر وعشرا، كالزوجة الحرة. وحكى أبو الخطاب، رواية ثالثة، أنها تعتد شهرين وخمسة أيام. ولم أجد هذه الرواية عن أحمد، في (الجامع) ، ولا أظنها صحيحة عن أحمد. وروي ذلك عن عطاء، وطاوس، وقتادة؛ ولأنها حين الموت أمة، فكانت عدتها عدة الأمة، كما لو مات رجل عن زوجته الأمة، فعتقت بعد موته ويروى عن علي، وابن مسعود، وعطاء، والنخعي، والثوري، وأصحاب الرأي، أن عدتها ثلاث حيض؛ لأنها حرة تستبرأ، فكان استبراؤها بثلاث حيض، كالحرة المطلقة

ولنا أنه استبراء لزوال الملك عن الرقبة، فكان حيضة في حق من تحيض، كسائر استبراء المعتقات والمملوكات، ولأنه استبراء لغير الزوجات والموطوآت بشبهة، فأشبه ما ذكرنا.

قال القاسم بن محمد: سبحان الله، يقول الله تعالى في كتابه: ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا﴾ [البقرة: ٢٣٤] . ما هن." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٤٠

"ولنا أنهما حقان مقصودان لآدميين، فلم يتداخلا، كالعدتين، ولأنهما استبراءان من رجلين، فأشبها العدتين، وما ذكروه يبطل بالعدتين من رجلين.

[مسألة ملك أمة يجب استبرائها أولا]

(٦٣٧٩) مسألة قال: (ومن ملك أمة، لم يصبها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة، إن كانت ممن تحيض، أو بوضع الحمل، إن كانت حاملا، أو بمضي ثلاثة أشهر، إن كانت من الآيسات أو من اللائي لم يحضن) وجملته، أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك؛ كالبيع، والهبة، والإرث، وغير ذلك. لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها، بكرا كانت أو ثيبا، صغيرة كانت أو كبيرة، ممن تحمل أو ممن لا تحمل. وبهذا قال الحسن، وابن سيرين، وأكثر أهل العلم؛ منهم مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي وقال ابن عمر: لا يجب استبراء البكر. وهو قول داود؛ لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل، وهذا معلوم في البكر، فلا حاجة إلى الاستبراء.

وقال الليث: إن كانت ممن لا يحمل مثلها، لم يجب استبراؤها لذلك. وقال عثمان البتي: يجب الاستبراء على البائع دون المشتري، لأنه لو زوجها، لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج، كذلك هاهنا ولنا ما روى أبو سعيد، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «نهى عام أوطاس أن توطأ حامل حتى تضع، ولا غير حامل حتى تحيض.» رواه أحمد في المسند. وعن رويفع بن ثابت، قال: إنني لا أقول إلا ما سمعته من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سمعته يقول: «لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر، أن يقع على امرأة من السبي، حتى يستبرئها بحيضة» رواه أبو داود.

وفي لفظ، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يوم خيبر يقول: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يسقي ماءه زرع غيره، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة» رواه الأثرم. ولأنه ملك جارية محرمة عليه، فلم تحل له قبل استبرائها، كالثيب التي تحمل، ولأنه سبب موجب للاستبراء، فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب، والتي تحمل والتي لا تحمل، كالعدة. قال أبو عبد الله: قد بلغني أن العذراء تحمل. فقال له بعض أهل المجلس: نعم، قد كان في جيراننا. وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعي.

وما ذكروه يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبي، أو ممن تحرم عليه برضاع أو غيره، وما ذكره البتي لا يصح؛ لأن الملك قد يكون بالسبي والإرث والوصية، فلو لم يستبرئها المشتري، أفضى إلى اختلاط المياه،

واشتباه الأنساب، والفرق بين البيع والتزويج، أن النكاح لا يراد إلا للاستمتاع، فلا يجوز إلا في من تحل له، فوجب أن يتقدمه الاستبراء، ولهذا لا يصح تزويج معتدة، ولا مرتدة، ولا مجوسية،." (١)

"ولا وثنية، ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة، والبيع يراد لغير ذلك، فصح قبل الاستبراء، ولهذا صح في هذه المحرمات، ووجب الاستبراء على المشتري؛ لما ذكرناه. فأما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، فظاهر كلام الخرقي تحريم قبلتها ومباشرتها لشهوة قبل استبرائها.

وهو ظاهر كلام أحمد، وفي أكثر الروايات عنه، قال: تستبرأ، وإن كانت في المهد. وروي عنه أنه قال: إن كانت صغيرة بأي شيء تستبرأ إذا كانت رضيعة. وقال في رواية أخرى: تستبرأ بحيضة إذا كانت ممن تحيض، وإلا بثلاثة أشهر إن كانت ممن توطأ وتحبل. فظاهر هذا أنه لا يجب استبراؤها، ولا تحرم مباشرتها. وهذا اختيار ابن أبي موسى، وقول مالك، وهو الصحيح؛ لأن سبب الإباحة متحقق. وليس على تحريمها دليل، فإنه لا نص فيه، ولا معنى نص؛ لأن تحريم مباشرة الكبيرة إنما كان لكونه داعيا إلى الوطء المحرم، أو خشية أن تكون أم ولد لغيره، ولا يتوهم هذا في هذه، فوجب العمل بمقتضى الإباحة. فأما من يمكن وطؤها، فلا تحل قبلتها، ولا الاستمتاع منها بما دون الفرج قبل الاستبراء، إلا المسبية، على إحدى الروايتين. وقال الحسن: لا يحرم من المشتراة إلا فرجها، وله أن يستمتع منها بما شاء، ما لم يمس؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما نهى عن الوطء، ولأنه تحريم للوطء مع ثبوت الملك، فاختص بالفرج، كالحيض. **ولنا** أنه استبراء يحرم الوطء، فحرم الاستمتاع، كالعدة، ولأنه لا يأمن من كونها حاملا من بائعها، فتكون أم ولد، والبيع باطل، فيكون مستمتعا بأم ولد غيره، وبهذا فارق تحريم الوطء للحيض. فأما المسبية، فظاهر كلام الخرقي تحريم مباشرتها فيما دون الفرج لشهوة. وهو الظاهر عن أحمد؛ لأن كل استبراء حرم الوطء حرم دواعيه، كالعدة، ولأنه داعية إلى الوطء المحرم، لأجل اختلاط المياه، واشتباه الأنساب، فأشبهت المبيعة.

وروي عن أحمد، أنه لا يحرم؛ لما روي عن ابن عمر، أنه قال: وقع في سهمي يوم جلولاء جارية، كأن عنقها إبريق فضة، فما ملكت نفسي أن قمت إليها فقبلتها، والناس ينظرون. ولأنه لا نص في المسبية، ولا يصح قياسها على المبيعة؛ لأنها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع، فيكون مستمتعا بأم ولد غيره، ومباشرا لمملوكة غيره، والمسبية مملوكة له على كل حال، وإنما حرم وطؤها لئلا يسقي ماءه زرع غيره. وقول الخرقي بعد تمام ملكه لها. يعني أن الاستبراء لا يكون إلا بعد ملك المشتري لجميعها، ولو ملك بعضها، ثم ملك

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٨/٨

باقيها، لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها. وإن ملكها ببيع فيه الخيار، انبنى على نقل الملك في مدته، فإن قلنا: ينتقل.

فابتداء الاستبراء من حين البيع. وإن قلنا: لا ينتقل. فابتداؤه من حين انقطع الخيار. وإن كان المبيع معيبا، فابتداء الخيار من حين البيع؛." (١)

"لأن العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف. وهل يبتدأ الاستبراء من حين البيع قبل القبض، أو من حين القبض؟ فيه وجهان: أحدهما، من حين البيع؛ لأن الملك ينتقل به. والثاني، من حين القبض؛ لأن القصد معرفة براءتها من ماء البائع، ولا يحصل ذلك مع كونها في يده. وإن اشترى عبده التاجر أمة، فاستبرأها، ثم صارت إلى السيد، حلت له بغير استبراء؛ لأن ملكه ثابت على ما في يد عبده، فقد حصل استبراؤها في ملكه.

وإن اشترى مكاتبه أمة، فاستبرأها، ثم صارت إلى سيده، فعليه استبراؤها؛ لأن ملكه تجدد عليها، إذ ليس للسيد ملك على ما في يد مكاتبه، إلا أن تكون الجارية من ذوات محارم المكاتب، فقال أصحابنا: تباح للسيد بغير استبراء؛ لأنه يصير حكمها حكم المكاتب، إن رق رقت، وإن عتق عتقت، والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم، والاستبراء الواجب هاهنا في حق الحامل بوضعه بلا خلاف، وفي ذات القروء بحيضة، في قول أكثر أهل العلم. وقال سعيد بن المسيب، وعطاء: بحيضتين. وهو مخالف للحديث الذي رويناه، وللمعنى؛ فإن المقصود معرفة براءتها من الحمل، وهو حاصل بحيضة، وفي الآيسة والتي لم تحض والتي ارتفع حيضها بما ذكرناه في أم الولد، على ما مضى من الخلاف فيه.

[فصل ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها]

(٦٣٨٠) فصل: ومن ملك مجوسية، أو وثنية، فأسلمت قبل استبرائها، لم تحل له حتى يستبرئها، أو تتم ما بقي من استبرائها؛ لما مضى. وإن استبرأها ثم أسلمت، حلت له بغير استبرائها. وقال الشافعي: لا تحل له حتى تجدد استبراءها بعد إسلامها؛ لأن ملكه تجدد على استمتاعها، فأشبهت من تجدد ملكه على رقبتها. ولنا قوله - عليه السلام -: «لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة» . وهذا ورد في سبايا أوطاس، وكن مشركات، ولم يأمر في حقهن بأكثر من حيضة، ولأنه لم يتجدد ملكه عليها، ولا أصابها وطء من غيره، فلم يلزمه استبراؤها، كما لو حلت المحرمة، ولأن الاستبراء إنما وجب كي لا يفضي إلى اختلاط

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٩/٨

المياه، وامتزاج الأنساب، ومظنة ذلك تجدد الملك على رقبتها، ولم يوجد.

ولو باع أمته، ثم ردت عليه بفسخ أو إقالة بعد قبضها أو افتراقهما، لزمه استبراؤها؛ لأنه تجديد ملك، سواء كان المشتري لها امرأة أو غيرها. وإن كان ذلك قبل افتراقهما، أو قبل غيبة المشتري بالجارية، ففيها روايتان: إحداهما، عليه الاستبراء. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه تجديد ملك. والثانية، ليس عليه استبراء، وهو قول أبي حنيفة إذا تقابلا قبل القبض؛ لأنه لا فائدة في الاستبراء مع تعين البراءة.." (١)

"[فصل زوج الرجل أمته فطلقها الزوج]

(٦٣٨١) فصل: وإذا زوج الرجل أمته، فطلقها الزوج، لم يلزم السيد استبراؤها، ولكن إن طلقت بعد الدخول، أو مات عنها، فعليها العدة. ولو ارتدت أمته، أو كاتبها، ثم أسلمت المرتدة، وعجزت المكاتبة، حلت لسيدها بغير استبراء، وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي: يجب عليه الاستبراء في هذا كله؛ لأنه زال ملكه عن استمتاعها، ثم عاد، فأشبهت المشتراة. **ولنا** أنه لم يتجدد ملكه عليها، فأشبهت المحرمة إذا حلت، والمرهونة إذا فكت، فإنه لا خلاف في حلهما بغير استبراء، ولأن الاستبراء شرع لمعنى مظنته تجدد الملك، فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى.

[فصل اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول]

(٦٣٨٢) فصل: وإن اشترى أمة مزوجة، فطلقها الزوج قبل الدخول، لم تبح بغير استبراء. نص عليه أحمد، وقال: هذه حيلة وضعها أهل الرأي، لا بد من استبراء. ووجه ذلك أن هذه تجدد الملك فيءها، ولم يحصل استبراؤها في ملكه، فلم تحل بغير استبراء، كما لو لم تكن مزوجة، ولأن إسقاط الاستبراء هاهنا ذريعة إلى إسقاطه في حق من أراد إسقاطه، بأن يزوجها عند بيعها، ثم يطلقها زوجها بعد تمام البيع، والحيل حرام. فأما إن كان الزوج دخل بها، ثم طلقها. فعليها العدة، ولا يلزم المشتري استبراؤها؛ لأن ذلك قد حصل بالعدة، ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء، ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشا له، فأجزأ ذلك، كما لو كانت استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج.

وإن اشتراها، وهي معتدة من زوجها، لم يجب عليها استبراء؛ لأنها لم تكن فراشا لسيدها، وقد حصل الاستبراء من الزوج بالعدة، ولذلك لو عتقت في هذه الحال، لم يجب عليها استبراء. وقال أبو الخطاب، في المزوجة: هل يدخل الاستبراء في العدة؟ على وجهين. وقال القاضي، في المعتدة: يلزم السيد استبراؤها

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٥٠

بعد قضاء العدة، ولا يتداخلان؛ لأنهما من رجلين. ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا؛ لأنه علل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي، ولا يوجد ذلك هاهنا، ولا يصح قولهم: إن الاستبراء من رجلين. فإن السيد هاهنا ليس له استبراء.

[فصل كانت الأمة لرجلين فوطئاها ثم باعاها لرجل]

(٦٣٨٣) فصل: وإن كانت الأمة لرجلين، فوطئاها، ثم باعاها لرجل، أجزأه استبراء واحد؛ لأنه يحصل به معرفة البراءة. فإن قيل: فلو أعتقها لألزمتموها استبراءين. قلنا: وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء،." (١)

"(٦٣٨٦) فصل: ومن أراد بيع أمته، فإن كان لا يطؤها، لم يلزمه استبراؤها، لكن يستحب ذلك، ليعلم خلوها من الحمل، فيكون أحوط للمشتري، وأقطع للنزاع

قال أحمد: وإن كانت لامرأة، فإني أحب أن لا تبيعها حتى تستبرئها بحيضة، فهو أحوط لها. وإن كان يطؤها، وكانت آيسة، فليس عليه استبراؤها؛ لأن انتفاء الحمل معلوم. وإن كانت ممن تحمل، وجب عليه استبراؤها. وبه قال النخعي، والثوري. وعن أحمد رواية أخرى، لا يجب عليه استبراؤها. وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها.

ولأن الاستبراء على المشتري، فلا يجب على البائع، فإن الاستبراء في حق الحرة آكد، ولا يجب قبل النكاح وبعده، كذلك لا يجب في الأمة قبل البيع وبعده. **ولنا**، أن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها، فروى عبد الله بن عبيد بن عمير، قال: باع عبد الرحمن بن عوف جارية كان يقع عليها قبل أن يستبرئها، فظهر بها حمل عند الذي اشتراها، فخاصموه إلى عمر، فقال له عمر: كنت تقع عليها؟ قال: نعم. قال: فبعتها قبل أن تستبرئها؟ قال: نعم. قال: ما كنت لذلك بخليق. قال: فدعا القافة، فنظروا إليه، فألحقوه به.

ولأنه يجب على المشتري الاستبراء لحفظ مائه، فكذلك البائع؛ ولأنه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه، لاحتمال أن تكون أم ولد، فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال، فإن خالف وباع، فالبيع صحيح في الظاهر؛ لأن الأصل عدم الحمل؛ ولأن عمر وعبد الرحمن، لم يحكما بفساد البيع في الأمة التي باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به، ولو كان البيع باطلا قبل ذلك، لم يحتج إلى ذلك. وذكر أصحابنا الروايتين

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥١/٨

في كل أمة يطؤها، من غير تفريق بين الآيسة وغيرها. والأولى أن ذلك لا يجب في الآيسة؛ لأن علة الوجوب احتمال الحمل، وهو وهم بعيد، والأصل عدمه، فلا نثبت به حكما بمجرده.

[فصل اشترى جارية فظهر بها حمل]

(٦٣٨٧) فصل: وإذا اشترى جارية، فظهر بها حمل، لم يخل من أحوال خمسة: أحدها: أن يكون البائع أقر بوطئها عند البيع أو قبله، وأتت بولد لدون الستة أشهر، أو يكون البائع ادعى الولد، فصدقه المشتري، فإن الولد يكون للبائع، والجارية أم ولد له، والبيع باطل. الحال الثاني، أن يكون أحدهما استبرأها، ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المشتري، فالولد للمشتري، والجارية أم ولد له. الحال الثالث: أن تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما لها، ولأقل من ستة أشهر." (١)

"﴿فإن خرجن فلا جناح عليكم في ما فعلن في أنفسهن﴾ [البقرة: ٢٤٠] . قال عطاء: ثم جاء الميراث، فنسخ السكنى، تعتد حيث شاءت. رواهما أبو داود. **ولنا**، ما روت فريعة بنت مالك بن سنان، أخت أبي سعيد الخدري، «أنها جاءت إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأخبرته أن زوجها خرج في طلب أعبد له، فقتلوه بطرف القدوم، فسألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن أرجع إلى أهلي، فإن زوجي لم يتركني في مسكن يملكه، ولا نفقة. قالت فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: نعم. قالت: فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد، دعاني، أو أمر بي فدعيت له، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: كيف قلت فرددت عليه القصة، فقال: امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله. فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا، فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلي، فسألني عن ذلك، فأخبرته فاتبعه، وقضى به» . رواه مالك، في موطئه، والأثرم، وهو حديث صحيح، قضى به عثمان في جماعة الصحابة فلم ينكروه.

إذا ثبت هذا، فإنه يجب الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به، سواء كان مملوكا لزوجها، أو بإجارة، أو عارية؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قال لفريعة: امكثي في بيتك» . ولم تكن في بيت يملكه زوجها. وفي بعض ألفاظه: «اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعي زوجك» وفي لفظ: «اعتدي حيث أتاك الخبر» فإن أتاها الخبر في غير مسكنها، رجعت إلى مسكنها فاعتدت فيه.

وقال سعيد بن المسيب، والنخعي: لا تبرح من مكانها الذي أتاها فيه نعي زوجها، اتباعا للفظ الخبر الذي

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٣/٨

رويناه. **ولنا** قوله – عليه السلام –: «امكثي في بيتك» واللفظ الآخر قضية في عين، والمراد به هذا، فإن قضايا الأعيان لا عموم لها، ثم لا يمكن حمله على العموم؛ فإنه لا يلزمها الاعتداد في السوق والطريق والبرية، إذا أتاها الخبر وهي فيها. (٦٣٩٣)

فصل: فإن خافت هدما أو غرقا أو عدوا أو نحو ذلك، أو حولها صاحب المنزل لكونه عارية رجع فيها، أو بإجارة انقضت مدتها، أو منعها السكنى تعديا، أو امتنع من إجارته، أو طلب به أكثر من أجرة المثل، أو لم تجد ما تكتري به، أو لم تجد إلا من مالها، فلها أن تنتقل؛ لأنها حال عذر، ولا يلزمها بذلك أجر المسكن، وإنما الواجب عليها فعل السكنى، لا تحصيل المسكن، وإذا تعذرت السكنى، سقطت، ولها أن تسكن حيث شاءت. ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب، أنها تنتقل إلى أقرب ما يمكنها النقلة." (١)

"بالسب ونحوه. روي ذلك عن ابن عباس. وهو قول الأكثرين.

وقال ابن مسعود، والحسن: هي الزنى لقول الله تعالى: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] . وإخراجهن هو الإخراج لإقامة حد الزنى، ثم ترد إلى مكانها. **ولنا** أن الآية تقتضي الإخراج عن السكنى، وهذا لا يتحقق فيما قالاه.

وأما الفاحشة فهي اسم للزنى وغيره من الأقوال الفاحشة، يقال: أفحش فلان في مقاله. ولهذا روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه «قالت له عائشة: يا رسول الله، قلت لفلان: بئس أخو العشيرة. فلما دخل ألنت له القول. فقال: يا عائشة، إن الله لا يحب الفحش ولا التفحش» . إذا ثبت هذا، فإن الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن، إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم، فإن كانت لا تجمعهم، أو لم يمكن نقلها إلى غيره في الدار، ولم يتخلصوا من أذاها بذلك، فلهم نقلها. وقال بعض أصحابنا: ينتقلون هم عنها؛ لأن سكناها واجب في المكان، وليس بواجب عليهم.

والنص يدل على أنها تخرج، فلا يعرج على ما خالفه؛ ولأن الفاحشة منها، فكان الإخراج لها. وإن كان أحماؤها هم الذين يؤذونها، ويفحشون عليها، نقلوا هم دونها، فإنها لم تأت بفاحشة، فلا تخرج بمقتضى النص، ولأن الذنب لهم فيخصون بالإخراج. وإن كان المسكن لغير الميت فتبرع صاحبه بإسكانها فيه، لزمها الاعتداد به، وإن أبى أن يسكنها إلا بأجرة، وجب بذلها من مال الميت، إلا أن يتبرع إنسان ببذلها، فيلزمها الاعتداد به، فإن حولها صاحب المكان، أو طلب أكثر من أجرة المثل، فعلى الورثة إسكانها إن كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن؛ لأنه حق لها يقدم على الميراث، فإن اختارت النقلة عن هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٩/٨

المسكن الذي ينقلونها إليه، فلها ذلك؛ لأن سكناها به حق لها، وليس بواجب عليها، فإن المسكن الذي كان يجب عليها السكنى به، هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها. وقد سقطت عنها السكنى به، وسواء كان المسكن الذي كانت به لأبويها، أو لأحدهما، أو لغيرهم.

وإن كانت تسكن في دارها فاختارت الإقامة فيها، والسكنى بها متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة، جاز، ويلزم الورثة بذل الأجرة إذا طلبتها، وإن طلبت أن تسكنها غيرها، وتنتقل عنها، فلها ذلك؛ لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها، وعليهم إسكانها.

[فصل تطوع الورثة بإسكان المتوفى عنها زوجها]

(٦٣٩٥) فصل: فأما إذا قلنا: ليس لها السكنى. فتطوع الورثة بإسكانها في مسكن زوجها، أو السلطان أو أجنبي، لزمها الاعتداد به، وإن منعت السكنى به، أو طلبوا منها الأجرة، فلها أن تنتقل عنه إلى غيره، كما ذكرنا فيما إذا." (١)

"إحداهما، لا يجب لها ذلك. وهو قول ابن عباس، وجابر. وبه قال عطاء، وطاووس، والحسن، وعمرو بن ميمون، وعكرمة، وإسحاق، وأبو ثور، وداود. والثانية يجب لها ذلك، وهو قول ابن مسعود، وابن عمر، وعائشة، وسعيد بن المسيب، والقاسم، وسالم، وأبي بكر بن عبد الرحمن، وخارجة بن زيد، وسليمان بن يسار ومالك، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي؛ لقول الله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة﴾ [الطلاق: ١] .

وقال تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦] . فأوجب لهن السكنى مطلقا، ثم خص الحامل بالإنفاق عليها. **ولنا** ما روت فاطمة بنت قيس، «أن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة، وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير، فتسخطته، فقال والله ما لك علينا من شيء. فجاءت رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، فذكرت ذلك له، فقال لها: ليس لك عليه نفقة ولا سكنى. فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك، ثم قال: إن تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي في بيت ابن أم مكتوم» متفق عليه. فإن قيل: فقد أنكر عليها عمر، وقال ما كنا لندع كتاب ربنا، وسنة نبينا، لقول امرأة، لا ندري أصدقت أم كذبت.

وقال عروة: لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب،؟ وقال: إنها كانت في مكان وحش، فخيف على ناحيتها.؟

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦١/٨

وقال: سعيد بن المسيب، تلك امرأة فتنت الناس، إنها كانت لسنة، فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى. قلنا: أما مخالفة الكتاب، فإن فاطمة لما أنكروا عليها، قالت: بيني وبينكم كتاب الله، قال الله تعالى: ﴿لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا﴾ [الطلاق: ١] . فأي أمر يحدث بعد الثلاث؟ فكيف." (١)

"كالحجرتين المتجاورتين، وإن لم يكن بينهما باب مغلق، لكن لها موضع تتستر فيه، بحيث لا يراها، ومعها محرم تتحفظ به، جاز؛ لأن مع المحرم يؤمن الفساد، ويكره في الجملة؛ لأنه لا يؤمن النظر، وإن لم يكن معها محرم، لم يجز؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم؛ فإن ثالثهما الشيطان» وإن امتنع من إسكانها، وكانت ممن لها عليه السكنى، أجبره الحاكم، فإن كان الحاكم معدوما، رجعت على الزوج، وإن كان الحاكم موجودا، فهل ترجع؟ على روايتين. وإن كان الزوج حاضرا، ولم يمنعها من المسكن، فاكترت لنفسها موضعا، أو سكنت في موضع تملكه، لم ترجع بالأجرة لأنها تبرعت بذلك فلم ترجع به على أحد.

وإن عجز الزوج عن إسكانها؛ لعسرته، أو غيبته، أو امتنع من ذلك مع قدرته؛ سكنت حيث شاءت. وكذلك المتوفى عنها زوجها، إذا لم يسكنها ورثته؛ لأنه إنما تلزمها السكنى في منزله لتحصين مائه، فإذا لم تفعل، لم يلزمها ذلك.

[مسألة خرجت المرأة إلى الحج فتوفي عنها زوجها وهي بالقرب]

(٦٤٠٤) مسألة: قال: (وإذا خرجت إلى الحج فتوفي عنها زوجها، وهي بالقرب، رجعت لتقضي العدة، فإن كانت قد تباعدت، مضت في سفرها، فإن رجعت وقد بقي من عدتها شيء، أتت به في منزلها) وجملته أن المعتدة من الوفاة ليس لها أن تخرج إلى الحج، ولا إلى غيره. روي ذلك عن عمر، وعثمان، - رضي الله عنهما -. وبه قال سعيد بن المسيب، والقاسم، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد وأصحاب الرأي، والثوري.

وإن خرجت، فمات زوجها في الطريق، رجعت إن كانت قريبة؛ لأنها في حكم الإقامة، وإن تباعدت، مضت في سفرها. وقال مالك: ترد ما لم تحرم. والصحيح أن البعيدة لا ترد؛ لأنه يضر بها، وعليها مشقة، ولا لها من سفر وإن رجعت. قال القاضي: ينبغي أن يحد القريب بما لا تقصر فيه الصلاة، والبعيد ما تقصر فيه؛

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٥/٨

لأن ما لا تقصر الصلاة فيه أحكامه أحكام الحضر. وهذا قول أبي حنيفة، إلا أنه لا يرى القصر إلا في مسيرة ثلاثة أيام. فقال: متى كان بينها وبين مسكنها دون ثلاثة أيام، فعليها الرجوع إليه، وإن كان فوق ذلك لزمها المضي إلى مقصدها، والاعتداد فيه إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام، وإن كان بينه وبينها ثلاثة أيام، وفي موضعها الذي هي به موضع يمكنها الإقامة فيه، لزمها الإقامة، وإن لم يمكنها الإقامة، مضت إلى مقصدها.

وقال الشافعي: إن فارقت البنيان، فلها الخيار بين الرجوع والتمام؛ لأنها صارت في موضع أذن لها زوجها فيه، وهو السفر، فأشبه ما لو كانت قد بعدت. **ولنا**، على وجوب الرجوع إذا كانت قريبة، ما روى سعيد، ثنا جرير، عن منصور، عن سعيد بن." [1]

"المسيب قال: توفي أزواج، نساؤهن حاجات أو معتمرات، فردهن عمر من ذي الحليفة، حتى يعتددن في بيوتهن. ولأنه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن يبعد سفرها، فلزمها، كما لو لم تفارق البنيان. وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع؛ لأن عليها مشقة وتحتاج إلى سفر في رجوعها، فأشبهت من بلغت مقصدها.

وإن اختارت البعيدة الرجوع، فلها ذلك إذا كانت تصل إلى منزلها قبل انقضاء عدتها، ومتى كان عليها في الرجوع خوف أو ضرر، فلها المضي في سفرها، كما لو بعدت، ومتى رجعت، وقد بقي عليها شيء، من عدتها، لزمها أن تأتي به في منزل زوجها، بلا خلاف نعلمه بينهم في ذلك؛ لأنه أمكنها الاعتداد فيه، فلزمها كما لو لم تسافر منه. (٦٤٠٥) فصل: ولو كانت عليها حجة الإسلام، فمات زوجها، لزمتها العدة في منزلها وإن فاتها الحج؛ لأن العدة في المنزل تفوت، ولا بدل لها، والحج يمكن الإتيان به في غير هذا العام.

وإن مات زوجها بعد إحرامها بحج الفرض، أو بحج أذن لها زوجها فيه، نظرت؛ فإن كان وقت الحج متسعا، لا تخاف فوته، ولا فوت الرفقة، لزمها الاعتداد في منزلها؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقين، فلم يجز إسقاط أحدهما، وإن خشيت فوات الحج، لزمها المضي فيه. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يلزمها المقام وإن فاتها الحج؛ لأنها معتدة، فلم يجز لها أن تنشئ سفرا، كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها. **ولنا**، أنهما عبادتان استويا في الوجوب، وضيق الوقت، فوجب تقديم الأسبق منهما، كما لو كانت العدة أسبق؛ ولأن الحج آكد؛ لأنه أحد أركان الإسلام، والمشقة بتفويته تعظم، فوجب

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٧/٨

تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعد سفرها إليه.

وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها، وخشيت فواته، احتمل أن يجوز لها المضي إليه؛ لما في بقائها في الإحرام من المشقة، واحتمل أن يلزمها الاعتداد في منزلها؛ لأن العدة أسبق؛ ولأنها فرطت وغلطت على نفسها، فإذا قضت العدة، وأمكنها السفر إلى الحج، لزمها ذلك، فإن أدركته، وإلا تحللت بعمل عمرة، وحكمها في القضاء حكم من فاته الحج، وإن لم يمكنها السفر، فحكمها حكم المحصر، كالتي يمنعها زوجها من السفر. وحكم الإحرام بالعمرة كذلك، إذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف.." (١)

"(٦٤١٢) المسألة الثانية: أن تكون الرضعات متفرقات، وبهذا قال الشافعي. والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف لأن الشرع ورد بها مطلقا، ولم يحدها بزمن ولا مقدار، فدل ذلك على أنه ردهم إلى العرف، فإذا ارتضع الصبي، وقطع قطعا بينا باختياره، كان ذلك رضعة، فإذا عاد كانت رضعة، أخرى.

فأما إن قطع لضيق نفس، أو للانتقال من ثدي إلى ثدي، أو لشيء يلهيه، أو قطعت عليه المرضعة، نظرنا؛ فإن لم يعد قريبا فهي رضعة، وإن عاد في الحال، ففيه وجهان أحدهما، أن الأولى رضعة، فإذا عاد فهي رضعة أخرى. وهذا اختيار أبي بكر، وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل، فإنه قال: أما ترى الصبي يرتضع من الثدي، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح، فإذا فعل ذلك فهي رضعة، وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد، فكانت رضعة وإن عاد، كما لو قطع باختياره. والوجه الآخر، أن جميع ذلك رضعة. وهو مذهب الشافعي، إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة، ففيه وجهان؛ لأنه لو حلف: لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة.

فاستدام الأكل زمنا، أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون إلى لون، أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام، لم يعد إلا أكلة واحدة، فكذا هاهنا. والأول أصح؛ لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة، فكذا هذا.

[مسألة السعوط كالرضاع وكذلك الوجور]

(٦٤١٣) مسألة؛ قال: الشافعي: (والسعوط كالرضاع، وكذلك الوجور) معنى السعوط: أن يصب اللبن في أنفه من إناء أو غيره. والوجور: أن يصب في حلقه صبا من غير الثدي. واختلفت الرواية في التحريم بهما، فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بذلك، كما يثبت بالرضاع. وهو قول الشعبي والثوري، وأصحاب الرأي. وبه قال مالك في الوجور.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٨/٨

والثانية لا يثبت بهما التحريم. وهو اختيار أبي بكر، ومذهب داود وقول عطاء الخراساني في السعوط؛ لأن هذا ليس برضاع، وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع، ولأنه حصل من غير ارتضاع، فأشبه ما لو دخل من جرح في بدنه. **ولنا**، ما روى ابن مسعود، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا رضاع، إلا ما أنشز العظم، وأنبت اللحم» رواه أبو داود. ولأن هذا يصل به اللبن إلى حيث يصل بالارتضاع، ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل من الارتضاع، فيجب أن يساويه في التحريم، والأنف سبيل الفطر للصائم. فكان سبيلا للتحريم، كالرضاع بالفم.." (١)

"(٦٤١٤) فصل: وإنما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع، وهو خمس في الرواية المشهورة، فإنه فرع على الرضاع، فيأخذ حكمه، فإن ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور، أو استعط أو أوجر، وكمل الخمس برضاع، ثبت التحريم؛ لأنا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم، فكذلك في إكمال العدد، ولو حلبت في إناء دفعة واحدة، ثم سقته غلاما في خمسة أوقات، فهو خمس رضعات، فإنه لو أكل من طعام خمس أكلات متفرقات، لكان قد أكل خمس أكلات.

وإن حلبت في إناء حلبات في خمسة أوقات، ثم سقته دفعة واحدة كان رضعة واحدة، كما لو جعل الطعام في إناء واحد في خمسة أوقات، ثم أكله دفعة واحدة، كان أكلة واحدة. وحكي عن الشافعي قول في الصورتين عكس ما قلنا اعتبارا لخروجه منها؛ لأن الاعتبار بالرضاع، والوجور فرعه. **ولنا** أن، الاعتبار بشرب الصبي له؛ لأنه المحرم، ولهذا ثبت التحريم به من غير رضاع، ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه، ثم مجه، لم يثبت التحريم، فكان الاعتبار به، وما وجد منه إلا دفعة واحدة، فكان رضعة واحدة، وإن سقته في أوقات، فقد وجد في خمسة أوقات، فكان خمس رضعات، فأما إن سقته اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة، فظاهر قول الخرقي أنه رضعة واحدة؛ لاعتباره خمس رضعات متفرقات؛ ولأن المرجع في الرضعة إلى العرف، وهم لا يعدون هذا رضعات، فأشبه ما لو أكل الآكل الطعام لقمة بعد لقمة، فإنه لا يعد أكلات.

ويحتمل أن يرجع على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع، على ما قدمنا.

[فصل عمل اللبن جبنا ثم أطعمه الصبي هل يثبت به التحريم]

(٦٤١٥) فصل: وإن عمل اللبن جبنا ثم أطعمه الصبي، ثبت به التحريم. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٧٣

حنيفة: لا يحرم به؛ لزوال الاسم. وكذلك على الرواية التي تقول: لا يثبت التحريم بالوجور. لا يثبت هاهنا بطريق الأولى. **ولنا**، أنه واصل من الحلق، يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم، فحصل به التحريم، كما لو شربه. (٦٤١٦)

فصل: فأما الحقنة، فقال أبو الخطاب: المنصوص عن أحمد؛ أنها لا تحرم. وهو مذهب أبي حنيفة، ومالك. وقال ابن حامد، وابن أبي موسى: تحرم، وهذا مذهب الشافعي؛ لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر، فتعلق به التحريم، كالرضاع.." [1]

"**ولنا**، أن هذا ليس برضاع، ولا يحصل به التغذي، فلم ينشر الحرمة، كما لو قطر في إحليله؛ ولأنه ليس برضاع، ولا في معناه، فلم يجز إثبات حكمه فيه، ويفارق فطر الصائم، فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم، ولا إنشاز العظم، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم؛ ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق، أشبه ما لو وصل من جرح.

[مسألة الرضاعة باللبن المختلط بغيره]

(٦٤١٧) مسألة: قال: (واللبن المشوب كالمحض) المشوب: المختلط بغيره. والمحض: الخالص الذي لا يخالطه سواه. وسوى الخرقي بينهما، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو بكر: قياس قول أحمد، أنه لا يحرم؛ لأنه وجور.

وحكي عن ابن حامد أنه قال: إن كان الغالب اللبن حرم، وإلا فلا. وهو قول أبي ثور، والمزني؛ لأن الحكم للأغلب، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به. ونحو هذا قول أصحاب الرأي، وزادوا، فقالوا: إن كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام، أو حتى تغير، فليس برضاع. ووجه الأول، أن اللبن متى كان ظاهرا، فقد حصل شربه، ويحصل منه إنبات اللحم وإنشاز العظم، فحرم، كما لو كان غالبا، وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية، فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به، لم يثبت به التحريم؛ لأن هذا ليس بلبن مشوب، ولا يحصل به التغذي، ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم.

وحكي عن القاضي، أن التحريم يثبت به. وهو قول الشافعي؛ لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه، فأشبه ما لو كان لونه ظاهرا. **ولنا**، أن هذا ليس برضاع، ولا في معناه، فوجب أن لا يثبت حكمه فيه. (٦٤١٨)

فصل: وإن حلب من نسوة، وسقيه الصبي، فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن؛ لأنه لو شيب بماء أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٧٤

عسل، لم يخرج عن كونه رضاعا محرما، فكذلك، إذا شيب بلبن آخر.

[مسألة الرضاع بلبن الميتة]

(٦٤١٩) مسألة؛ قال: (ويحرم لبن الميتة، كما يحرم لبن الحية؛ رأن اللبن لا يموت) المنصوص عن أحمد، في رواية إبراهيم الحربي، أنه ينشر الحرمة. وهو اختيار أبي بكر. وهو قول أبي ثور، والأوزاعي، وابن القاسم، وأصحاب الرأي، وابن المنذر. وقال الخلال: لا ينشر الحرمة.." (١)

"أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الناس، حتى يرضع في المهد، وقلن لعائشة: والله ما ندري، لعلها رخصة من النبي - صلى الله عليه وسلم - لسالم دون الناس» . رواه النسائي، وأبو داود، وغيرهما.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ [البقرة: ٢٣٣] . فجعل تمام الرضاعة حولين، فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما. وعن عائشة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - دخل عليها وعندها رجل، فتغير وجه النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: يا رسول الله، إنه أخي من الرضاعة. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: انظرن من إخوانكن، فإنما الرضاعة من المجاعة» الشافعي. متفق عليه.

وعن أم سلمة، قالت: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا يحرم من الرضاع، إلا ما فتق الأمعاء، وكان قبل الفطام» . أخرجه الترمذي، وقال: حديث حسن صحيح. وعند هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس، كما قال سائر أزواج النبي - صلى الله عليه وسلم -. وقول أبي حنيفة، تحكم يخالف ظاهر الكتاب وقول الصحابة، فقد روينا عن علي وابن عباس، أن المراد بالحمل حمل البطن. وبه استدل علي أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، وقد دل على هذا قول الله تعالى: ﴿وفصاله في عامين﴾ [لقمان: ١٤] . فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة، لكان مخالفا لهذه الآية.

إذا ثبت هذا، فالاعتبار بالعامين لا بالفطام، فلو فطم قبل الحولين، ثم ارتضع فيهما، لحصل التحريم، ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين، ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام. لم يثبت التحريم. وقال ابن القاسم، صاحب مالك: لو ارتضع بعد الفطام في الحولين، لم تحرم؛ لقوله - عليه السلام -: «وكان قبل الفطام» .

ولنا قول الله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة: ٢٣٣] . وروي عنه - عليه السلام -: «لا رضاع إلا ما كان في الحولين» . والفطام معتبر بمدته لا بنفسه، قال أبو الخطاب: لو

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٥/٨

ارتضع بعد الحولين بساعة، لم يحرم. وقال القاضي: لو شرع في الخامسة، فحال الحول قبل كمالها، لم يثبت التحريم. ولا يصح هذا؛ لأن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم، بدليل ما لو انفصل مما بعده، فلا ينبغي أن يسقط حكم بإيصال ما لا أثر له به. واشترط الخرقي في نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي ثاب اللبن بوطئه، أن يكون لبن حمل ينتسب إلى الواطئ، إما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين، أو بشبهة، فأما لبن الزاني أو النافي للولد باللعان، فلا ينشر الحرمة بينهما، في مفهوم كلام الخرقي. وهو قول أبي عبد الله بن حامد، ومذهب الشافعي.

وقال أبو بكر عبد العزيز: تنتشر الحرمة بينهما؛ لأنه معنى ينشر الحرمة، فاستوى في ذلك مباحه ومحظوره، كالوطء، يحققه أن الواطئ حصل منه لبن وولد، ثم." (١)

"(٦٤٣٢)

الفصل الثالث: أن عليه نصف مهر الصغيرة؛ لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها، والفسخ إذا جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه، ولا مهر للكبيرة إن لم يكن دخل بها؛ لأن فسخ نكاحها بسبب من جهتها، فسقط صداقها، كما لو ارتدت. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه خلافا. وإن كان دخل بالكبيرة، لم يسقط مهرها؛ لأنه استقر بدخوله بها استقرارا لا يسقطه شيء، ولذلك لا يسقط بردتها ولا بغيرها. (٦٤٣٣) الفصل الرابع: أنه يرجع على الكبيرة بما لزمه من صداق الصغيرة. وبهذا قال الشافعي.

وحكي عن بعض أصحابه، أنه يرجع بجميع صداقها؛ لأنها أتلفت البضع، فوجب ضمانه. وقال أصحاب الرأي: إن كانت المرضعة أرادت الفساد، رجع عليها بنصف الصداق، وإلا فلا يرجع بشيء. وقال مالك: لا يرجع بشيء. **ولنا** أنه يرجع عليها بالنصف، أنها قررته عليه، وألزمته إياه، و أتلفت عليه ما في مقابلته، فوجب عليها الضمان، كما لو أتلفت عليه المبيع. **ولنا**، على أبي حنيفة، أن ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ، كالمال، ولأنها أفسدت نكاحه، وقررت عليه نصف الصداق، فلزمها ضمانه، كما لو قصدت الإفساد.

ولنا، على أن الزوج إنما يرجع بالنصف، أن الزوج لم يغرم إلا النصف، فلم يجب له أكثر مما غرم، ولأنه بالفسخ يرجع إليه بدل النصف الآخر، فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى، ولأن خروج البضع من

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٨/٨

ملك الزوج لا قيمة له، وإنما ضمنت المرضعة هاهنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضا للسقوط بسبب يوجد من الزوجة، فلم يرجع هاهنا بأكثر مما ألزمته. فصل: والواجب نصف المسمى، لا نصف مهر المثل؛ لأنه إنما يرجع بما غرم، والذي غرم نصف ما فرض لها، فرجع به. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يرجع بنصف مهر المثل؛ لأنه ضمان متلف، فكان الاعتبار بقيمته، دون ما ملكه به، كسائر الأعيان.

ولنا، أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له، بدليل ما لو قتلت نفسها، أو ارتدت، أو أرضعت من ينفسخ نكاحها بإرضاعه، فإنها لا تغرم له شيئا، وإنما الرجوع هاهنا بما غرم، فلا يرجع بغيره؛ ولأنه لو رجع بقيمة المتلف، لرجع بمهر المثل كله، ولم يختص بنصفه؛ لأن التلف لم يختص بالنصف، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى، كذا هاهنا.." (١)

"وانفسخ نكاح الصغيرتين، ولا مهر عليه للكبيرة، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين، وله أن ينكح من شاء منهما) أما تحريم الكبيرة فلأنها صارت من أمهات النساء، وأما انفساخ نكاح الصغيرتين، فلأنهما صارتا أختين، واجتمعتا في الزوجية، فينفسخ نكاحهما، كما لو ارتضعتا معا، ولا مهر للكبيرة؛ لأن الفساد جاء من قبلها، ويرجع عليها بنصف صداق الصغيرتين؛ لأنها أفسدت نكاحهما، وله أن ينكح من شاء منهما؛ لأن انفساخ نكاحهما للجمع، ولا يوجب تحريما مؤبدا. وهذا على الرواية التي قلنا: إنها إذا أرضعت الصغيرة، اختص الفسخ بالكبيرة.

فأما على الرواية التي تقول: ينفسخ نكاحهما معا. فإنه يثبت نكاح الأخيرة من الصغيرتين؛ لأن الكبيرة لما أرضعت الأولى، انفسخ نكاحهما، ثم أرضعت الأخرى، فلم تجتمع معهما في النكاح، فلم ينفسخ نكاحها. فأما إن كان دخل بالكبيرة، حرمت، وحرمت الصغيرتان على التأبيد؛ لأنهما ربيبتان قد دخل بأمهما. (٦٤٤٢) فصل: فإن أرضعت الصغيرتين أجنبية، انفسخ نكاحهما أيضا. وهذا قول أبي حنيفة والمزني، وأحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: ينفسخ نكاح الأخيرة وحدها؛ لأن سبب البطلان حصل بها، وهو الجمع، فأشبه ما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى. **ولنا**، أنه جامع بين الأختين في النكاح، فانفسخ نكاحهما، كما لو أرضعتهما معا، وفارق ما لو عقد على واحدة بعد الأخرى، فإن عقد الثانية لم يصح، فلم يصر به جامعا بينهما، وهاهنا حصل الجمع برضاع الثانية، ولا يمكن القول بأنه لم يصح، فحصلتا معا في نكاحه، وهما أختان لا محالة. (٦٤٤٣)

فصل: وإن أرضعتهما بنت الكبيرة، فالحكم في الفسخ كما لو أرضعتهن الكبيرة نفسها؛ لأن الكبيرة تصير

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٨٤

جدة لهما، ولكن الرجوع يكون على المرضعة المفسدة لنكاحهن.

[مسألة أرضعت امرأته الكبيرة زوجاته الثلاثة منفردات]

(٦٤٤٤) مسألة؛ قال: (وإن كن الأصاغر ثلاثا، فأرضعتهن منفردات، حرمت الكبيرة، وانفسخ نكاح المرتضعتين أولا، وثبت نكاح آخرهن رضاعا. فإن أرضعت إحداهن منفردة، واثنتين بعد ذلك معا، حرمت." (١)

"والزهري، والأوزاعي، وابن أبي ذئب، وسعيد بن عبد العزيز.

وعن أحمد، رواية أخرى: لا يقبل إلا شهادة امرأتين. وهو قول الحكم؛ لأن الرجال أكمل من النساء؛ ولا يقبل إلا شهادة رجلين، فالنساء أولى. وعن أحمد، رواية ثالثة، أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة، وتستحلف مع شهادتها. وهو قول ابن عباس، وإسحاق؛ لأن ابن عباس قال، في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلا وأهله، فقال: إن كانت مرضية، استحلفت، وفارق امرأته. وقال: إن كانت كاذبة، لم يحل الحول حتى يبيض ثدياها. يعني يصيبها فيها برص، عقوبة على كذبها. وهذا لا يقتضيه قياس، ولا يهتدي إليه رأي، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفا. وقال عطاء، وقتادة، والشافعي: لا يقبل من النساء أقل من أربع؛ لأن كل امرأتين كرجل.

وقال أصحاب الرأي: لا يقبل فيه إلا رجلان، أو رجل وامرأتان. وروي ذلك عن عمر؛ لقول الله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [البقرة: ٢٨٢] . **ولنا**، ما روى عقبة بن الحارث، قال: «تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما. فأتيت النبي - صلى الله عليه وسلم -، فذكرت ذلك له، فقال: وكيف، وقد زعمت ذلك» . متفق عليه وفي لفظ رواه النسائي، قال: «فأتيته من قبل وجهه، فقلت: إنها كاذبة. قال: كيف، وقد زعمت أنها قد أرضعتكما، خل سبيلها» . وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة. وقال الزهري: فرق بين أهل أبيات في زمن عثمان - رضي الله عنه - بشهادة امرأة في الرضاع. وقال الأوزاعي: فرق عثمان بين أربعة وبين نسائهم، بشهادة امرأة في الرضاع. وقال الشعبي: كانت القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة، بشهادة امرأة واحدة في الرضاع. ولأن هذا شهادة على عورة، فيقبل فيه شهادة النساء المنفردات، كالولادة. وعلل الشافعي، بأنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات، فيقبل فيه شهادة المرأة المنفردة، كالخبر.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٩/٨

[فصل شهادة المرضعة على فعل نفسها]

(٦٤٤٧) فصل: ويقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها؛ لما ذكرنا من حديث عقبة، من أن الأمة السوداء قالت: قد أرضعتكما. فقبل النبي – صلى الله عليه وسلم – شهادتها. ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود، ولا تدفع عنها به ضررا، فقبلت شهادتها به، كفعل غيرها. فإن قيل: فإنها تستبيح الخلوة به، والسفر معه، وتصير محرما له. قلنا: ليس هذا من الأمور المقصودة، التي ترد بها الشهادة، ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلانا طلق زوجته، وأعتق أمته، قبلت شهادتهما، وإن كان يحل لهما نكاحهما بذلك.." (١)

"إذا ثبت هذا، فإنه إن كان قبل الدخول، وصدقته المرأة، فلا شيء لها؛ لأنهما اتفقا على أن النكاح فاسد من أصله، لا يستحق فيه مهر، فأشبه ما لو ثبت ذلك ببينة، وإن أكذبته، فالقول قولها؛ لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها، فلزمه إقراره فيما هو حق له، وهو تحريمها عليه، وفسخ نكاحه، ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر. (٦٤٥٠) فصل: وإن قال: هي عمتي، أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع. وأمكن صدقه، فالحكم فيه كما لو قال: هي أختي. وإن لم يمكن صدقه، مثل أن يقول لأصغر منه أو لمثله: هذه أمي. أو لأكبر منه أو لمثله: هذه ابنتي. لم تحرم عليه. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو يوسف ومحمد: تحرم عليه؛ لأنه أقر بما يحرمها عليه، فوجب أن يقبل، كما لو أمكن. **ولنا**، أنه أقر بما تحقق كذبه فيه، فأشبه ما لو قال: أرضعتني وإياها حواء. أو كما لو قال: هذه حواء. وما ذكروه منتقض بهذه الصور، ويفارق ما إذا أمكن، فإنه لا يتحقق كذبه، والحكم في الإقرار بقرابة من النسب تحرمها عليه، كالحكم في الإقرار بالرضاع؛ لأنه في معناه.

[فصل ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمه أو ابنته]

فصل: إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع، فأنكرته، فشهدت بذلك أمه أو ابنته، لم تقبل شهادتهما؛ لأن شهادة الوالدة لولدها والوالد لولده غير مقبولة. وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها، قبلت. وعنه، لا يقبل؛ بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده. وفي ذلك روايتان. وإن ادعت ذلك المرأة، وأنكره الزوج، فشهدت لها أمها أو ابنتها، لم تقبل، وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته، فعلى روايتين. (٦٤٥٢) مسألة:

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٩١

قال: (وإن كانت المرأة هي التي قالت: هو أخي من الرضاعة. فأكذبها، ولم تأت بالبينة على ما وصفت، فهي زوجته في الحكم) وجملته أن المرأة إذا أقرت أن زوجها أخوها من الرضاعة فأكذبها، لم يقبل قولها في فسخ النكاح؛ لأنه حق عليها، فإن كان قبل الدخول، فلا مهر لها؛ لأنها تقر بأنها لا تستحقه، فإن كانت قد قبضته، لم يكن للزوج أخذه منها؛ لأنه يقر بأنه حق لها، وإن كان بعد الدخول، فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه، ومطاوعة له في الوطء، فلا مهر لها أيضا، لإقرارها بأنها زانية مطاوعة، وإن أنكرت." (١)

"موسرين، فعليه لها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين، فعليه نفقة المعسرين، وإن كانا متوسطين، فلها عليه نفقة المتوسطين، وإن كان أحدهما موسرا، والآخر معسرا، فعليه نفقة المتوسطين، أيهما كان الموسر. وقال أبو حنيفة ومالك: يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها؛ لقول الله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٣] . والمعروف الكفاية، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة، والكسوة على قدر حالها، فكذلك النفقة، «وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لهند: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» . فاعتبر كفايتها دون حال زوجها، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها، فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها، دون حال من وجبت عليه، كنفقة المماليك، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر، فكان معتبرا بها، كمهرها وكسوتها.

وقال الشافعي: الاعتبار بحال الزوج وحده؛ لقول الله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة مِن سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها﴾ [الطلاق: ٧] . **ولنا**، أن فيما ذكرناه جمعا بين الدليلين، وعملا بكلا النصين، ورعاية لكلا الجانبين، فيكون أولى.

[فصل مقدار نفقة الزوجة]

(٦٤٥٦) فصل: والنفقة مقدرة بالكفاية، وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك. وقال القاضي: هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم، في حق الموسر والمعسر، اعتبارا بالكفارات، وإنما يختلفان في صفته وجودته؛ لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكول، وفيما تقوم به البنية، وإنما يختلفان في جودته، فكذلك النفقة الواجبة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٣/٨

وقال الشافعي: نفقة المقتر مد بمد النبي – صلى الله عليه وسلم – لأن أقل ما يدفع في الكفارة إلى الواحد مد. والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل، فقال سبحانه: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾ [المائدة: ٨٩] . وعلى الموسر مدان؛ لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مدين في كفارة الأذى، وعلى المتوسط مد ونصف، نصف نفقة الموسر، ونصف نفقة الفقير.
ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» . فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير، ورد الاجتهاد في ذلك إليها، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المدين، بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص، ولأن الله تعالى قال: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٣] . وقال النبي – صلى الله عليه وسلم -: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» . وإيجاب." (١)

"أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف، وإيجاب قدر الكفاية، وإن كان أقل من مد أو من رطلي خبز، إنفاق بالمعروف، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة.
واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح؛ لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار، ولا هي مقدرة بالكفاية، وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر، ولهذا لا يجب فيها الأدم.

[فصل لا يجب في النفقة الحب]
(٦٤٥٧) فصل: ولا يجب فيها الحب. وقال الشافعي: الواجب فيها الحب، اعتبارا بالإطعام في الكفارة، حتى لو دفع إليها دقيقا أو سويقا أو خبزا، لم يلزمها قبوله، كما لا يلزم ذلك المسكين في الكفارة. قال بعضهم: يجيء على قول أصحابنا، أنه لا يجوز وإن تراضيا؛ لأنه بيع حنطة بجنسها متفاضلا. **ولنا**، قول ابن عباس، في قوله تعالى: ﴿من أوسط ما تطعمون أهليكم﴾ [المائدة: ٨٩] . قال: الخبز والزيت. وعن ابن عمر: الخبز والسمن، والخبز والزيت، والخبز والتمر، ومن أفضل ما تطعمونهن الخبز واللحم. ففسر إطعام الأهل بالخبز مع غيره من الأدم.
ولأن الشرع ورد بالإنفاق مطلقا من غير تقييد ولا تقدير، فوجب أن يرد إلى العرف، كما في القبض والإحراز، وأهل العرف إنما يتعارفون فيما بينهم في الإنفاق على أهليهم الخبز والأدم، دون الحب، والنبي – صلى الله عليه وسلم – وصحابته إنما كانوا ينفقون ذلك، دون ما ذكروه، فكان ذلك هو الواجب، ولأنها نفقة

---
(١) المغني لابن قدامة ١٩٦/٨

قدرها الشرع بالكفاية، فكان الواجب الخبز، كنفقة العبيد، ولأن الحب تحتاج فيه إلى طحنه وخبزه، فمتى احتاجت إلى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقته، وفارق الإطعام في الكفارة، لأنها لا تقدر بالكفاية، ولا يجب فيها الأدم. فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز دراهم، أو حبا، أو دقيقا، أو غير ذلك، لم يلزمه بذله، ولو عرض عليها بدل الواجب لها، لم يلزمها قبوله؛ لأنها معاوضة، فلا يجبر واحد منهما على قبوله، كالبيع.

وإن تراضيا على ذلك، جاز؛ لأنه طعام وجب في الذمة، لآدمي معين، فجازت المعاوضة عنه، كالطعام في القرض، ويفارق الطعام في الكفارة؛ لأنه حق الله تعالى، وليس هو لآدمي معين، فيرضى بالعوض عنه. وإن أعطاها مكان الخبز حبا، أو دقيقا، جاز إذا تراضيا عليه؛ لأن هذا ليس بمعاوضة حقيقة، فإن الشارع لم يعين الواجب بأكثر من الكفاية، فبأي شيء حصلت الكفاية، كان ذلك هو الواجب، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف، لترجحه بكونه القوت المعتاد.." (١)

"[مسألة منع امرأته النفقة لعسرته]

(٦٤٧٢) مسألة: قال: (فإذا منعها، ولم تجد ما تأخذه، واختارت فراقه، فرق الحاكم بينهما) وجملته أن الرجل إذا منع امرأته النفقة، لعسرته، وعدم ما ينفقه، فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه، وبين فراقه. وروي نحو ذلك عن عمر، وعلي، وأبي هريرة. وبه قال سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وربيعة، وحماد، ومالك، ويحيى القطان، وعبد الرحمن بن مهدي، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور.

وذهب عطاء، والزهري، وابن شبرمة، وأبو حنيفة وصاحباه، إلى أنها لا تملك فراقه بذلك، ولكن يرفع يده عنها لتكتسب؛ لأنه حق لها عليه، فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه، كالدين. وقال العنبري: يحبس إلى أن ينفق ولنا، قول الله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ [البقرة: ٢٢٩] . وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكا بمعروف، فيتعين التسريح.

وروى سعيد، عن سفيان، عن ابن أبي الزناد، قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، أيفرق بينهما؟ قال: نعم. قلت: سنة؟ قال: سنة. وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. وقال ابن المنذر ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد، في رجال غابوا عن نسائهم، فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى. ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء، والضرر فيه، أقل، لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٧/٨

لا يقوم البدن إلا بها أولى. إذا ثبت هذا، فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق، فللمرأة المطالبة بالفسخ، من غير إنظار. وهذا أحد قولي الشافعي.

وقال حماد بن أبي سليمان: يؤجل سنة قياسا على العنين. وقال عمر بن عبد العزيز: اضربوا له شهرا أو شهرين. وقال مالك: الشهر ونحوه. وقال الشافعي في القول الآخر: يؤجل ثلاثا؛ لأنه قريب. **ولنا**، ظاهر حديث عمر، ولأنه معنى يثبت الفسخ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه، فوجب، أن يثبت الفسخ في الحال، كالعيب، ولأن سبب الفسخ الإعسار، وقد وجد، فلا يلزم التأخير.

[فصل لم تجد الزوجة النفقة إلا يوما بيوم]

(٦٤٧٣) فصل: وإن لم يجد النفقة إلا يوما بيوم، فليس ذلك إعسارا يثبت به الفسخ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه، وقد قدر عليه. وإن وجد في أول النهار ما يغديها، وفي آخره ما يعشيها، لم يكن لها الفسخ؛ لأنها تصل إلى كفايتها، وما يقوم به بدنها. وإن كان صانعا يعمل في الأسبوع ما يبيعه في يوم بقدر كفايتها." (١)

"في الأسبوع كله، لم يثبت الفسخ؛ لأن هذا يحصل الكفاية به في جميع زمانه. وإن تعذر عليه الكسب في بعض زمانه، أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ؛ لأنه يمكن الاقتراض إلى زوال العارض، وحصول الاكتساب. وإن عجز عن الاقتراض أياما يسيرة لم يثبت الفسخ؛ لأن ذلك يزول عن قرب، ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس.

وإن مرض مرضا يرجى زواله في أيام يسيرة، لم يفسخ؛ لما ذكرناه. وإن كان ذلك يطول، فلها الفسخ؛ لأن الضرر الغالب يلحقها، ولا يمكنها الصبر. وكذلك إن كان لا يجد من النفقة إلا يوما دون يوم، فلها الفسخ؛ لأنها لا يمكنها الصبر على هذا، ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت. وإن أعسر ببعض نفقة المعسر، ثبت لها الخيار؛ لأن البدن لا يقوم بما دونها. وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر، فلا خيار لها؛ لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره، ويمكن الصبر عنها، ويقوم البدن بما دونها.

وإن أعسر بنفقة الخادم، لم يثبت لها خيار؛ لما ذكرنا، وكذلك إن أعسر بالأدم. وإن أعسر بالكسوة، فلها الفسخ؛ لأن الكسوة لا بد منها، ولا يمكن الصبر عنها، ولا يقوم البدن بدونها. وإن أعسر بأجرة المسكن، ففيه وجهان؛ أحدهما: لها الخيار؛ لأنه مما لا بد منه، فهو كالنفقة والكسوة. والثاني، لا خيار

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٠٤

لها؛ لأن البنية تقوم بدونه. وهذا الوجه هو الذي ذكره القاضي. وإن أعسر بالنفقة الماضية، لم يكن لها الفسخ؛ لأنها دين يقوم البدن بدونها، فأشبهت سائر الديون. الحال الثاني، أن يمتنع من الإنفاق مع يساره؛ فإن قدرت له على مال، أخذت منه قدر حاجتها، ولا خيار لها؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر هندا بالأخذ، ولم يجعل لها الفسخ، وإن لم تقدر، رافعته إلى الحاكم، فيأمره بالإنفاق، ويجبره عليه، فإن أبى حبسه، فإن صبر على الحبس، أخذ الحاكم النفقة من ماله، فإن لم يجد إلا عروضا أو عقارا، باعها في ذلك. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور.

وقال أبو حنيفة: النفقة في ماله من الدنانير والدراهم، ولا يبيع عرضا إلا بتسليم؛ لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه، أو إذن وليه، ولا ولاية على الرشيد. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – لهند " خذي ما يكفيك ". ولم يفرق، ولأن ذلك مال له، فتؤخذ منه النفقة، كالدراهم والدنانير، وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع، بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره.

وإن تعذرت النفقة في حال غيبته، وله وكيل، فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه، وإن لم يكن له وكيل، ولم تقدر المرأة على الأخذ، أخذ لها الحاكم من ماله، ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك، إذا لم تجد ما تنفق سواه. وينفق على المرأة يوما بيوم. وبهذا قال الشافعي، ويحيى بن آدم. وقال أصحاب الرأي: يفرض لها في كل شهر.." (١)

"غير عذر، في أظهر الروايتين. وهذا قول الحسن ومالك، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. والرواية الأخرى: تسقط نفقتها، ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها. وهذا مذهب أبي حنيفة؛ لأنها نفقة تجب يوما فيوما، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الأقارب، لأن نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها، فتسقط، كنفقة الأقارب.

ولنا، أن عمر – رضي الله عنه – كتب إلى أمراء الأجناد، في رجال غابوا عن نسائهم، يأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى. ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار، فلم يسقط بمضي الزمان، كأجرة العقار والديون. قال ابن المنذر هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها. ولأنها عوض واجب فأشبهت الأجرة. وفارق نفقة الأقارب، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له، وجبت لتزجية الحال، فإذا مضى زمنها استغنى عنها، فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره، وهذه بخلاف ذلك إذا ثبت هذا، فإنه إن ترك الإنفاق عليها مع يساره، فعليه النفقة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٥/٨

بكمالها، وإن تركها لإعساره، لم يلزمه [إلا] نفقة المعسر؛ لأن الزائد سقط بإعساره.

[فصل ضمان النفقة ما وجب منها وما يجب في المستقبل]

(٦٤٨٠) فصل: ويصح ضمان النفقة، ما وجب منها وما يجب في المستقبل، إذا قلنا: إنها تثبت في الذمة. وقال الشافعي يصح ضمان ما وجب، وفي ضمان المستقبل وجهان، بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين؟ ومبنى الخلاف على ضمان ما لم يجب إذا كان ماله إلى الوجوب، فعندنا يصح، وعندهم لا يصح. وقد ذكرنا ذلك في باب الضمان.

[فصل أعسر بنفقة الخادم أو الأدم أو المسكن]

(٦٤٨١) فصل: وإن أعسر بنفقة الخادم أو الأدم أو المسكن، ثبت ذلك في ذمته. وبهذا قال الشافعي. وقال القاضي: لا يثبت؛ لأنه من الزوائد، فلم يثبت في ذمته، كالزائد عن الواجب عليه. **ولنا**، أنها نفقة تجب على سبيل العوض فتثبت في الذمة، كالنفقة الواجبة للمرأة قوتا، وفارق الزائد عن نفقة المعسر، فإنه يسقط بالإعسار.

[فصل أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها]

(٦٤٨٢) فصل: وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب، ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها، حسب عليها ما أنفقته من ميراثها، سواء أنفقته بنفسها، أو بأمر الحاكم. وبهذا قال أبو العالية ومحمد بن سيرين،." (١)

"الدين خالص حقه، لا حق لها فيه، وإنما تعلق حقها بالنفقة الحاضرة، لوجوب صرفها إليها، وقوام بدنها بها، بخلاف الماضية.

وقال أبو الخطاب، وأصحاب الشافعي: ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة؛ لأنها حق لها، فلم يملك سيدها الفسخ دونها، كالفسخ للعيب، فإن كانت معتوهة، أنفق المولى، وتكون النفقة دينا في ذمة الزوج، وإن كانت عاقلة قال لها السيد: إن أردت النفقة، فافسخي النكاح، وإلا فلا نفقة لك عندي.

[فصل اختلف الزوجان في الإنفاق عليها أو في تقبيضها نفقتها]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٠٨/٨

(٦٤٨٥) فصل: وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها، أو في تقبيضها نفقتها، فالقول قول المرأة؛ لأنها منكرة، والأصل معها. وإن اختلفا في التمكين الموجب للنفقة، أو في وقته، فقالت: كان ذلك من شهر. فقال: بل من يوم. فالقول قوله؛ لأنه منكر، والأصل معه. وإن اختلفا في يساره فادعته المرأة ليفرض لها نفقة الموسرين، أو قالت: كنت موسرا. وأنكر ذلك، فإن عرف له مال، فالقول قولها، وإلا فالقول قوله. وبهذا كله قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة، أو في وقتها، فقال: فرضها منذ شهر. فقالت: بل منذ عام. فالقول قوله، وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي. وقال مالك: إن كان مقيما معها، فالقول قوله، وإن كان غائبا عنها، فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم. **ولنا**، أن قوله يوافق الأصل، فقدم، كما لو كان مقيما معها، وكل من قلنا: القول قوله فلخصمه عليه اليمين؛ لأنها دعاوى في المال، فأشبهت دعوى الدين، ولأن «النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: ولكن اليمين على المدعى عليه.» وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة، أو بعث به إليها فقالت إنما فعلت ذلك تبرعا وهبة. وقال: بل وفاء للواجب علي. فالقول قوله؛ لأنه أعلم بنيته، أشبه ما لو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نيته.

وإن طلق امرأته، وكانت حاملا فوضعت، فقال: طلقتك حاملا، فانقضت عدتك بوضع الحمل، وانقطعت نفقتك ورجعتك. وقالت: بل بعد الوضع، فلي النفقة، ولك الرجعة. فالقول قولها؛ لأن الأصل بقاء النفقة، وعدم المسقط لها، وعليها العدة، ولا رجعة للزوج؛ لإقراره بعدمها. وإن رجع فصدقها، فله الرجعة؛ لأنها مقرة له بها. ولو قال: طلقتك بعد الوضع، فلي الرجعة، ولك النفقة. وقالت: بل وأنا حامل. فالقول قوله؛ لأن الأصل بقاء الرجعة، ولا نفقة لها، ولا عدة عليها؛ لأنها حق لله تعالى، فالقول قولها فيها.

وإن عاد فصدقها، سقطت رجعته، ووجب لها النفقة. هذا في ظاهر الحكم، فأما فيما بينه وبين الله تعالى، فينبني على ما يعلمه من حقيقة الأمر دون ما قاله.." (١)

"تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] . أوجب أجر رضاع الولد على أبيه، وقال سبحانه: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٣] .

وقال سبحانه: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا﴾ [الإسراء: ٢٣] . ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما. ومن السنة «قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لهند: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» . متفق عليه. وروت عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إن أطيب ما أكل الرجل

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢١٠

من كسبه، وإن ولده من كسبه.» رواه أبو داود. وأما الإجماع، فحكى ابن المنذر قال: أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما، ولا مال، واجبة في مال الولد، وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم.

ولأن ولد الإنسان بعضه، وهو بعض والده، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله. إذا ثبت هذا، فإن الأم تجب نفقتها، ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وحكي عن مالك، أنه لا نفقة عليها، ولا لها لأنها ليست عصبة لولدها. **ولنا**، قوله سبحانه: ﴿وبالوالدين إحسانا﴾ [البقرة: ٨٣] . «وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لرجل سأله: من أبر؟ قال أمك، ثم أمك، ثم أمك، ثم أباك، ثم الأقرب فالأقرب» رواه أبو داود، ولأنها أحد الوالدين، فأشبهت الأب، ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة، ووجوب العتق، فأشبهت الأب. فإن أعسر الأب، وجبت النفقة على الأم، ولم ترجع بها عليه إن أيسر.

وقال أبو يوسف ومحمد: ترجع عليه. **ولنا**، أن من وجب عليه الإنفاق بالقرابة، لم يرجع به، كالأب.

[فصل الإنفاق على الأجداد والجدات وإن علوا وولد الولد وإن سفلوا]

(٦٤٨٨) فصل: ويجب الإنفاق على الأجداد والجدات وإن علوا، وولد الولد وإن سفلوا، وبذلك قال الشافعي والثوري، وأصحاب الرأي. وقال مالك: لا تجب النفقة عليهم ولا لهم؛ لأن الجد ليس بأب حقيقي. **ولنا**، قوله سبحانه: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] . ولأنه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد، بدليل أن الله تعالى قال: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١] . فيدخل فيهم ولد البنين.

وقال تعالى: ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد. وقال:." (١)

"للإرث والإنفاق، والمانع من الإرث لا يمنع من الإنفاق؛ لأنه معسر لا يمكنه الإنفاق، فوجوده بالنسبة إلى الإنفاق كعدمه.

[فصل نفقة ذوي الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب]

(٦٤٩٠) فصل: فأما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب، فإن كانوا من غير عمودي النسب،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٢/٨

فلا نفقة عليهم. نص عليه أحمد، فقال: الخالة والعمة لا نفقة عليهما. قال القاضي: لا نفقة لهم رواية واحدة؛ وذلك لأن قرابتهم ضعيفة، وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث، فهم كسائر المسلمين، فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث، وذلك الذي يأخذه بيت المال؛ ولذلك يقدم الرد عليهم. وقال أبو الخطاب: يخرج فيهم رواية أخرى: أن النفقة تلزمهم عند عدم العصبات وذوي الفروض؛ لأنهم وارثون في تلك الحال.

قال ابن أبي موسى: هذا يتوجه على معنى قوله، والأول هو المنصوص عنه. فأما عمود النسب، فذكر القاضي ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم، سواء كانوا من ذوي الأرحام، كأبي الأم وابن البنت، أو من غيرهم، وسواء كانوا محجوبين أو وارثين. وهذا مذهب الشافعي؛ وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية وبعضية، وتقتضي رد الشهادة، وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل، فأوجبت النفقة على كل حال، كقرابة الأب الأدنى.

[فصل ما يشترط في وجوب نفقة الوالدين والمولودين]

(٦٤٩١) فصل: ولا يشترط في وجوب نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة، ولا نقص الأحكام، في ظاهر المذهب، وظاهر كلام الخرقي؛ فإنه أوجب نفقتهم مطلقا إذا كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم. وقال القاضي: لا يشترط في الوالدين. وهل يشترط ذلك في الولد؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين؛ إحداهما، تلزمه نفقته؛ لأنه فقير. والثانية: إن كان يكتسب فينفق على نفسه، لم تلزم نفقته. وهذا القول يرجع إلى أن الذي لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته، رواية، واحدة، سواء كان ناقص ال أحكام، كالصغير والمجنون، أو ناقص الخلقة كالزمن، وإنما الروايتان في من لا حرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه.

وقال الشافعي: يشترط نقصانه، إما، من طريق الحكم أو من طريق الخلقة. وقال أبو حنيفة: ينفق على الغلام حتى يبلغ، فإذا بلغ صحيحا، انقطعت نفقته، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج. ونحوه قال مالك، إلا أنه قال: ينفق على النساء حتى يتزوجن، ويدخل بهن الأزواج، ثم لا نفقة لهن، وإن طلقن، ولو طلقن قبل البناء بهن، فهن على نفقتهن. **ولنا**، «قول النبي - صلى الله عليه وسلم - لهند: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.» لم يستثن منهم بالغا ولا صحيحا، ولأنه والد أو ولد فقير، فاستحق النفقة على والده

أو ولده الغني، كما لو كان زمنا أو مكفوفا، فأما الوالد، فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحا إذا لم يكن ذا كسب، وللشافعي في ذلك قولان. **ولنا** أنه والد محتاج، فأشبه الزمن.." [1]

"[فصل كان له أب من أهل الإنفاق لم تجب نفقته على سواه]

(٦٤٩٢) فصل: ومن كان له أب من أهل الإنفاق، لم تجب نفقته على سواه؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] . وقال: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن﴾ [البقرة: ٢٣٣] . «وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - لهند: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.» فجعل النفقة على أبيهم دونها. ولا خلاف في هذا نعلمه، إلا أن لأصحاب الشافعي، فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران، وجهين: أحدهما، أن النفقة على الأب وحده. والثاني، عليهما جميعا؛ لتساويهما في القرب. **ولنا**، أن النفقة على الأب منصوص عليها، فيجب اتباع النص، وترك ما عداه.

[فصل يلزم الرجل إعفاف أبيه إذا احتاج إلى النكاح]

(٦٤٩٣) فصل: ويلزم الرجل إعفاف أبيه، إذا احتاج إلى النكاح. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. ولهم في إعفاف الأب الصحيح وجه آخر، أنه لا يجب. وقال أبو حنيفة: لا يلزم الرجل إعفاف أبيه، سواء وجبت نفقته أو لم تجب؛ لأن ذلك من أعظم الملاذ، فلم تجب للأب، كالحلواء، ولأنه أحد الأبوين، فلم يجب له ذلك كالأم. **ولنا**، أن ذلك مما تدعو حاجته إليه، ويستضر بفقده، فلزم ابنه له، كالنفقة، ولا يشبه الحلواء؛ لأنه لا يستضر بفقدها، وإنما يشبه الطعام والأدم، وأما الأم فإن إعفافها إنما هو تزويجها إذا طلبت ذلك، وخطبها كفؤها، ونحن نقول بوجوب ذلك عليه، وهم يوافقوننا في ذلك إذا ثبت هذا، فإنه يجب إعفاف من لزمت نفقته من الآباء والأجداد، فإن اجتمع جدان، ولم يمكن إلا إعفاف أحدهما، قدم الأقرب، إلا أن يكون أحدهما من جهة الأب والآخر من جهة الأم، فيقدم الذي من جهة الأب، وإن بعد؛ لأنه عصبة والشرع قد اعتبر جهته في التوريث والتعصيب، فكذلك في الإنفاق والاستحقاق. (٦٤٩٤) فصل: وإذا وجب عليه إعفاف أبيه، فهو مخير، إن شاء زوجه حرة، وإن شاء ملكه أمة، أو دفع إليه ما يتزوج به حرة أو يشتري به أمة، وليس للأب التخيير عليه، إلا أن الأب إذا عين امرأة، وعين الابن أخرى، وصداقهما واحد، قدم تعيين الأب؛ لأن النكاح له، والمؤنة واحدة، فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٥/٨

وعين الأب كفؤا، قدم تعيينها. وإن اختلفا في الصداق لم يلزم الابن الأكثر؛ لأنه إنما يلزم أقل ما تحصل به الكفاية، ولكن ليس له أن يزوجه أو يملكه قبيحة أو كبيرة لا استمتاع فيها،." (١)

"وليس له أن يزوجه أمة؛ لأن فيه ضررا عليه، وهو إرقاق ولده، والنقص في استمتاعه.

وإن رضي الأب بذلك لم يجز، لأن الضرر يلحق بغيره، وهو الولد، ولذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة. وإذا زوجه زوجة أو ملكه أمة، فعليه نفقته ونفقتها. ومتى أيسر الأب، لم يكن للولد استرجاع ما دفعه إليه، ولا عوض ما زوجه به؛ لأنه دفعه إليه في حال وجوبه عليه، فلم يملك استرجاعه، كالزكاة. وإن زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الأمة، لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانيا؛ لأنه فوت ذلك على نفسه. وإن ماتتا، فعليه إعفافه ثانيا لأنه لا صنع له في ذلك.

[فصل كل من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته]

فصل: قال أصحابنا: وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه، نفقته، وكان محتاجا إلى إعفافه. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: لا يجب ذلك عليه. **ولنا**، أنه من عمودي نسبه، وتلزمه نفقته، فيلزمه إعفافه عند حاجته إليه، كأبيه. قال القاضي: وكذلك يجيء في كل من لزمته نفقته؛ من أخ، أو عم، أو غيرهم؛ لأن أحمد قد نص في العبد: يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك، وإلا بيع عليه. وكل من لزمه إعفافه لزمته نفقة زوجته؛ لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك. وقد روي عن أحمد، أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة الابن. وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها.

[مسألة قال الصبي إذا لم يكن له أب أجبر وارثه على نفقته]

(٦٤٩٦) مسألة قال: (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب، أجبر وارثه على نفقته، على قدر ميراثهم منه) ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه، إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرنا لها. وبه قال الحسن، ومجاهد، والنخعي، وقتادة، والحسن بن صالح، وابن أبي ليلى، وأبو ثور. وحكى ابن المنذر، عن أحمد، في الصبي المرضع لا أب له ولا جد، نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء. وكذلك روى بكر بن محمد، عن أبيه، عن أحمد: النفقة على العصبات. وبه قال الأوزاعي، وإسحاق. وذلك لما روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته. احتج به أحمد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٦/٨

وقال ابن المنذر: روي عن عمر أنه حبس عصبة ينفقون على صبي الرجال دون النساء. ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة، فاختصت بها العصبات، كالعقل. وقال أصحاب الرأي: تجب النفقة على كل ذي رحم محرم، ولا تجب على غيرهم؛ لقول الله تعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال: ٧٥] . وقال مالك، والشافعي، وابن المنذر: لا نفقة إلا على المولودين والوالدين؛ «لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لرجل سأله: عندي دينار؟ قال: أنفقه على نفسك. قال: عندي آخر؟ قال: أنفقه على ولدك. قال: عندي آخر؟ قال: أنفقه على أهلك.." (١)

"قال: عندي آخر؟ قال: أنفقه على خادمك. قال: عندي آخر؟ . قال: أنت أعلم» . ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء، ولأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين، ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها، فلا يصح قياسه عليهم. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٣] . ثم قال: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] . فأوجب على الأب نفقة الرضاع، ثم عطف الوارث عليه، فأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد.

وروي «أن رجلا سأل النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: من أبر؟ قال: أمك وأباك، وأختك وأخاك. وفي لفظ: ومولاك الذي هو أدناك، حقا واجبا، ورحما موصولا.» رواه أبو داود. وهذا نص؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – ألزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة، جعلها حقا واجبا، وما احتج به أبو حنيفة حجة عليه، فإن اللفظ عام في كل ذي رحم فيكون حجة عليه في عداد الرحم المحرم، وقد اختصت بالوارث في الإرث فكذلك في الإنفاق.

وأما خبر أصحاب الشافعي، فقضية في عين، يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالإنفاق عليه؛ ولهذا لم يذكر الوالد والأجداد وأولاد الأولاد. وقولهم: لا يصح القياس. قلنا: إنما أثبتناه بالنص، ثم إنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد، مع التفاوت، فبطل ما قالوه. إذا ثبت هذا، فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب، لعموم الآية، ولا يتناول ذوي الأرحام، على ما مضى بيانه، فإن كان اثنان يرث أحدهما الآخر ولا يرثه الآخر، كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه، والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها، فالنفقة على الوارث دون الموروث. نص عليه أحمد، في رواية ابن زياد، فقال: يلزم الرجل نفقة بنت عمه، ولا يلزمه نفقة بنت أخته. وذكر أصحابنا رواية أخرى لا تجب النفقة على الوارث هاهنا؛ لقول أحمد: العمة والخالة لا نفقة لهما. إلا أن القاضي قال: هذه الرواية محمولة على العمة من الأم فإنه لا يرثها؛ لكونه ابن أخيها من أمها. وقد ذكر

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٧/٨

الخرقي، أن على الرجل نفقة معتقه؛ لأنه وارثه. ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه، ولا تلزمه نفقته. فعلى هذا، يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخته كذلك، ولا يلزمهن نفقته. وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى؛ لقول الله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] . وكل واحد من هؤلاء وارث.

[مسألة كان للصبي أم وجد فما يلزمهم من النفقة]

(٦٤٩٧) مسألة: قال: (فإن كان للصبي أم وجد فعلى الأم ثلث النفقة، وعلى الجد ثلثا النفقة)." [١]

"وجملته أنه إذا لم يكن للصبي أب، فالنفقة على وارثه. فإن كان له وارثان، فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر، فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه؛ فإذا كان له أم وجد، فعلى الأم الثلث والباقي على الجد؛ لأنهما يرثانه كذلك. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: النفقة كلها على الجد؛ لأنه ينفرد بالتعصيب، فأشبه الأب. وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد، أن النفقة على العصبات خاصة.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] والأم وارثة، فكان عليها بالنص، ولأنه معنى يستحق بالنسب، فلم يختص به الجد دون الأم كالوراثة.

[فصل اجتمع ابن وبنت فالنفقة بينهما أثلاثا]

(٦٤٩٨) فصل: وإن اجتمع ابن وبنت، فالنفقة بينهما أثلاثا، كالميراث. وقال أبو حنيفة: النفقة عليهما سواء؛ لأنهما سواء في القرب. وإن كان أم وابن، فعلى الأم السدس والباقي على الابن. وإن كانت بنت وابن ابن، فالنفقة بينهما نصفان. وقال أبو حنيفة: النفقة على البنت؛ لأنها أقرب.

وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث: النفقة على الابن؛ لأنه العصبة. وإن كانت له أم وبنت، فالنفقة بينهما أرباعا؛ لأنهما يرثانه كذلك. وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي: النفقة على البنت؛ لأنها تكون عصبة مع أخيها. وإن كانت له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: النفقة على ابن البنت؛ لأنه ذكر. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] . فرتب النفقة على الإرث، فيجب أن تترتب في المقدار عليه، وإيجابها على ابن البنت يخالف النص والمعنى، فإنه ليس بعصبة ولا وارث، فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢١٨

[مسألة كانت جدة وأخا فما يلزمهم من النفقة]

(٦٤٩٩) مسألة: قال: (فإن كانت جدة وأخا، فعلى الجدة سدس النفقة والباقي على الأخ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات) يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث، فكما أن للجدة هاهنا سدس الميراث، فعليها سدس." [١]

"وإن قلنا: إن كل محجوب لا نفقة عليه. فليس على الأم إلا السدس، ولا شيء على غيرها. وإن لم يكن في المسألة جد، فالنفقة كلها على الأم. على القول الأول. وعلى الثاني، ليس عليها إلا السدس. وإن قلنا: إن على المحجوب بالمعسر النفقة، وإن كان من غير عمودي النسب. فعلى الأم السدس، والباقي على الجد والأخوين أثلاثا، كما يرثون إذا كان الأب معدوما.

وإن كان بعض من عليه النفقة غائبا، وله مال حاضر، أنفق الحاكم منه حصته، وإن لم يوجد له مال حاضر، فأمكن الحاكم الاقتراض عليه، اقترض، فإذا قدم، فعليه وفاؤه.

[فصل ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص وله امرأة]

(٦٥٠٣) فصل: ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص، وله امرأة، فالنفقة لها دون الأقارب؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث جابر: «إذا كان أحدكم فقيرا، فليبدأ بنفسه، فإن كان له فضل، فعلى عياله، فإن كان له فضل، فعلى قرابته.» ولأن نفقة القريب مواساة، ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة، فقدمت على مجرد المواساة، ولذلك وجبت مع يسارهما وإعسارهما، ونفقة القريب بخلاف ذلك، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته، فقدمت على نفقة القريب، كنفقة نفسه، ثم من بعدها نفقة الرقيق؛ لأنها تجب مع اليسار والإعسار، فقدمت على مجرد المواساة، ثم من بعد ذلك الأقرب فالأقرب.

فإن اجتمع أب وجد، أو وابن وابن ابن، قدم الأب على الجد، والابن على ابنه. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: يستوي الأب والجد، والابن وابنه؛ لتساويهم في الولادة والتعصيب. **ولنا**، أن الأب والابن أقرب وأحق بميراثه، فكانا أحق، كالأب مع الأخ. وإن اجتمع ابن وجد، أو أب وابن ابن، احتمل وجهين؛ أحدهما، تقديم الابن؛ والأب؛ لأنهما أقرب، فإنهما يليانه بغير واسطة، ولا يسقط إرثهما بحال، والجد وابن الابن بخلافهما، ويحتمل التسوية بينهما؛ لأنهما سواء في الإرث والتعصيب والولادة. وإن اجتمع جد وابن ابن، فهما سواء لتساويهما في القرب والإرث والولادة والتعصيب. ويحتمل فيهما ما يحتمل في الأب

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٩/٨

والابن، على ما سنذكره.

[فصل اجتمع أب وابن فعلى من تجب النفقة]

(٦٥٠٤) فصل: وإن اجتمع أب وابن، فقال القاضي: إن كان الابن صغيرا، أو مجنونا، قدم لأن نفقته وجبت بالنص،." (١)

"ولنا، قول الله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] . «وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - أمك وأباك، وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك، ومولاك الذي يلي ذاك، حقا واجبا، ورحما موصولا» . ولأنه يرثه بالتعصيب، فكانت عليه نفقته كالأب. ويشترط في وجوب الإنفاق عليه الشروط المذكورة في غيره. (٦٥٠٧)

فصل: فإن مات مولاه، فالنفقة على الوارث من عصباته، على ما بين في باب الولاء ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه، إذا كان له عليهم ولاء؛ لأنه عصبتهم ووارثهم، وعليه نفقة أولاد معتقته إذا كان أبوهم عبدا كذلك، فإن أعتق أبوهم فانجر الولاء إلى معتقه، صار ولاؤهم لمعتق أبيهم، ونفقتهم عليه، إذا كملت الشروط، وليس على العتيق نفقة معتقه وإن كان فقيرا؛ لأنه لا يرثه، فإن كان كل واحد منهما مولى صاحبه، مثل أن يعتق الحربي عبدا، ثم يسبي العبد سيده فيعتقه، فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر؛ لأنه يرثه.

[م سألة زوجت الأمة لزم زوجها أو سيده إن كان مملوكا نفقتها]

(٦٥٠٨) مسألة: قال: (وإذا زوجت الأمة، لزم زوجها أو سيده، إن كان مملوكا، نفقتها) وجملته أن زوج الأمة لا يخلو من أن يكون حرا أو عبدا، أو بعضه حرا وبعضه عبدا، فإن كان حرا، فنفقتها عليه، للنص، واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة الزوجات على أزواجهن البالغين، والأمة داخلة في عمومهن، ولأنها زوجة ممكنة من نفسها، فوجب على زوجها نفقتها، كالحرة، وإن كان زوجها مملوكا، فالنفقة واجبة لزوجته لذلك. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم، على أن على العبد نفقة زوجته. هذا قول الشعبي، والحكم، والشافعي. وبه قال أصحاب الرأي إذا بوأها بيتا.

وحكي عن مالك، أنه قال: ليس عليه نفقتها؛ لأن النفقة مواساة، وليس هو من أهلها، ولذلك لا تجب عليه نفقة أقاربه، ولا زكاة ماله. ولنا، أنها عوض واجب في النكاح فوجبت على العبد كالمهر، و ا الدليل

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٢١

على أنها عوض، أنها تجب في مقابلة التمكين؛ ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين، وفارق نفقة الأقارب. إذا ثبت وجوبها على العبد، فإنها تلزم سيده؛ لأن السيد أذن له في النكاح المفضي إلى إيجابها. وقال ابن أبي موسى: فيه رواية أخرى، أنها تجب في كسب العبد. وهو قول أصحاب الشافعي؛ لأنه لم يمكن إيجابها." (١)

"نكاحه، أو واجب أذن في سببه، وإن كان النذر في نكاحه بغير إذنه، فلا نفقة لها؛ لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر الذي لم يوجبه الشرع عليها، ولا ندبها إليه وإن كان النذر مطلقا، أو كان صوم كفارة، فصامت بإذنه، فلها النفقة؛ لأنها أدت الواجب بإذنه، فأشبه ما لو صامت المعين في وقته، وإن صامت بغير إذنه، فقال القاضي: لا نفقة لها؛ لأنها يمكنها تأخيره، فإنه على التراخي، وحق الزوج على الفور وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته، فكذلك، وإن كان وقته مضيقا، مثل أن قرب رمضان الآخر، فعليه نفقتها؛ لأنه واجب مضيق بأصل الشرع، أشبه أداء رمضان.

[مسألة طلق الرجل زوجته طلاقا لا يملك فيه الرجعة]

(٦٥٢٦) مسألة: قال: (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقا لا يملك فيه الرجعة، فلا سكنى لها، ولا نفقة، إلا أن تكون حاملا) وجملة الأمر، أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقا بائنا، فإما أن يكون ثلاثا، أو بخلع، أو بانت بفسخ، وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى، بإجماع أهل العلم؛ لقول الله تعالى ﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٦] وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملا» ولأن الحمل ولده، فيلزمه الإنفاق عليه، ولا يمكنه النفقة عليه، إلا بالإنفاق عليها، فوجب، كما وجبت أجرة الرضاع وإن كانت حائلا، فلا نفقة لها

وفي السكنى روايتان:؛ إحداهما: لها ذلك وهو قول عمر، وابنه وابن مسعود، وعائشة، وفقهاء المدينة السبعة ومالك، والشافعي؛ للآية، والرواية الثانية، لا سكنى لها، ولا نفقة وهي ظاهر المذهب، وقول علي، وابن عباس، وجابر، وعطاء، وطاوس، والحسن وعكرمة، وميمون بن مهران، وإسحاق، وأبي ثور، وداود وقال أكثر الفقهاء العراقيين: لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، والحسن بن صالح، وأبو حنيفة وأصحابه، والبتي، والعنبري؛ لأن ذلك يروى عن عمر، وابن مسعود ولأنها مطلقة، فوجبت

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٢٣

لها النفقة والسكنى، كالرجعية

وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عن عمر، أنه قال: لا ندع كتاب ربنا، وسنة نبينا، لقول امرأة وأنكرته عائشة، وسعيد بن المسيب، وتأولوه ولنا، ما روت فاطمة بنت قيس، «أن زوجها طلقها ألبتة وهو غائب، فأرسل إليها وكيله بشعير فتسخطته، فقال: والله ما لك علينا من شيء فجاءت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فذكرت ذلك له، فقال: ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك» متفق عليه وفي لفظ: «فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: انظري يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة، فإذا لم يكن له عليها الرجعة." (١)

"إذا كانت هي الحاضنة له، أو المرضعة له، وكذلك أجر رضاعها، يلزمه تسليمه إليها؛ لأنه أجر ملكته عليه بالإرضاع، لا في مقابلة الاستمتاع، فلا يزول بزواله.

[فصل سقطت نفقة المرأة بنشوزها فعادت عن النشوز والزوج حاضر]

(٦٥٣٤) فصل: وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها، فعادت عن النشوز والزوج حاضر، عادت نفقتها؛ لزوال المسقط لها، ووجود التمكين المقتضي لها وإن كان غائبا، لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره، أو حضور وكيله، أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الإمكان ولو ارتدت امرأته، سقطت نفقتها، فإن عادت إلى الإسلام، عادت نفقتها بمجرد عودها؛ لأن المرتدة إنما سقطت نفقتها بخروجها عن الإسلام، فإذا عادت إليه، زال المعنى المسقط، فعادت النفقة، وفي النشوز، سقطت النفقة بخروجها عن يده، أو منعها له من التمكين المستحق عليها، ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده، وتمكينه منها، ولا يحصل ذلك في غيبته، ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها في حال غيبته، لم تستحق النفقة بمجرد البذل، كذا هاهنا، والله أعلم.

[باب من أحق بكفالة الطفل]

كفالة الطفل وحضانته واجبة؛ لأنه يهلك بتركه، فيجب حفظه عن الهلاك، كما يجب الإنفاق عليه، وإنجاؤه من المهالك ويتعلق بها حق لقرابته، لأن فيها ولاية على الطفل واستصحابا له، فتعلق بها الحق، ككفالة اللقيط ولا تثبت الحضانة لطفل، ولا معتوه؛ لأنه لا يقدر عليها، وهو محتاج إلى من يكفله، فكيف يكفل

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٣٢

غيره، ولا فاسق؛ لأنه غير موثوق به في أداء الواجب من الحضانة، ولا حظ للولد في حضانته، لأنه ينشأ على طريقته، ولا الرقيق وبهذا قال عطاء، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي

وقال مالك، في حر له ولد حر من أمة: الأم أحق به، إلا أن تباع فتنقل، فيكون الأب أحق به؛ لأنها أم مشفقة، فأشبهت الحرة **ولنا**، أنها لا تملك منافعها التي تحصل الكفالة بها، لكونها مملوكة لسيدها، فلم يكن لها حضانة، كما لو بيعت ونقلت ولا تثبت لكافر على مسلم وبهذا قال مالك، والشافعي، وسوار، والعنبري وقال ابن القاسم وأبو ثور، وأصحاب الرأي تثبت له؛ لما روي عن عبد الحميد بن جعفر، عن أبيه، عن جده رافع بن سنان، «أنه أسلم، وأبت امرأته أن تسلم، فأتت النبي - صلى الله عليه وسلم -." [١]

"فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع: ابنتي فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: اقعد ناحية، وقال لها: اقعدي ناحية، وقال: ادعواها فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: اللهم اهدها فمالت إلى أبيها، فأخذها» رواه أبو داود **ولنا**، أنها ولاية، فلا تثبت لكافر على مسلم، كولاية النكاح والمال، ولأنها إذا لم تثبت للفاسق، فالكافر أولى، فإن ضرره أكثر، فإنه يفتنه عن دينه، ويخرجه عن الإسلام بتعليمه الكفر، وتزيينه له، وتربيته عليه، وهذا أعظم الضرر والحضانة إنما تثبت لحظ الولد، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه وهلاك دينه فأما الحديث، فقد روي على غير هذا الوجه، ولا يثبته أهل النقل، وفي إسناده مقال قال ابن المنذر

ويحتمل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - علم أنها تختار أباها بدعوته، فكان ذلك خاصا في حقه فأما من بعضه حر، فإن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة، فلا حضانة له؛ لأنه لا يقدر عليها، لكون منافعه مشتركة بينه وبين سيده، وإن كان بينهما مهايأة، فقياس قول أحمد، أن له الحضانة في أيامه؛ لأنه قال: كل ما يتجزأ، فعليه النصف من كل شيء وهذا اختيار أبي بكر وقال الشافعي: لا حضانة له لأنه كالقن عنده وهذا أصل قد تقدم.

[مسألة من أحق بكفالة الطفل والمعتوه]

(٦٥٣٥) مسألة: قال: (والأم أحق بكفالة الطفل والمعتوه، إذا طلقت) وجملته أن الزوجين إذا افترقا، ولهما ولد طفل أو معتوه، فأمه أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها، ذكرا كان أو أنثى، وهذا قول يحيى الأنصاري، والزهري، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وإسحاق، وأصحاب الرأي، ولا نعلم أحدا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٧/٨

خالفهم

والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص، «أن امرأة قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني، وأراد أن ينزعه مني فقال رسول اللہ - صلى الله عليه وسلم -: أنت أحق به ما لم تنكحي» رواه أبو داود ويروي أن أبا بكر الصديق، حكم على عمر بن الخطاب بعاصم." (١)

"وحكي عن أبي حنيفة: إن انتقلت من بلد إلى قرية، فالأب أحق، وإن انتقلت إلى بلد آخر، فهي أحق؛ لأن في البلد يمكن تعليمه وتخريجه ولنا، أنه اختلف مسكن الأبوين، فكان الأب أحق، كما لو انتقلت من بلد إلى قرية، أو إلى بلد لم يكن فيه أصل النكاح، وما ذكروه لا يصح؛ لأن الأب في العادة هو الذي يقوم بتأديب ابنه وتخريجه وحفظ نسبه، فإذا لم يكن في بلده ضاع، فأشبه ما لو كان في قرية

وإن انتقلا جميعا إلى بلد واحد، فالأم باقية على حضانتها وكذلك إن أخذه الأب لافتراق البلدين، ثم اجتمعا، عادت إلى الأم حضانتها وغير الأم ممن له الحضانة من النساء، يقوم مقامها، وغير الأب من عصبات الولد، يقوم مقامه، عند عدمهما، أو كونهما من غير أهل الحضانة.

[مسألة لم تكن أم أو تزوجت الأم على من الحضانة]

(٦٥٤٥) مسألة: قال: (فإن لم تكن أم، أو تزوجت الأم، فأم الأب أحق من الخالة) في هذه المسألة: فصلان: (٦٥٤٦ (الفصل الأول: أن الأم إذا تزوجت، سقطت حضانتها قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم قضى به شريح، وهو قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي وحكي عن الحسن، أنها لا تسقط بالتزويج ونقل مهنا عن أحمد: إذا تزوجت الأم، وابنها صغير، أخذ منها قيل له: فالجارية مثل الصبي؟ قال: لا، الجارية تكون معها إلى سبع سنين فظاهر هذا أنه لم يزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها، وأزالها عن الغلام ووجه ذلك ما روي، أن عليا وجعفرا وزيد بن حارثة، تنازعوا في حضانة ابنة حمزة، فقال علي: ابنة عمي، وأنا أخذتها

وقال زيد: بنت أخي؛ لأن «رسول الله - صلى الله عليه وسلم - آخى بين زيد وحمزة وقال جعفر: بنت عمي، وعندي خالتها فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: الخالة أم» وسلمها إلى جعفر رواه أبو داود بنحو هذا المعنى، فجعل لها الحضانة وهي مزوجة والرواية الأولى هي الصحيحة قال ابن أبي موسى:

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٣٨

وعليها العمل؛ «لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – للمرأة: أنت أحق به، ما لم تنكحي» ولأنها إذا تزوجت، اشتغلت حقوق الزوج عن الحضانة، فكان الأب أحظ له، ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها، فأشبهت المملوكة

فأما بنت حمزة، فإنما." (١)

"قضى بها لخالتها؛ لأن زوجها من أهل الحضانة، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي، وقد ترجح جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة، فكان أولى وعلى هذا، متى كانت المرأة متزوجة لرجل من أهل الحضانة، كالجدة تكون متزوجة للجد، لم تسقط حضانتها؛ لأنه يشاركها في الولادة والشفقة على الولد، فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب ولو تنازع العمان في الحضانة، وأحدهما متزوج للأم، أو الخالة، فهو أحق، لحديث بنت حمزة وكذلك كل عصبتين تساويا، وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانة، قدم بها لذلك وظاهر قول الخرقي، أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرد العقد وإن عري عن الدخول وهو قول الشافعي، ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول وهو قول مالك؛ لأن به تشتغل عن الحضانة ووجه الأول، قول «النبي – صلى الله عليه وسلم –: أنت أحق به ما لم تنكحي»

وقد وجد النكاح قبل الدخول، ولأن بالعقد يملك منافعها، ويستحق زوجها منعه ا من حضانته، فزال حقها، كما لو دخل بها

(٦٥٤٧) الفصل الثاني: أن الأم إذا عدمت، أو تزوجت، أو لم تكن من أهل الحضانة، واجتمعت أم أب وخالة، فأم الأب أحق وبه قال أبو حنيفة، والشافعي في الجديد وحكي ذلك عن مالك، وأبي ثور وروي عن أحمد أن الأخت والخالة أحق من الأب فعلى هذا، يحتمل أن تكون الخالة أحق من أم الأب وهو قول الشافعي القديم؛ لأنها تدلي بأم، وأم الأب تدلي به، فقدم من يدلي بالأم، كتقديم أم الأم على أم الأب، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى ببنت حمزة لخالتها، وقال: «الخالة أم» **ولنا**، أن أم الأب جدة وارثة، فقدمت على الخالة، كأم الأم، ولأن لها ولادة ووراثة، فأشبهت أم الأم

فأما الحديث، فيدل على أن للخالة حقا في الجملة، وليس النزاع فيه، إنما النزاع في الترجيح عند الاجتماع وقولهم: تدلي بأم قلنا: لكن لا ولادة لها، فيقدم عليها من له ولادة، كتقديم أم الأم على الخالة فعلى هذا، متى وجدت جدة وارثة، فهي أولى ممن هو من غير عمودي النسب بكل حال وإن علت درجتها؛ لفضيلة

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٤٣

الولادة والوراثة، فأما أم أبي الأم فلا حضانة لها؛ لأنها تدلي بأبي الأم، ولا حضانة له، ولا من أدلى به.

[فصل اجتمعت أم أم وأم أب فأيهم أحق بالحضانة]

(٦٥٤٨) فصل: فإن اجتمعت أم أم وأم أب، فأم الأم أحق، وإن علت درجتها؛ لأن لها ولادة، وهي تدلي بالأم التي تقدم على الأب، فوجب تقديمها عليها، كتقديم الأم على الأب وعن أحمد أن أم الأب أحق وهو قياس." (١)

"قول الخرقي؛ لأنه قدم خالة الأب على خالة الأم، وخالة الأب أخت أمه، وخالة الأم أخت أمها، فإذا قدم أخت أم الأب، دل على تقديمها، وذلك لأنها تدلي بعصبة، مع مساواتها للأخرى في الولادة فوجب تقديمها، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم، وإنما قدمت الأم على الأب؛ لأنها أنثى تلي الحضانة بنفسها، فكذلك أمه، فإنها أنثى تلي بنفسها، فقدمت لما ذكرناه.

[مسألة عدم من يستحق الحضانة من الآباء والأمهات وإن علوا]

(٦٥٤٩) مسألة: قال: (والأخت من الأب أحق من الأخت من الأم، وأحق من الخالة) وجملته أنه إذا عدم من يستحق الحضانة، من الآباء والأمهات وإن علوا، انتقلت إلى الأخوات، وقدمن على سائر القرابات، كالخالات والعمات وغيرهن؛ لأنهن شاركن في النسب، وقدمن في الميراث، ولأن العمات والخالات إنما يدلين بأخوة الآباء والأمهات ولا ميراث لهن مع ذي فرض ولا عصبة، فالمدلي إلى نفس المكفول ويرثه أقرب وأشفق، فكان أولى وأولى الأخوات من كان لأبوين، لقوة قرابتها، ثم من كان لأب، ثم من كان لأم، نص عليه أحمد، وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة: الأخت من الأم أولى من الأخت من الأب وهو قول المزني، وابن سريج لأنها أدلت بالأم، فقدمت على المدلية بالأب، كأم الأم مع أم الأب

وقال ابن سريج تقدم الخالة على الأخت من الأب؛ لذلك ولأبي حنيفة فيه روايتان ولنا، أن الأخت من الأب أقوى في الميراث، فقدمت، كالأخت من الأبوين، ولا تخفى قوتها، فإنها أقيمت مقام الأخت من الأبوين عند عدمها، وتكون عصبة مع البنات وتقاسم الجد، وما ذكروه من الإدلاء لا يلزم؛ لأن الأخت تدلي بنفسها؛ لكونهما خلقا من ماء واحد، ولهما تعصيب، فكانت أولى والله أعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٤٤

[مسألة عدمت الأمهات والآباء والأخوات على من تكون الحضانة]

(٦٥٥٠) مسألة: قال: (وخالة الأب أحق من خالة الأم) وجملته أنه إذا عدمت الأمهات والآباء والأخوات، انتقلت الحضانة إلى الخالات، ويقدمن على العمات نص عليه أحمد ويحتمل كلام الخرقي تقديم العمات؛ لأنه قدم خالة الأب، وهي أخت أمه، على خالة الأم، وهي أخت أمها، فيدل ذلك على تقديم قرابة الأب على قرابة الأم، ولأنهن يدلين بعصبة، فقدمن، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم

وقال القاضي: مراد الخرقي بقوله: خالة الأب أي الخالة من الأب تقدم على الخالة من الأم، كتقديم الأخت من الأب على الأخت من الأم؛ لأن الخالات أخوات الأم، فيجرين في الاستحقاق والتقديم فيما." [1]

"بينهن مجرى الأخوات المفترقات، وكذلك الحكم في العمات المفترقات فإن قلنا بتقديم الخالات، فإذا انقرضن فالعمات بعدهن، وإن قلنا بتقديم العمات، فالخالات بعدهن، فإذا عدمن، انتقلت إلى خالات الأب، على قول الخرقي، وعلى القول الآخر، إلى خالات الأم وهل يقدم خالات الأب على عماته؟ على وجهين: بناء على ما ذكرنا في الخالات والعمات فأما عمات الأم، فلا حضانة لهن؛ لأنهن يدلين بأبي الأم، وهو رجل من ذوي الأرحام، لا حضانة له، ولا لمن أدلى به.

[فصل وللرجال من العصبات مدخل في الحضانة]

(٦٥٥١) فصل: وللرجال من العصبات مدخل في الحضانة، وأولاهم الأب، ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم الأخ من الأب، ثم بنوهم وإن سفلوا، على ترتيب الميراث، ثم العمومة، ثم بنوهم كذلك، ثم عمومة الأب، ثم بنوهم وهذا قول الشافعي وقال بعض أصحابه: لا حضانة لغير الآباء والأجداد؛ لأنهم لا معرفة لهم بالحضانة، ولا لهم ولاية بأنفسهم، فلم يكن لهم حضانة، كالأجانب **ولنا**، أن عليا وجعفرا اختصما في حضانة ابنة حمزة، فلم ينكر عليهم النبي - صلى الله عليه وسلم - ادعاء الحضانة ولأن لهم ولاية وتعصيبا بالقرابة، فتثبت لهم الحضانة، كالأب والجد، وفارق الأجانب؛ فإنهم ليست لهم قرابة ولا شفقة، ولأن الأجانب تساووا في عدم القرابة، فليس واحد منهم أولى بالتقديم من الآخر، والعصبات لهم قرابة يمتازون بها، وأحقهم بالحضانة أحقهم بالميراث بعد الآباء والأجداد، ويقومون مقام الأب في التخيير للصبي بينه وبين الأم، أو غيرهما ممن له الحضانة من النساء، ويكونون أحق بالجارية إذا بلغت سبعا، إلا ابن العم فإن الجارية لا تسلم إليه إذا بلغت سبعا؛ لأنه ليس بمحرم لها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٥/٨

[فصل الرجال من ذوي الأرحام لا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم]

(٦٥٥٢) فصل: فأما الرجال من ذوي الأرحام، كالخال، والأخ من الأم. وأبي الأم، وابن الأخت، فلا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم؛ لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة، ولا له قوة قرابة كالعصبات، ولا حضانة إلا يدلي بهم، كأم أبي الأم، وابنة الخال، وابنة الأخ من الأم؛ لأنهن يدلين بمن لا حضانة له، فإذا لم تثبت للمدلي، فللمدلين به أولى فإن لم يكن هناك غيرهم، احتمل وجهين: أحدهما:، هم أولى؛ لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أولى منهم، كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم والثاني، لا حق لهم في الحضانة، وينتقل الأمر إلى الحاكم والأول أولى.." (١)

"كما لا تنتقل إلى الأخت، وكونهن فروعا لها، لا يوجب سقوط حقوقهن بسقوط حقها، كما لو سقط حقها لكونها من غير أهل الحضانة، أو لتزوجها وهكذا الحكم في الأب إذا أسقط حقه، هل يسقط حق أمهاته؟ على وجهين وإن كانت أخت من أبوين، وأخت من أب، فأسقطت الأخت من الأبوين حقها، لم يسقط حق الأخت من الأب؛ لأن استحقاقها من غير جهتها، وليست فرعا عليها.

[مسألة أخذ الولد من الأم إذا تزوجت ثم طلقت هل ترجع حضانتها]

(٦٥٥٥) مسألة:؛ قال: (وإذا أخذ الولد من الأم إذا تزوجت، ثم طلقت، رجعت على حقها من كفالته) وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، إلا أن أبا حنيفة والمزني قالا: إن كان الطلاق رجعيا، لم يعد حقها؛ لأن الزوجية قائمة، فأشبه ما لو كانت في صلب النكاح ولنا، أنها مطلقة، فعاد حقها من الحضانة، كالبائن وقولهم: إنها زوجة قلنا: إلا أنه قد عزلها عن فراشه، ولم يبق لها عليه قسم، ولا لها به شغل، وعقد سبب زوال نكاحها، فأشبهت البائن في عدتها ويخرج عندنا مثل قولهما، لكون النكاح قبل الدخول مزيلا لحق الحضانة، مع عدم القسم والشغل بالزوج.

[فصل ما يمنع الاستحقاق بالحضانة]

(٦٥٥٦) فصل: وكل قرابة تستحق بها الحضانة، منع منها مانع، كرق، أو كفر، أو فسوق، أو جنون، أو صغر، إذا زال المانع، مثل أن عتق الرقيق، وأسلم الكافر، وعدل الفاسق، وعقل المجنون، وبلغ الصغير، عاد

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٤٦

حقهم من الحضانة؛ لأن سببها قائم، وإنما امتنعت لمانع، فإذا زال المانع، عاد الحق بالسبب السابق الملازم، كالزوجة إذا طلقت.

[مسألة تزوجت المرأة فهل لزوجها منعها من رضاع ولدها]

(٦٥٥٧) مسألة:؛ قال: (وإذا تزوجت المرأة، فلزوجها أن يمنعها من رضاع ولدها، إلا أن يضطر إليها، ويخشى عليه التلف) وجملة ذلك أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره، ومن رضاع ولد غيرها، إلا أن يضطر إليها؛ لأن عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان، من كل الجهات، سوى أوقات الصلوات، والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الأوقات، فكان له المنع كالخروج من منزله فإن اضطر الولد، بأن لا توجد مرضعة سواها، أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها، وجب التمكين من إرضاعه؛ لأنها حال ضرورة، وحفظ لنفس ولدها، فقدم على حق الزوج، كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته.." [1]

"[فصل فإن أرادت إرضاع ولدها منه هل للزوج منعها]

(٦٥٥٨) فصل: فإن أرادت إرضاع ولدها منه، فكلام الخرقي يحتمل وجهين أحدهما: أن له منعها من رضاعه؛ لعموم لفظه وهو قول الشافعي؛ لأنه يخل باستمتاعه منها، فأشبه ما لو كان الولد من غيره والثاني، ليس له منعها؛ فإنه قال: وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها، فهي أحق به من غيرها، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة، وذلك لقول الله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين﴾ [البقرة: ٢٣٣] وهذا خبر يراد به أمر، وهو عام في كل والدة، ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات؛ لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن، وهم لا يجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره، وقولنا، في الوجه الأول: إنه يخل باستمتاعه

قلنا: ولكن لإيفاء حق عليه، وليس ذلك ممتنعا، كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب، لا سيما إذا تعلق به حق الولد، في كونه مع أمه، وحق الأم في الجمع بينها وبين ولدها وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى، وهو ظاهر كلام القاضي أبي يعلى.

[فصل وإن أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٤٨

(٦٥٥٩) فصل: وإن أجرت المرأة نفسها للرضاع، ثم تزوجت، صح النكاح، ولم يملك الزوج فسخ الإجارة، ولا منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة؛ لأن منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه، فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة، أو دارا مشغولة فإن نام الصبي، أو اشتغل بغيرها، فللزوج الاستمتاع، وليس لولي الصبي منعه وبهذا قال الشافعي وقال مالك: ليس له وطؤها إلا برضاء الولي؛ لأن ذلك ينقص اللبن **ولنا**، أن وطء الزوج مستحق بالعقد، فلا يسقط بأمر مشكوك فيه، كما لو أذن الولي فيه، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولي، فجاز مع عدمه؛ لأنه ليس للولي الإذن فيما يضر الصبي، ويسقط حقوقه.

[فصل أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها]

(٦٥٦٠) فصل: وإن أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع، بإذن زوجها، جاز، ولزم العقد؛ لأن الحق لهما، ولا يخرج عنهما وإن أجرتها بغير إذن الزوج، لم يصح؛ لما يتضمن من تفويت حق زوجها، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والآخر، يصح؛ لأنه تناول محلا غير محل النكاح، لكن للزوج فسخه؛ لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل **ولنا**، أنه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق، فلم يصح، كإجارة المستأجر.." [1]

"لأن المنافع حق له، فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له، وإن أرضعت الولد، فهل لها أجر المثل؟ على وجهين

وإن كانت مطلقة، فطلبت أجر المثل، فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر، لم يكن له ذلك، وإن وجد متبرعة، أو من ترضعه بدون أجر المثل، فله انتزاعه منها، في ظاهر المذهب؛ لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها وقال أبو حنيفة: إن طلبت الأجر، لم يلزم الأب بذلها لها، ولا يسقط حقها من الحضانة، وتأتي المرضعة ترضعه عندها؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقين، فلم يجز الإخلال بأحدهما **ولنا**، على الأول، ما تقدم، وعلى جواز الاستئجار، أنه عقد إجارة يجوز من غير الزوج إذا أذن فيه، فجاز مع الزوج، كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة وقولهم: إن المنافع مملوكة له غير صحيح؛ فإنه لو ملك منفعة الحضانة، لملك إجبارها عليها، ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه، ول كانت الأجرة له، وإنما امتنع إجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه، لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الأوقات؛ ولهذا جازت بإذنه، وإذا استأجرها، فقد أذن لها في إجارة نفسها، فصح، كما يصح من الأجنبي

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٤٩

وأما الدليل على وجوب تقديم الأم، إذا طلبت أجر مثلها، على المتبرعة، فقوله تعالى: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقوله سبحانه: ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ [الطلاق: ٦] ولأن الأم أحنى وأشفق، ولبنها أمرأ من لبن غيرها، فكانت أحق به من غيرها، كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها؛ ولأن في رضاع غيرها تفويتا لحق الأم من الحضانة، وإضرارا بالولد، ولا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب، والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجبه الله تعالى على الأب

وقول أبي حنيفة يفضي إلى تفويت حق الولد من لبن أمه، وتفويت [حق] الأم في إرضاعه لبنها، فلم يجز ذلك، كما لو تبرعت برضاعه فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها، ووجد الأب من ترضعه بأجر مثلها، أو متبرعة، جاز انتزاعه منها؛ لأنها أسقطت حقها باشتطاطها، وطلبها ما ليس لها، فدخلت في عموم قوله: ﴿فسترضع له أخرى﴾ [الطلاق: ٦] وإن لم يجد مرضعة إلا بمثل تلك الأجرة، فالأم أحق؛ لأنهما تساوتا في الأجر، فكانت الأم أحق، كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها.

[فصل طلبت ذات الزوج الأجنبي إرضاع ولدها بأجرة مثلها، بإذن زوجها]

(٦٥٦٤) فصل: وإن طلبت ذات الزوج الأجنبي إرضاع ولدها، بأجرة مثلها، بإذن زوجها، ثبت حقها، وكانت أحق." (١)

"أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجه. ثم ينتظر، فإن كان ذا كسب، فجعل عليه بقدر ما يفضل من كسبه عن نفقته وخراجه شيء، جاز، فإن لهما به نفعا، فإن العبد يحرص على الكسب، وربما فضل معه شيء يزيده في نفقته، ويتسع به. وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته، لم يجز.

وكذلك إن كلف من لا كسب له المخارجة، لم يجز؛ لما روي عن عثمان - رضي الله عنه - أنه قال: لا تكلفوا الصغير الكسب، فإنكم متى كلفتموه الكسب سرق، ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها. ولأنه متى كلف غير ذي الكسب خراجا، كلفه ما يغلبه، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم - " لا تكلفوهم ما يغلبهم ". وربما حمله ذلك على أن يأتي به من غير وجهه، فلم يكن للسيد أخذه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥١/٨

[فصل مرض المملوك أو زمن أو عمي أو انقطع كسبه على من تلزم نفقته]

(٦٥٧٠) فصل: وإذا مرض المملوك، أو زمن، أو عمي، أو انقطع كسبه، فعلى سيده القيام به، والإنفاق عليه؛ لأن نفقته تجب بالملك، ولهذا تجب مع الصغر، والملك باق مع العمى والزمانة، فتجب نفقته معهما، مع عموم النصوص المذكورة في أول الباب.

[مسألة للسيد أن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك]

(٦٥٧١) مسألة: قال: (وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك) وجملة ذلك أنه يجب على السيد إعفاف مملوكه، إذا طلب ذلك. وهو أحد قولي الشافعي. وقال أبو حنيفة، ومالك: لا يجبر عليه؛ لأن فيه ضررا عليه، وليس مما تقوم به البنية، فلم يجبر عليه، كإطعام الحلواء. **ولنا** قوله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾ [النور: ٣٢] . والأمر يقتضي الوجوب، ولا يجب إلا عند الطلب.

وروى عكرمة، عن ابن عباس، قال: من كانت له جارية، فلم يزوجها، ولم يصبها، أو عبد فلم يزوجه، فما صنعا من شيء كان على السيد. ولولا وجوب إعفافهما لما لحق السيد الإثم بفعلهما، ولأنه مكلف، محجور عليه، دعا إلى تزويجه،." (١)

"إنما كان كذلك؛ لأن نفقة العبد على سيده، وقد قام الذي جاء به مقام سيده في أداء الواجب عليه، فرجع به عليه، كما لو أذن له. وقال الشافعي: لا يرجع بشيء؛ لأنه متبرع بإنفاق لم يجب عليه. **ولنا**، أنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر أدائه منه، فرجع به عليه، كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإنفاق على امرأته ما يجب عليه من النفقة. ويتخرج أن لا يرجع بشيء، بناء على الرواية الأخرى، في من أنفق على الرهن الذي عنده، أو الوديعة، أو الجمال إذا هرب الجمال وتركها مع المستأجر.

[فصل لسيد تأديب عبده وأمته]

(٦٥٧٨) فصل: وله تأديب عبده وأمته إذا أذنبا، بالتوبيخ، والضرب الخفيف، كما يؤدب ولده، وامرأته في النشوز، وليس له ضربه على غير ذنب، ولا ضربه ضربا مبرحا وإن أذنب، ولا لطمه في وجهه، وقد روي عن ابن مقرن المزني، قال: «لقد رأيتني سابع سبعة، ليس لنا إلا خادم واحد، فلطمها أحدنا، فأمرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بإعتاقها، فأعتقناها» . وروي عن أبي مسعود، قال: «كنت أضرب غلاما لي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٥٤

فإذا رجل من خلفي يقول: اعلم أبا مسعود، اعلم أبا مسعود فالتفت، فإذا النبي – صلى الله عليه وسلم – يقول: اعلم أبا مسعود، أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام.»

[فصل من ملك بهيمة فله نفقتها]

(٦٥٧٩) فصل ومن ملك بهيمة، لزمه القيام بها، والإنفاق عليها ما تحتاج إليه، من علفها، أو إقامة من يرعاها؛ لما روى ابن عمر، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا فلا هي أطعمتها ولا هي أرسلتها تأكل من خشاش الأرض» . متفق عليه. فإن امتنع من الإنفاق عليها، أجبر على ذلك فإن أبى أو عجز، أجبر على بيعها، أو ذبحها إن كانت مما يذبح.

وقال أبو حنيفة: لا يجبره السلطان، بل يأمره، كما يأمره بالمعروف، وينهاه عن المنكر؛ لأن البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم، أل ا ترى أنه لا تصح منها الخصومة، ولا ينصب عنها خصم، فصارت كالزرع والشجر. **ولنا**، أنها نفقة حيوان واجبة عليه، فكان للسلطان إجباره عليها، كنفقة العبيد، ويفارق نفقة الشجر والزرع، فإنها لا تجب. فإن عجز عن الإنفاق، وامتنع من البيع، بيعت عليه، كما يباع العبد." (١)

"فترك شد فصاده مع إمكانه، أو جرحه فترك مداواة جرحه، وفارق الماء؛ لأنه لا يهلك بنفسه، ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد، وأما النار فيسيرها يهلك. وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله: أنا قادر على التخلص. أو نحو هذا؛ لأن النار لها حرارة شديدة، فربما أزعجته حرارتها عن معرفة ما يتخلص به، أو أذهبت عقله بألمها وروعتها. وإن ألقاه في لجة لا يمكنه التخلص منها، فالتقمه حوت، ففيه وجهان: أحدهما، عليه القود؛ لأنه ألقاه في مهلكة فهلك، فأشبه ما لو غرق فيها. والثاني: لا قود عليه؛ لأنه لم يهلك بها، أشبه ما لو قتله آدمي آخر.

وإن ألقاه في ماء يسير، فأكله سبع، أو التقمه حوت أو تمساح، فلا قود عليه؛ لأن الذي فعله لا يقتل غالبا، وعليه ضمانه؛ لأنه هلك بفعله.

الضرب الثالث: أن يجمع بينه وبين أسد أو نمر، في مكان ضيق، كزبية ونحوها، فيقتله، فهذا عمد، فيه القصاص إذا فعل السبع به فع ا يقتل مثله، وإن فعل به فعلا لو فعله الآدمي لم يكن عمدا، لم يجب القصاص به؛ لأن السبع صار آلة للآدمي، فكان فعله. كفعله. وإن ألقاه مكتوفا بين يدي الأسد، أو النمر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٧/٨

في فضاء، فأكله، فعليه القود. وكذلك إن جمع بينه وبين حية في مكان ضيق، فنهشته فقتلته، فعليه القود. وقال القاضي: لا ضمان عليه في الصورتين. وهو قول أصحاب الشافعي؛ لأن الأسد والحية يهربان من الآدمي، ولأن هذا سبب غير ملجئ. **ولنا**، أن هذا يقتل غالبا، فكان عمدا محضا، كسائر الصور. وقولهم: إنهما يهربان. غير صحيح، فإن الأسد يأخذ الآدمي المطلق، فكيف يهرب من مكتوف ألقي إليه ليأكله، والحية إنما تهرب في مكان واسع، أما إذا ضاق المكان، فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش، على ما هو العادة وقد ذكر القاضي في من ألقي مكتوفا في أرض مسبعة، أو ذات حيات، فقتلته، أن في وجوب القصاص روايتين. وهذا تناقض شديد؛ فإنه نفى الضمان بالكلية في صورة كان القتل فيها أغلب، وأوجب القصاص في صورة كان فيها أندر، والصحيح أنه لا قصاص هاهنا، ويجب الضمان؛ لأنه فعل به فعلا متعمدا تلف به. لا يقتل مثله غالبا.

وإن أنهشه حية أو سبعا فقتله، فعليه القود إذا كان ذلك مما يقتل غالبا، فإن كان مما لا يقتل غالبا، كثعبان الحجاز، أو سبع صغير، ففيه وجهان: أحدهما، فيه القود؛ لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به، وهذا جرح، ولأن الحية من جنس ما يقتل غالبا.." (١)

"والثاني: هو شبه عمد؛ لأنه لا يقتل غالبا، أشبه الضرب بالعصا والحجر. وإن كتفه وألقاه في أرض غير مسبعة فأكله سبع، أو نهشته حية، فمات فهو شبه عمد. وقال أصحاب الشافعي: هو خطأ محض. **ولنا**، أنه فعل به فعلا لا يقتل مثله غالبا عمدا، فأفضى إلى هلاكه، أشبه ما لو ضربه بعصا فمات. وكذلك إن ألقاه مشدودا في موضع لم يعهد وصول زيادة الماء إليه. فأما إن كان في موضع يعلم وصول زيادة الماء إليه في ذلك الوقت، فمات بها، فهو عمد محض. وإن كانت غير معلومة، إما لكونها تحتمل الوجود وعدمه، أو لا تعهد أصلا، فهو شبه عمد.

الضرب الرابع: أن يحبسه في مكان، ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت، فعليه القود؛ لأن هذا يقتل غالبا، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال، فإذا كان عطشان في شدة الحر، مات في الزمن القليل، وإن كان ريان والزمن بارد أو معتدل، لم يمت إلا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه. وإن كان في مدة يموت في مثلها غالبا ففيه القود. وإن كان لا يموت في مثلها غالبا، فهو عمد الخطإ. وإن شككنا فيها، لم يجب القود؛ لأننا شككنا في السبب، ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه، لا سيما

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٤/٨

النوع الخامس: أن يسقيه سما، أو يطعمه شيئا قاتلا، فيموت به، فهو عمد موجب للقود، إذا كان مثله يقتل غالبا. وإن خلطه بطعام، وقدمه إليه، فأكله أو أهداه إليه، أو خلطه بطعام رجل، ولم يعلم ذلك فأكله، فعليه القود؛ لأنه يقتل غالبا. وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا قود عليه؛ لأنه أكله مختارا، فأشبه ما لو قدم إليه سكينا، فطعن بها نفسه، ولأن أنس بن مالك روى «، أن يهودية أتت رسول الله بشاة مسمومة، فأكل منها النبي – صلى الله عليه وسلم – ولم يقتلها النبي – صلى الله عليه وسلم –» قال: وهل تجب الدية؟ فيه قولان **ولنا**، خبر اليهودية، فإن أبا سلمة قال فيه: فمات بشر بن البراء، فأمر بها النبي – صلى الله عليه وسلم – فقتلت. أخرجه أبو داود، ولأن هذا يقتل غالبا، ويتخذ طريقا إلى القتل كثيرا، فأوجب القصاص، كما لو أكرهه على شربه. فأما حديث أنس، فلم يذكر فيه أن أحدا مات منه. ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به، ويجوز أن يكون النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يقتلها قبل أن يموت بشر بن البراء فلما مات، أرسل إليها النبي – صلى الله عليه وسلم –، فسألها، فاعترفت فقتلها، فنقل أنس صدر القصة دون آخرها.." (١)

": «عفي لأمتي عن الخطإ والنسيان وما استكرهوا عليه» . ولأن المكره آلة للمكره، بدليل وجوب القصاص على المكره، ونقل فعله إليه، فلم يجب على المكره، كما لو رمى به عليه فقتله. وقال زفر: يجب على المباشر دون المكره؛ لأن المباشرة تقطع حكم السبب، كالحافر مع الدافع، والآمر مع القاتل.

وقال الشافعي: يجب على المكره، وفي المكره قولان. وقال أبو يوسف: لا يجب على واحد منهما؛ لأن المكره لم يباشر القتل، فهو كحافر البئر، والمكره ملجأ، فأشبه المرمي به على إنسان. **ولنا**، على وجوبه على المكره، أنه تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالبا، فأشبه ما لو ألسعه حية، أو ألقاه على أسد في زبية. **ولنا**، على وجوبه على المكره، أنه قتله عمدا ظلما لاستبقاء نفسه، فأشبه ما لو قتله في المخمصة ليأكله. وقولهم: إن المكره ملجأ. غير صحيح، فإنه متمكن من الامتناع، ولذلك أثم بقتله، وحرم عليه، وإنما قتله عند الإكراه ظنا منه أن في قتله نجاة نفسه، وخلاصه من شر المكره، فأشبه القاتل في المخمصة ليأكله. وإن صار الأمر إلى الدية، وجبت عليهما، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة، ومحمد: لا دية على المكره؛ بناء منهما على أنه آلة. وقد بينا فساده، وإنما هما شريكان،

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٥/٨

يجب القصاص عليهما جميعا، فوجبت الدية عليهما، كالشريكين بالفعل، وكما يجب الجزاء على الدال على الصيد في الإحرام والمباشر، والردء والمباشر في المحاربة. فعلى هذا، إن أحب الولي قتل أحدهما، وأخذ نصف الدية من الآخر، أو العفو عنه، فله ذلك.

الضرب الثاني: إذا شهد رجلان على رجل بما يوجب قتله، فقتل بشهادتهما، ثم رجعا، واعترفا بتعمد القتل ظلما، وكذبهما في شهادتهما، فعليهما القصاص. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا قصاص عليهما؛ لأنه تسبب غير ملجئ، فلا يوجب القصاص، كحفر البئر. **ولنا**، ما روى القاسم بن عبد الرحمن، أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه على رجل أنه سرق، فقطعه، ثم رجعا عن شهادتهما، فقال علي: لو أعلم أنكما تعمدتما، لقطعت أيديكما. وغرمهما دية يده. ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل غالبا، فوجب عليهما القصاص، كالمكره.

الضرب الثالث، الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل، عالما بذلك متعمدا فقتله، واعترف بذلك." (١)

"أحدهما صاحبه، ضمنه بالدية، ولم يجب القود.

وحكي عن أحمد رواية كقوله. ولو قتل رجل أسيرا مسلما في دار الحرب، لم يضمنه إلا بالدية، عمدا قتله أو خطأ. **ولنا**، ما ذكرنا من الآيات والأخبار، ولأنه قتل من يكافئه عمدا ظلما، فوجب عليه القود، كما لو قتله في دار الإسلام؛ ولأن كل دار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام، يجب وإن لم يكن فيها إمام، كدار الإسلام.

[فصل قتل الغيلة]

(٦٥٨٦) فصل: وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو، وذلك للولي دون السلطان. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، وابن المنذر. وقال مالك: الأمر عندنا أن يقتل به، وليس لولي الدم أن يعفو عنه، وذلك إلى السلطان. والغيلة عنده، أن يخدع الإنسان، فيدخل بيتا أو نحوه، فيقتل أو يؤخذ ماله. ولعله يحتج بقول عمر، في الذي قتل غيلة: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدتهم. به وبقياسه على المحارب.

ولنا، عموم قوله تعالى: ﴿فقد جعلنا لوليه سلطانا﴾ [الإسراء: ٣٣] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٦٧

-: «فأهله بين خيرتين» . ولأنه قتيل في غير المحاربة، فكان أمره إلى وليه، كسائر القتلى، وقول عمر: لأقدتهم به. أي أمكنت الولي من استيفاء القود منهم.

[فصل قتل رجلا، وادعى أنه وجده مع امرأته]

(٦٥٨٧) فصل: وإذا قتل رجلا، وادعى أنه وجده مع امرأته، أو أنه قتله دفعا عن نفسه، أو أنه دخل منزله يكابره على ماله، فلم يقدر على دفعه إلا بقتله، لم يقبل قوله إلا ببينة، ولزمه القصاص. روي نحو ذلك عن علي - رضي الله عنه - وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. ولا أعلم فيه مخالفا، وسواء وجد في دار القاتل، أو في غيرها، أو وجد معه سلاح، أو لم يوجد؛ لما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه سئل عمن وجد مع امرأته رجلا فقتله، فقال: إن لم يأت بأربعة شهداء، فليعط برمته. ولأن الأصل عدم ما يدعيه، فلا يثبت بمجرد الدعوى.

وإن اعترف الولي بـذلك، فلا قصاص عليه ولا دية؛ لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه كان يوما يتغدى، إذ جاءه رجل يعدو، وفي يده سيف ملطخ بالدم، ووراءه قوم يعدون خلفه، فجاء حتى جلس مع عمر، فجاء الآخرون، فقالوا: يا أمير المؤمنين، إن هذا قتل صاحبنا. فقال له عمر: ما يقولون؟ فقال: يا أمير المؤمنين، إني ضربت فخذي امرأتي، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته. فقال عمر: ما يقول؟ قالوا: يا أمير المؤمنين، إنه ضرب بالسيف، فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة. فأخذ عمر سيفه." (١)

"فهزه، ثم دفعه إليه، وقال: إن عادوا فعد. رواه سعيد في " سننه "، وروي عن الزبير، أنه كان يوما قد تخلف عن الجيش، ومعه جارية له، فأتاه رجلان فقالا: أعطنا شيئا. فألقى إليهما طعاما كان معه، فقالا: خل عن الجارية. فضربهما بسيفه، فقطعهما بضربة واحدة. ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله، فسقط حقه، كما لو أقر بقتله قصاصا، أو في حد يوجب قتله. وإن ثبت ذلك ببينة، فكذلك.

[مسألة قتل شبه العمد]

(٦٥٨٨) فصل قال: (وشبه العمد ما ضربه بخشبة صغيرة، أو حجر صغير، أو لكزه، أو فعل به فعلا، الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله، فلا قود في هذا، والدية على العاقلة) شبه العمد أحد أقسام القتل، وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالبا؛ إما لقصد العدوان عليه، أو لقصد التأديب له، فيسرف فيه، كالضرب

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٧٠

بالسوط، والعصا، والحجر الصغير، والوكز واليد، وسائر ما لا يقتل غالبا إذا قتل، فهو شبه عمد؛ لأنه قصد الضرب دون القتل، ويسمى عمد الخطإ وخطأ العمد؛ لاجتماع العمد والخطإ فيه، فإنه عمد الفعل، وأخطأ في القتل، فهذا لا قود فيه. والدية على العاقلة، في قول أكثر أهل العلم. وجعله مالك عمدا موجبا للقصاص؛ ولأنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ، فمن زاد قسما ثالثا، زاد على النص، ولأنه قتله بفعل عمده، فكان عمدا، كما لو غرزه بإبرة فقتله.

وقال أبو بكر من أصحابنا: تجب الدية في مال القاتل. وهو قول ابن شبرمة؛ لأنه موجب فعل عمد، فكان في مال القاتل، كسائر الجنايات. **ولنا**. ما روى أبو هريرة، قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فقضى النبي - صلى الله عليه وسلم - أن دية جنينها عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها» . متفق عليه. فأوجب ديتها على العاقلة، والعاقلة لا تحمل عمدا، وأيضا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ألا إن في قتيل خطإ العمد، قتيل السوط والعصا والحجر، مائة من الإبل» .

وفي لفظ، أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: قال: «عقل شبه العمد مغلظ، مثل عقل العمد، ولا يقتل صاحبه» . رواه أبو داود. وهذا نص، وقوله هذا قسم ثالث. قلنا: نعم، هذا ثبت بالسنة، والقسمان الأولان ثبتا بالكتاب، ولأنه قتل لا يوجب القود، فكانت ديته على العاقلة، كقتل الخطإ.

[مسألة القتل الخطأ على ضربين]

(٦٥٨٩) مسألة: قال: (والخطأ على ضربين: أحدهما: أن يرمي الصيد، أو يفعل ما يجوز له فعله، فيئول إلى إتلاف حر، مسلما كان أو كافرا، فتكون الدية على عاقلته، وعليه عتق رقبة مؤمنة)." (١)

"ومجاهد، وعكرمة، وقتادة، والأوزاعي، والثوري، وأبو ثور، وأبو حنيفة.

وعن أحمد، رواية أخرى، تجب به الدية والكفارة. وهو قول مالك، والشافعي؛ لقول الله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] . وقال - عليه السلام -: «ألا إن في قتيل خطإ العمد، قتيل السوط والعصا، مائة من الإبل» . ولأنه قتل مسلما خطأ فوجبت ديته، كما لو كان في دار الإسلام. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . ولم يذكر دية، وتركه ذكرها في هذا القسم، مع ذكرها في الذي قبله وبعده، ظاهر في أنها غير

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧١/٨

واجبة، وذكره لهذا قسما مفردا، يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها، ويخص بها عموم الخبر الذي رووه.

[مسألة قتل المسلم بكافر]

(٦٥٩٢) مسألة: قال: (ولا يقتل مسلم بكافر) أكثر أهل العلم لا يوجبون على مسلم قصاصا بقتل كافر، أي كافر كان. روي ذلك عن عمر، وعثمان، وعلي، وزيد بن ثابت، ومعاوية، - رضي الله عنهم -، وبه قال عمر بن عبد العزيز، وعطاء، والحسن، وعكرمة، والزهري، وابن شبرمة، ومالك، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر، وقال النخعي، والشعبي، وأصحاب الرأي: يقتل المسلم بالذمي خاصة.

قال أحمد: الشعبي والنخعي قالا: دية المجوسي واليهودي والنصراني، مثل دية المسلم، وإن قتله يقتل به. هذا عجب، يصير المجوسي مثل المسلم، سبحان الله، ما هذا القول، واستبشعه. وقال: النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: «لا يقتل مسلم بكافر» . وهو يقول: يقتل بكافر. فأي شيء أشد من هذا، واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها في أول الباب، وبما روى ابن البيلماني أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أقاد مسلما بذمي، وقال: أنا أحق من وفى بذمته» . ولأنه معصوم عصمة مؤبدة، فيقتل به قاتله، كالمسلم.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، ولا يقتل." (١)

"مؤمن بكافر» . رواه الإمام أحمد وأبو داود. وفي لفظ: «لا يقتل مسلم بكافر» . رواه البخاري، وأبو داود. وعن علي - رضي الله عنه - قال: من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر. رواه الإمام أحمد. ولأنه منقوص بالكفر، فلا يقتل به المسلم، كالمستأمن، والعمومات مخصوصات بحديثنا، وحديثهم ليس له إسناد. قاله أحمد. وقال الدارقطني. يرويه ابن البيلماني، وهو ضعيف إذا أسند، فكيف إذا أرسل؟ والمعنى في المسلم أنه مكافئ للمسلم، بخلاف الذمي، فأما المستأمن، فوافق أبو حنيفة الجماعة في أن المسلم لا يقاد به، وهو المشهور عن أبي يوسف. وعنه: يقتل به؛ لما سبق في الذمي. **ولنا**، أنه ليس بمحقون الدم على التأبيد، فأشبه الحربي، مع ما ذكرنا من الدليل في التي قبلها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٧٣

[فصل قتل كافر كافرا ثم أسلم القاتل]

(٦٥٩٣) فصل فإن قتل كافر كافرا ثم أسلم القاتل، أو جرحه ثم أسلم الجارح، ومات المجروح. فقال أصحابنا: يقتص منه. وهو قول الشافعي؛ لأن القصاص عقوبة، فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها، كالحدود، ولأنه حق وجب عليه قبل إسلامه، فلم يسقط بإسلامه، كالدين. ويحتمل أن لا يقتل به. وهو قول الأوزاعي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يقتل مسلم بكافر» . ولأنه مؤمن، فلا يقتل بكافر، كما لو كان مؤمنا حال قتله، ولأن إسلامه لو قارن السبب، منع عمله، فإذا طرأ أسقط حكمه.

[فصل جرح مسلم كافرا فأسلم المجروح ثم مات مسلما]

(٦٥٩٤) فصل وإن جرح مسلم كافرا، فأسلم المجروح، ثم مات مسلما بسراية الجرح، لم يقتل به قاتله؛ لأن التكافؤ معدوم حال الجناية، وعليه دية مسلم؛ لأن اعتبار الأرش بحالة استقرار الجناية، بدليل ما لو قطع يدي رجل ورجليه، فسرى إلى نفسه، دية واحدة ولو اعتبر حال الجرح، وجب ديتان، ولو قطع حر يد عبد، ثم عتق ومات، لم يجب قصاص؛ لعدم التكافؤ حال الجناية، وعلى الجاني دية حر اعتبارا بحال الاستقرار. وهذا قول ابن حامد، وهو مذهب الشافعي.

وللسيد أقل الأمرين، من نصف قيمته، أو نصف دية حر، والباقي لورثته؛ لأن نصف قيمته إن كانت أقل، فهي التي وجدت في ملكه، فلا يكون له أكثر منها؛ لأن الزائد حصل بحريته، ولا حق له فيما حصل بها، وإن كان الأقل الدية، لم يستحق أكثر منها؛ لأن نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد، وإعتاقه. وذكر القاضي، أن أحمد نص، في رواية حنبل، في من فقأ عيني عبد، ثم أعتق ومات، أن على الجاني قيمته للسيد. وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجناية. وهذا اختيار. أبي بكر، والقاضي وأبي الخطاب.." [١]

"ولأن الاندمال والقتل منع وجود السراية، والردة منعت ضمانها، ولم تمنع جعلها قتلا. وللشافعي من التفصيل نحو مما قلنا.

[فصل قطع مسلم يد نصراني فتمجس]

فصل: وإن قطع مسلم يد نصراني فتمجس، وقلنا: لا يقر. فهو كما لو جنى على مسلم فارتد. وإن قلنا: يقر عليه. وجبت دية مجوسي. وإن قطع يد مجوسي، فتنصر، ثم مات، وقلنا: يقر. وجبت دية نصراني.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٤/٨

ويجيء على قول أبي بكر والقاضي، أن تجب دية نصراني في الأولى، ودية مجوسي في الثانية، كقولهم في من جنى على عبد ذمي فأسلم وعتق، ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمي، اعتبارا بحال الجناية.

[فصل قطع يد مسلم فارتد ثم أسلم ومات]

(٦٥٩٧) فصل: وإن قطع يد مسلم فارتد، ثم أسلم ومات، وجب القصاص على قاتله. نص عليه أحمد، – رحمه الله –، في رواية محمد بن الحكم. وقال القاضي: يتوجه عندي أنه إن كان زمن الردة تسري في مثله الجناية، لم يجب القصاص في النفس. وهل يجب في الطرف الذي قطع في إسلامه؟ على وجهين. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن القصاص يجب بالجناية والسراية كلها، فإذا لم يوجد جميعها في الإسلام، لم يجب القصاص، كما لو جرحه جرحين، أحدهما: في الإسلام، والآخر: في الردة، فمات منهما.

ولنا، أنه مسلم حال الجناية والموت، فوجب القصاص بقتله، كما لو لم يرتد، واحتمال السراية حال الردة لا يمنع؛ لأنها غير معلومة، فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع، كما لو لم يرتد، فإنه يحتمل أن يموت بمرض أو بسبب آخر، أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت، فأما الدية، فتجب كاملة، ويحتمل وجوب نصفها؛ لأنه مات من جرح مضمون وسراية غير مضمونة، فوجب نصف الدية، كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه، فمات منهما. فأما إن كان زمن الردة لا تسري في مثله الجناية، ففيه الدية أو القصاص.

وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا قصاص فيه؛ لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص. **ولنا**، أنهما متكافئان حال الجناية والسراية والموت، فأشبه ما لو لم يرتد. وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال؛ لأنه فوت نفسا معصومة.

[فصل جرحه وهو مسلم فارتد ثم جرحه جرحا آخر ثم أسلم ومات]

(٦٥٩٨) فصل: وإن جرحه وهو مسلم فارتد، ثم جرحه جرحا آخر، ثم أسلم ومات منهما، فلا قصاص فيه؛ لأنه مات من جرحين مضمون وغير مضمون، ويجب فيه نصف الدية لذلك. وسواء تساوى الجرحان، أو زاد أحدهما، مثل إن قطع يديه، وهو مسلم فارتد، فقطع رجله، أو كان بالعكس؛ لأن الجرح في الحالين كجرح رجلين. وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال إسلامه؟ يحتمل وجهين، بناء على." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٧٦

"من قطع طرفه وهو مسلم، فارتد، ومات في ردته. ولو قطع طرفه في ردته أولا، فأسلم، ثم قطع طرفه الآخر، ومات منهما، فالحكم فيه كالتي قبلها.

[فصل يقتل الذمي بالمسلم]

(٦٥٩٩) فصل: ويقتل الذمي بالمسلم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قتل اليهودي الذي رض رأس جارية من الأنصار على أوضاح لها» ولأنه إذا قتل بمثله فبمن فوقه أولى. ويقتل الذمي بالذمي سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت. فلو قتل النصراني مجوسيا أو يهوديا، قتل به. نص عليه أحمد في النصراني يقتل بالمجوسي إذا قتله، قيل: فكيف يقتل به، وديتهما مختلفة؟ فقال: أذهب إلى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قتل رجلا بامرأة. يعني أنه قتله بها مع اختلاف ديتهما، ولأنهما تكافآ في العصمة بالذمة ونقيصة الكفر، فجرى القصاص بينهما، كما لو تساوى دينهما. وهذا مذهب الشافعي.

[فصل لا يقتل ذمي بحربي]

(٦٦٠٠) فصل: ولا يقتل ذمي بحربي. لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه مباح الدم على الإطلاق، أشبه الخنزير، ولا دية فيه لذلك ولا كفارة، ولا يجب بقتل المرتد قصاص ولا دية ولا كفارة لذلك، سواء قتله مسلم أو ذمي. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال بعض أصحاب الشافعي: يجب القصاص على الذمي بقتله، والديه إذا عفا عنه؛ لأنه لا ولاية في قتله. وقال بعضهم: يجب القصاص دون الدية؛ لأنه لا قيمة له. **ولنا**، أنه مباح الدم أشبه الحربي، ولأن من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمي، كالحربي.

[فصل قاتل الزاني المحصن]

(٦٦٠١) فصل: وليس على قاتل الزاني المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وحكى بعضهم وجها، أن على قاتله القود؛ لأن قتله إلى الإمام، فيجب القود على من قتله سواه، كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه. **ولنا**، أنه مباح الدم، وقتله متحتم، فلم يضمن كالحربي، ويبطل ما قاله بالمرتد، وفارق القاتل، فإن قتله غير متحتم. وهو مستحق على طريق المعاوضة، فاختص بمستحقه، وها هنا يجب قتله لله تعالى، فأشبه المرتد، وكذلك الحكم في المحارب الذي تحتم قتله.

[فصل يقتل المرتد بالمسلم والذمي]

(٦٦٠٢) فصل: ويقتل المرتد بالمسلم والذمي، ويقدم القصاص على القتل بالردة؛ لأنه حق آدمي. وإن عفا عنه ولي." [١]

"[فصل القصاص بين العبيد]

فصل: ويجري القصاص بين العبيد في النفس، في قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز، وسالم، والنخعي، والشعبي، والزهري، وقتادة، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبي حنيفة. وروي عن أحمد، رواية أخرى، أن من شرط القصاص تساوي قيمتهم، وإن اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص. وينبغي أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر، فإن كانت أقل فلا. وهذا قول عطاء.

وقال ابن عباس: ليس بين العبيد قصاص، في نفس ولا جرح؛ لأنهم أموال. **ولنا**، أن الله تعالى قال ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد﴾ [البقرة: ١٧٨] . وهذا نص من الكتاب، فلا يجوز خلافه، لأن تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل، فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف، والذكورية والأنوثية. (٦٦٠٨) فصل: ويجري القصاص بينهم فيما دون النفس. وبه قال عمر بن عبد العزيز، وسالم والزهري. وقتادة، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر.

وعن أحمد، رواية أخرى: لا يجري القصاص بينهم فيما دون النفس. وهو قول الشعبي، والنخعي، والثوري، وأبي حنيفة؛ لأن الأطراف مال، فلا يجري القصاص فيها، كالبهائم، ولأن التساوي في الأطراف معتبر في جريان القصاص، بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء، ولا كاملة الأصابع بالناقصة، وأطراف العبيد لا تتساوى. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥] ، الآية، ولأنه أحد نوعي القصاص، فجرى بين العبيد، كالقصاص في النفس (٦٦٠٩) فصل: وإذا وجب القصاص في طرف العبد، وجب للعبد، وله استيفاؤه والعفو عنه.

[فصل قتل عبد عبدا ثم عتق القاتل]

(٦٦١٠) فصل: ولو قتل عبد عبدا، ثم عتق القاتل، قتل به. وكذلك لو جرح عبد عبدا، ثم عتق الجارح، ومات المجروح، قتل به؛ لأن القصاص وجب، فلم يسقط بالعتق بعده، ولأن التكافؤ موجود حال وجود

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٧/٨

الجناية، وهي السبب، فاكتفي به. ولو جرح حر ذمي عبدا ثم لحق بدار الحرب، فأسر واسترق، لم يقتل بالعبد؛ لأنه حين وجوب القصاص حر.." (١)

"وقد دل على كون المكاتب عبدا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «المكاتب عبد، ما بقي عليه درهم» . وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئا، أو لم يؤد، وسواء ملك ما يؤدي، أو لم يملك، إلا إذا قلنا: إنه إذا ملك ما يؤدي فقد صار حرا. فإنه لا يقتل بالعبد؛ لأنه حر، فلا يقتل بالعبد.

وإن أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة، لم يقتل به أيضا؛ لأنه يصير حرا، ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة، أجاز قتله به. وقال أبو حنيفة: إذا قتل العبد مكاتبا، له وفاء ووارث سوى مولاه، لم يقتل به؛ لأنه حين الجرح كان المستحق المولى، وحين الموت الوارث، ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين. ولنا، قوله تعالى: ﴿النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥] . وقوله تعالى: ﴿والعبد بالعبد﴾ [البقرة: ١٧٨] . ولأنه لو كان قنا، لوجب بقتله القصاص، فإذا كان مكاتبا، كان أولى، كما لو لم يخلف وارثا. وما ذكروه شيء بنوه على أصولهم، ولا نسلمه.

[مسألة قتل الكافر العبد عمدا]

(٦٦١٣) مسألة: قال: وإذا قتل الكافر العبد عمدا، فعليه قيمته، ويقتل لنقضه العهد يعني الكافر الحر، لا يقتل بالعبد المسلم؛ لأن الحر لا يقتل بالعبد، لفقدان التكافؤ بينهما، ولأنه لا يحد بقذفه، فلا يقتل بقتله، كالأب مع ابنه، وعليه قيمته، ويقتل لنقضه العهد؛ فإن قتل المسلم ينتقض به العهد، بدليل ما روي أن ذميا كان يسوق حمارا بامرأة مسلمة، فنخسه بها فرماها، ثم أراد إكراهها على الزنى، فرفع إلى عمر - رضي الله عنه - فقال ما على هذا صالحناهم. فقتله وصلبه. وروي في شروط عمر، أنه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم: أن ألحق بالشروط: من ضرب مسلما عمدا، فقد خلع عهده. ولأنه فعل ينافي الأمان، وفيه ضرر على المسلمين، فكان نقضا للعهد، كالاجتماع على قتال المسلمين، والامتناع من أداء الجزية. وفيه رواية أخرى؛ أنه لا ينتقض عهده بذلك. فعلى هذا، عليه قيمته، ويؤدب بما يراه ولي الأمر.

[فصل قتل عبد مسلم حرا كافرا]

(٦٦١٤) فصل: وإن قتل عبد مسلم حرا كافرا لم يقتل به؛ لأنا لا نقتل المسلم بالكافر. وإن قتل من نصفه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٨٠

حر عبدا، لم يقتل به؛ لأنا لا نقتل نصف الحر بعبد. وإن قتله حر، لم يقتل به؛ لأن النصف الرقيق لا يقتل به الحر. وإن قتل من نصفه حر من نصفه حر، قتل به؛ لأن القصاص يقع بين الجملتين من غير تفصيل، وهما متساويان.." (١)

"[فصل القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم]

(٦٦١٥) فصل: ويجري القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم؛ لعموم الآيات والأخبار؛ ولأن المؤمنين تتكافأ دماؤهم، ولا نعلم في هذا خلافا. وثبت عن أبي بكر - رضي الله عنه -، أنه قال لرجل شكا إليه عاملا أنه قطع يده ظلما: لئن كنت صادقا، لأقيدنك منه. وثبت أن عمر - رضي الله عنه - كان يقيد من نفسه. وروى أبو داود، قال: خطب عمر، فقال: إني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم، ولا ليأخذوا أموالكم، فمن فعل به ذلك، فليرفعه إلي، أقصه منه. فقال عمرو بن العاص: لو أن رجلا أدب بعض رعيته، أتقصه منه؟ قال: أي والذي نفسي بيده، أقصه منه، وقد رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أقص من نفسه. ولأن المؤمنين تتكافأ دماؤهم، وهذان حران مسلمان، ليس بينهما إيلاد، فيجري القصاص بينهما، كسائر الرعية.

[فصل قتل القاتل غير ولي الدم]

(٦٦١٦) فصل: وإذا قتل القاتل غير ولي الدم، فعلى قاتله القصاص، ولورثة الأول الدية في تركة الجاني الأول. وبهذا قال الشافعي. وقال الحسن، ومالك: يقتل قاتله، ويبطل دم الأول؛ لأنه فات محله، فأشبه ما لو قتل العبد الجاني. وروي عن قتادة وأبي هاشم: لا قود على الثاني؛ لأنه قتل مباح الدم، فلم يجب بقتله قصاص، كالزاني المحصن. **ولنا**، على وجوب القصاص على قاتله، أنه محل لم يتحتم قتله، ولم يبح لغير ولي الدم قتله، فوجب القصاص بقتله، كما لو كان عليه دين. **ولنا**، على وجوب الدية في تركة الجاني الأول، أن القصاص إذا تعذر وجبت الدية، كما لو مات، أو عفا بعض الشركاء، أو حدث مانع.

وفارق العبد الجاني، فإنه ليس له مال ينتقل إليه؛ فإن عفا أولياء الثاني على الدية، أخذوها ودفعوها إلى ورثة الأول، فإن كانت عليه ديون، ضم ما قبضوا من الدية إلى سائر تركته، ثم ضرب أولياء المقتول الأول مع سائر أهل الديون في تركته وديته، وإن أحال ورثة المقتول الثاني ورثة المقتول الأول بالدية على القاتل الثاني، صحت الحوالة. ويتخرج أن تجب دية القتيل الأول على قاتل قاتله ابتداء؛ لأنه أتلف محل حق

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٨٢

ورثته، فكان غرامته عليه، كما لو قتل العبد الجاني، وإن مات القاتل عمدا، وجبت الدية في تركته. بهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك: يسقط حق ولي الجناية. وتوجيه المذهبين على ما تقدم.." (١)

"[مسألة لا قصاص على صبي ولا مجنون]

(٦٦١٧) مسألة: قال: (والطفل، والزائل العقل، لا يقتلان بأحد) لا خلاف بين أهل العلم، أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون، وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه، مثل النائم، والمغمى عليه، ونحوهما. والأصل في هذا قول النبي «- صلى الله عليه وسلم -: رفع القلم عن ثلاثة؛ عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق» . ولأن القصاص عقوبة مغلظة، فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود، ولأنهم ليس لهم قصد صحيح، فهم كالقاتل خطأ.

[فصل اختلف الجاني وولي الجناية في القصاص]

(٦٦١٨) فصل: فإن اختلف الجاني وولي الجناية، فقال الجاني: كنت صبيا حال الجناية. وقال ولي الجناية: كنت بالغا. فالقول قول الجاني مع يمينه، إذا احتمل الصدق؛ لأن الأصل الصغر، وبراءة ذمته من القصاص. وإن قال: قتلته وأنا مجنون. وأنكر الولي جنونه، فإن عرف له حال جنون، فالقول قوله أيضا لذلك، إن لم يعرف له حال جنون، فالقول قول الولي؛ لأن الأصل السلامة، وكذلك إن عرف له جنون، ثم علم زواله قبل القتل، وإن ثبتت لأحدهما بينة بما ادعاه، حكم له.

وإن أقاما بينتين تعارضتا، فإن شهدت البينة أنه كان زائل العقل، فقال الولي: كنت سكران. وقال القاتل: كنت مجنونا. فالقول قول القاتل مع يمينه؛ لأنه أعرف بنفسه، ولأن الأصل براءة ذمته، واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه.

[فصل قتله وهو عاقل ثم جن]

(٦٦١٩) فصل: فإن قتله وهو عاقل، ثم جن، لم يسقط عنه القصاص، سواء ثبت ذلك عليه ببينة أو إقرار؛ لأن رجوعه غير مقبول، ويقتص منه في حال جنونه. ولو ثبت عليه الحد بإقراره، ثم جن لم يقم عليه حال جنونه؛ لأن رجوعه يقبل، فيحتمل أنه لو كان صحيحا رجع.

[فصل يجب القصاص على السكران إذا قتل حال سكره]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٨٣

(٦٦٢٠) فصل: ويجب القصاص على السكران إذا قتل حال سكره. ذكره القاضي، وذكر أبو الخطاب، أن وجوب القصاص عليه مبني على وقوع طلاقه، وفيه روايتان، فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان؛ أحدهما: لا يجب عليه؛ لأنه زائل العقل، أشبه المجنون، ولأنه غير مكلف، أشبه الصبي والمجنون. **ولنا**، أن الصحابة – رضي الله عنهم –، أقاموا سكره مقام قذفه، فأوجبوا عليه حد القاذف، فلولا أن." (١)

"قذفه موجب للحد عليه، لما وجب الحد بمظنته، وإذا وجب الحد، فالقصاص المتمحض حق آدمي أولى، ولأنه حكم لو لم يجب عليه القصاص والحد، لأفضى إلى أن من أراد أن يعصي الله تعالى، شرب ما يسكره، ثم يقتل ويزني ويسرق، ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم، ويصير عصيانه سببا لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه، ولا وجه لهذا. وفارق هذا الطلاق، ولأنه قول يمكن إلغاؤه بخلاف القتل. فأما إن شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر، على وجه محرم، فإن زال عقله بالكلية، بحيث صار مجنونا، فلا قصاص عليه، وإن كان يزول قريبا ويعود من غير تداو، فهو كالسكر، على ما فصل فيه.

[مسألة لا يقتل والد بولده في القصاص]

(٦٦٢١) مسألة: قال: (ولا يقتل والد بولده، وإن سفل) وجملته أن الأب لا يقتل بولده، والجد لا يقتل بولد ولده، وإن نزلت درجته، وسواء في ذلك ولد البنين أو ولد البنات. وممن نقل عنه أن الوالد لا يقتل بولده، عمر بن الخطاب – رضي الله عنه –. وبه قال ربيعة، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وقال ابن نافع، وابن عبد الحكم، وابن المنذر: يقتل به؛ لظاهر آي الكتاب، والأخبار الموجبة للقصاص، ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه، كالأجنبيين. وقال ابن المنذر: قد رووا في هذا الباب أخبارا. وقال مالك: إن قتله حذفا بالسيف ونحوه، لم يقتل به، وإن ذبحه، أو قتله قتلا لا يشك في أنه عمد إلى قتله دون تأديبه، أقيد به. **ولنا**، ما روى عمر بن الخطاب، وابن عباس، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يقتل والد بولده» . أخرج النسائي حديث عمر، ورواهما ابن ماجه، وذكرهما ابن عبد البر، وقال: هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق، مستفيض عندهم، يستغني بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه، حتى يكون الإسناد في مثله مع شهرته تكلفا. ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «أنت ومالك لأبيك» . وقضية هذه الإضافة تمليكه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٨٤

إياه، فإذا لم تثبت حقيقة الملكية، بقيت الإضافة شبهة في درء القصاص؛ لأنه يدرأ بالشبهات، ولأنه سبب إيجاده، فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدامه.

وما ذكرناه يخص العمومات، ويفارق الأب سائر الناس، فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف، وجب عليهم القصاص، والأب بخلافه. (٦٦٢٢) فصل: والجد وإن علا كالأب في هذا، وسواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم، في قول أكثر مسقطي القصاص عن الأب. وقال الحسن بن حي: يقتل به.." (١)

"به، ثم جحده. وإن رجع أحدهما، صح رجوعه، وثبت نسبه من الآخر؛ لأن رجوعه لم يبطل نسبه، ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع، ويجب على الراجع؛ لأنه شارك الأب، وإن عفي عنه، فعليه نصف الدية.

ولو اشترك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد، وأتت بولد، يمكن أن يكون منهما، فقتلاه قبل إلحاقه بأحدهما، لم يجب القصاص، وإن نفيا نسبه، لم ينتف بقولهما، وإن نفاه أحدهما، لم ينتف بقوله؛ لأنه لحقه بالفراش، فلا ينتفي إلا باللعان. وفارق التي قبلها من وجهين: أحدهما أن أحدهما إذا رجع عن دعواه، لحق الآخر، وها هنا لا يلحق بذلك. والثاني، أن ثبوت نسبه ثم بالاعتراف، فيسقط بالجحد، وها هنا يثبت بالاشتراك في الوطء، فلا ينتفي بالجحد. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا، سواء.

[فصل قتل أحد الأبوين صاحبه ولهما ولد]

(٦٦٢٦) فصل: ولو قتل أحد الأبوين صاحبه، ولهما ولد، لم يجب القصاص؛ لأنه لو وجب لوجب، لولده، ولا يجب للولد قصاص على والده؛ لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه، فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى، وسواء كان الولد ذكرا أو أنثى، أو كان للمقتول ولد سواه، أو من يشاركه في الميراث، أو لم يكن؛ لأنه لو ثبت القصاص، لوجب له جزء منه، ولا يمكن وجوبه، وإذا لم يثبت بعضه، سقط كله؛ لأنه لا يتبعض. وصار كما لو عفا بعض مستحقي القصاص عن نصيبه منه. فإن لم يكن للمقتول ولد منهما، وجب القصاص، في قول أكثر أهل العلم؛ منهم عمر بن عبد العزيز، والنخعي، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وقال الزهري: لا يقتل الزوج بامرأته؛ لأنه ملكها بعقد النكاح فأشبه الأمة. **ولنا**، عمومات النص، ولأنهما شخصان متكافئان، يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه، فيقتل به، كالأجنبيين. وقوله: إنه ملكها. غير

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٥/٨

صحيح، فإنها حرة، وإنما ملك منفعة الاستمتاع، فأشبه المستأجرة؛ ولهذا تجب ديتها عليه، ويرثها ورثتها، ولا يرث منها إلا قدر ميراثه، ولو قتلها غيره، كان ديتها أو القصاص لورثتها، بخلاف الأمة.

[فصل قتل رجل أخاه فورثه ابنه أو أحدا يرث ابنه منه شيئا من ميراثه]

(٦٦٢٧) فصل: ولو قتل رجل أخاه، فورثه ابنه، أو أحدا يرث ابنه منه شيئا من ميراثه، لم يجب القصاص؛ لما ذكرنا. ولو قتل خال ابنه، فورثت أم ابنه القصاص أو جزءا منه، ثم ماتت بقتل الزوج أو غيره، فورثها ابنه، سقط القصاص؛ لأن ما منع مقارنا أسقط طارئا، وتجب الدية. ولو قتلت المرأة أخا زوجها، فصار القصاص أو جزء منه لابنها، سقط القصاص، سواء صار إليه ابتداء، أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره؛ لما ذكرنا.." (١)

"وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وعن أحمد، رواية أخرى، لا قصاص على واحد منهما. وهو قول أصحاب الرأي؛ لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب، فلم يوجب، كقتل العامد والخاطئ، والصبي والبالغ، والمجنون والعاقل. **ولنا**، أنه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله، فوجب عليه القصاص، كشريك الأجنبي، ولا نسلم أن فعل الأب غير موجب؛ فإنه يقتضي الإيجاب لكونه تمحض عمدا عدوانا، والجناية به أعظم إثما، وأكثر جرما؛ ولذلك خصه الله تعالى بالنهي عنه، فقال: ﴿ولا تقتلوا أولادكم﴾ [الأنعام: ١٥١] . ثم قال: ﴿إن قتلهم كان خطئا كبيرا﴾ [الإسراء: ٣١] . ولما «سئل النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أعظم الذنب، قال: أن تجعل لله ندا وهو خلقك، ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك» . فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك، ولأنه قطع الرحم التي أمر الله تعالى بصلتها، ووضع الإساءة موضع الإحسان، فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه، وإنما امتنع الوجوب في حق الأب لمعنى مختص بالمحل، لا لقصور في السبب الموجب، فلا يمتنع عمله في المحل الذي لا مانع فيه، وأما شريك الخاطئ، فلنا فيه منع، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب، فإن فعل الخاطئ غير موجب للقصاص، ولا صالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمدا؛ لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس، بخلاف مسألتنا.

[فصل كل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٨٧

(٦٦٣٨) فصل: وكل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما، لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالأب وشريكه، مثل أن يشترك مسلم وذمي في قتل عبد، عمدا عدوانا، فإن القصاص لا يجب على المسلم والحر، ويجب على الذمي والعبد، إذا قلنا بوجوبه على شريك الأب؛ لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه، وعن الحر لحريته، وانتفاء مكافأة المقتول له، وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله، ولا إلى شريكه، فلم يسقط القصاص عنه. وقد نقل عبد الله بن أحمد، قال: سألت أبي – رحمه الله – عن حر وعبد قتلا عبدا عمدا، قال: أما الحر فلا يقتل بالعبد، وعلى الحر نصف قيمة العبد في ماله، والعبد إن شاء سيده أسلمه، وإلا فداه بنصف قيمة العبد. وظاهر هذا أنه لا قصاص على العبد، فيخرج مثل ذلك في كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص.." (١)

"[مسألة اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ]

(٦٦٣٩) مسألة: قال: (وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ، لم يقتل واحد منهم، وعلى العاقل ثلث الدية في ماله، وعلى عاقلة كل واحد من الصبي والمجنون ثلث الدية وعتق رقبتين في أموالهما؛ لأن عمدهما خطأ) أما إذا شاركوا في القتل من لا قصاص عليه لمعنى في فعله؛ كالصبي والمجنون فالصحيح في المذهب أنه لا قصاص عليه. وبهذا قال الحسن، والأوزاعي، وإسحاق، وأبو حنيفة، وأصحابه. وهو أحد قولي الشافعي.

وعن أحمد، رواية أخرى أن القود يجب على البالغ العاقل. حكاها ابن المنذر عن أحمد. وحكي ذلك عن مالك. وهو القول الثاني للشافعي، وروي ذلك عن قتادة، والزهري، وحماد؛ لأن القصاص عقوبة تجب عليه جزاء لفعله، فمتى كان فعله عمدا عدوانا، وجب القصاص عليه، ولا ننظر إلى فعل شريكه بحال، ولأنه شارك في القتل عمدا عدوانا، فوجب عليه القصاص، كشريك الأجنبي، وذلك، لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعله لا بفعل غيره. فعلى هذا، يعتبر فعل الشريك منفردا، فمتى تمحض عمدا عدوانا، وكان المقتول مكافئا له، وجب عليه القصاص.

وبنى الشافعي قوله على أن فعل الصبي والمجنون إذا تعمداه عمد؛ لأنهما يقصدان القتل، وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى فيهما، وهو عدم التكليف، فلم يقتض سقوطه عن شريكهما، كالأبوة. **ولنا**، أنه شارك من لا مأثم عليه في فعله، فلم يلزمه قصاص، كشريك الخاطئ، ولأن الصبي والمجنون لا قصد لهما صحيح، ولهذا لا يصح إقرارهما، فكان حكم فعلهما حكم الخطأ، وهذا معنى قول الخرقي: عمدهما خطأ

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٩٤

أي في حكم الخطأ في انتفاء القصاص عنه، ومدار ديته، وحمل عاقلتهما إياها، ووجوب الكفارة.

إذا ثبت هذا، فإن الدية تجب عليهم أثلاثا، على كل واحد منهم ثلثها؛ لأن الدية بدل المحل، ولذلك اختلفت باختلافه، والمحل المتلف واحد، فكانت ديته واحدة، ولأنها تتقدر بقدره، أما القصاص، فإنما كمل في كل واحد؛ لأنه جزاء الفعل، وأفعالهم متعددة، فتعدد في حقهم، وكمل في حق كل واحد، كما لو قذف جماعة واحدا، إلا أن الثلث الواجب على المكلف يلزم في ماله حالا؛ لأن فعله عمد، والعاقلة لا تحمل العمد، وما يلزم الصبي والمجنون، فعلى عاقلتهما؛ لأن عمدهما خطأ، والعاقلة تحمل جناية الخطأ إذا بلغت ثلث الدية، وتكون مؤجلة عاما، فإن الواجب متى كان ثلث الدية، كان أجله عاما، ويلزم كل واحد منهما الكفارة من ماله؛ لأن فعلهما خطأ، والقاتل الخاطئ والمشارك في القتل خطأ، يلزمه كفارة؛ لأنها لا تجب بدلا عن المحل، ولهذا لم تختلف، وإنما وجبت تكفيرا للفعل، ومحوا لأثره، فوجب تكميلها، كالقصاص.." (١)

"[مسألة يقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر في القصاص]

(٦٦٤٠) مسألة: قال: (ويقتل الذكر بالأنثى، والأنثى بالذكر) هذا قول عامة أهل العلم؛ منهم النخعي، والشعبي، والزهري، وعمر بن عبد العزيز، ومالك، وأهل المدينة، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، وغيرهم. وروي عن علي - رضي الله عنه -، أنه قال: يقتل الرجل بالمرأة، ويعطي أولياؤه نصف الدية. أخرجه سعيد. وروي مثل هذا عن أحمد. وحكي ذلك عن الحسن، وعطاء. وحكي عنهما مثل قول الجماعة.

ولعل من ذهب إلى القول الثاني يحتج بقول علي - رضي الله عنه - ولأن عقلها نصف عقله، فإذا قتل بها بقي له بقية، فاستوفيت ممن قتله. **ولنا**، قوله تعالى: ﴿النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥] . وقوله: ﴿الحر بالحر﴾ [البقرة: ١٧٨] . مع عموم سائر النصوص، وقد ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قتل يهوديا رض رأس جارية من الأنصار» . وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان، وأن الرجل يقتل بالمرأة.» وهو كتاب مشهور عند أهل العلم، متلقى بالقبول عندهم، ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهم بقذف صاحبه، فقتل كل واحد منهما بالآخر، كالرجلين، ولا يجب مع القصاص شيء؛ لأنه قصاص واجب، فلم يجب معه شيء على المقتص، كسائر القصاص، واختلاف الأبدال لا عبرة به في القصاص،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٩٥

بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد، والنصراني يؤخذ بالمجوسي، مع اختلاف دينيهما، ويؤخذ العبد بالعبد، مع اختلاف قيمتهما.

[فصل يقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما]

(٦٦٤١) فصل: ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى، ويقتل بهما؛ لأنه لا يخلو من أن يكون ذكرا أو أنثى.

[مسألة كان بينهما في النفس قصاص فهو بينهما في الجراح]

(٦٦٤٢) مسألة: قال: (ومن كان بينهما في النفس قصاص، فهو بينهما في الجراح) وجملته أن كل شخصين جرى بينهما القصاص في النفس، جرى القصاص بينهما في الأطراف، فيقطع الحر المسلم بالحر المسلم، والعبد بالعبد، والذمي بالذمي، والذكر بالأنثى، والأنثى بالذكر، ويقطع الناقص." (١)

"بالكامل، كالعبد بالحر، والكافر بالمسلم.

ومن لا يقتل بقتله، لا يقطع طرفه بطرفه، فلا يقطع مسلم بكافر، ولا حر بعبد، ولا والد بولد. وبهذا قال مالك، والثوري، والشافعي، وأبو ثور، وإسحاق، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة: لا قصاص في الطرف بين مختلفي البدل، فلا يقطع الكامل بالناقص، ولا الناقص بالكامل، ولا الرجل بالمرأة، ولا المرأة بالرجل، ولا الحر بالعبد، ولا العبد بالحر، ويقطع المسلم بالكافر، والكافر بالمسلم؛ لأن التكافؤ معتبر في الأطراف، بدليل أن الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء، ولا الكاملة بالناقصة، فكذا لا يؤخذ طرف الرجل بطرف المرأة، ولا يؤخذ طرفها بطرفه، كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى.

ولنا، أن من جرى بينهما القصاص في النفس، جرى، في الطرف، كالحرين، وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس، فإن التكافؤ معتبر، بدليل أن المسلم لا يقتل بمستأمن، ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة بالكاملة؛ لأن المماثلة قد وجدت وزيادة، فوجب أخذها بها إذا رضي المستحق، كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع، وأما اليسار واليمين، فيجريان مجرى النفس، لاختلاف محليهما؛ ولهذا استوى بدلهما، فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعا، ولا العلة فيهما ذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٩٦

[مسألة قتلاه وأحدهما مخطئ والآخر متعمد]

(٦٦٤٣) مسألة: قال: (وإذا قتلاه، وأحدهما مخطئ، والآخر متعمد، فلا قود على واحد منهما، وعلى العامد نصف الدية في ماله، وعلى عاقلة المخطئ نصفها، وعليه في ماله عتق رقبة مؤمنة) أما المخطئ، فلا قصاص عليه؛ للكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] . وقال تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به﴾ [الأحزاب: ٥] . وأما السنة، فقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان» . وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصا. وبه قال النخعي، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وروي عن أحمد، أن عليه القصاص. وحكي ذلك عن مالك؛ لأنه شارك في القتل عمدا عدوانا، فوجب عليه القصاص، كشريك العامد؛ ولأن مؤاخذته بفعله، وفعله عمد وعدوان لا عذر له فيه **ولنا**، أنه قتل لم يتمحض عمدا، فلم يوجب القصاص، كشبه العمد، وكما لو قتله واحد بجرحين عمدا وخطأ، ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب، فإذا كانا عامدين، فكل واحد متسبب إلى." [(١)]

"أحدهما، كق**ولنا**. والثاني الضمان عليهما بالقصاص والدية عند سقوطه؛ لأن كل واحد منهما سبب للإتلاف. **ولنا**، أن الرمي سبب والقتل مباشرة، فانقطع حكم السبب، كالدافع مع الحافر، والجارح مع الذابح، وكالصور التي ذكرنا. وما ذكروه باطل بهذه الأصول المذكورة.

[مسألة قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه]

مسألة: قال: (وإذا قطع يديه ورجليه، ثم عاد فضرب عنقه قبل أن تندمل جراحه، قتل، ولم تقطع يده ولا رجلاه، في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله، رحمه الله. والرواية الأخرى، قال: إنه لأهل أن يفعل به كما فعل. فإن عفا عنه الولي، فعليه دية واحدة) وجملة ذلك أن الرجل إذا جرح رجلا، ثم ضرب عنقه قبل اندمال الجرح، فالكلام في المسألة في حالين؛ أحدهما، أن يختار الولي القصاص، فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء؛ فروي عنه؛ لا يستوفي إلا بالسيف في العنق. وبه قال عطاء، والثوري، وأبو يوسف، ومحمد؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا قود إلا بالسيف.» رواه ابن ماجه. ولأن القصاص أحد بدلي النفس، فدخل الطرف في حكم الجملة، كالدية، فإنه لو صار الأمر إلى الدية،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٢٩٧

لم تجب إلا دية النفس؛ ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل، وإتلاف الجملة، وقد أمكن هذا بضرب العنق، فلا يجوز تعذيبه بإتلاف أطرافه، كما لو قتله بسيف كال، فإنه لا يقتل بمثله.
والرواية الثانية عن أحمد، قال: إنه لأهل أن يفعل به كما فعل. يعني أن للمستوفي أن يقطع أطرافه، ثم يقتله. وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز، ومالك، والشافعي، وأبي حنيفة، وأبي ثور؛ لقول الله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ [النحل: ١٢٦] وقوله سبحانه: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤] . ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين.» ولأن الله تعالى قال: ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥] . وهذا قد قلع عينه، فيجب أن تقلع عينه، للآية.
وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه» . ولأن القصاص موضوع على المماثلة، ولفظه مشعر به، فوجب أن يستوفي منه." (١)

"وإن قطع أطرافه فمات، واختلفا، هل برأ قبل الموت، أو مات بسراية الجرح؟ أو قال الولي: إنه مات بسبب آخر، كأن لدغ، أو ذبح نفسه، أو ذبحه غيره. فالحكم فيما إذا مات بغير سبب آخر، كالحكم فيما إذا قتله، سواء. وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر، ففيه وجهان؛ أحدهما، تقديم قول الجاني؛ لأن الظاهر بقاء الجناية، والأصل عدم سبب آخر، فيكون الظاهر معه. والثاني: القول قول ولي الجناية، لأن الأصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما، حتى يوجد ما يزيلهما. فإن كانت دعواهما بالعكس، فقال الولي: مات من سراية قطعك، فعليك القصاص في النفس. فقال الجاني: بل اندملت جراحه قبل موته. أو ادعى موته بسبب آخر، فالقول قول الولي مع يمينه؛ لأن الجرح سبب للموت، وقد تحقق، والأصل عدم الاندمال، وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به، وسواء كان الجرح فيما يجب به القصاص في الطرف، كقطع اليد من مفصل ولا يوجبه، كالجائفة والقطع من غير مفصل. وهذا كله مذهب الشافعي.

[مسألة رمى وهو مسلم كافرا عبدا فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم]
(٦٦٦٢) مسألة: قال: ولو رمى، وهو مسلم كافرا عبدا، فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم، فلا قود، وعليه دية حر مسلم، إذا مات من سهمه هذا قول ابن حامد، ومذهب الشافعي. وقال أبو بكر: يجب القود؛ لأنه قتل مكافئا له ظلما عمدا، فوجب القصاص، كما لو كان حرا مسلما حال الرمي، يحققه أن الاعتبار

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٠١

بحال الجناية، بدليل ما لو رمى مسلما حيا، فلم يقع به السهم حتى ارتد أو مات، لم يلزمه شيء، ولو رمى عبدا كافرا، فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم، فعليه دية حر مسلم.

وقال أبو حنيفة: يلزمه في العبد دية عبد لمولاه؛ لأن الإصابة ناشئة عن إرسال السهم، فكان الاعتبار بها، كحالة الجرح. فأما الكافر، فمذهبه أن ديته دية المسلم، وأنه يقتل به المسلم، وكذلك يقتل الحر بالعبد.

ولنا على درء القصاص، أنه لم يتعد إلى نفس مكافئته له حال الرمي، فلم يجب عليه قصاص، كما لو رمى حربيا أو مرتدا فأسلم. وعلى أبي حنيفة، أنه أتلف حرا، فضمنه ضمان الأحرار، كما لو قصد صيدا. وما قاله يبطل بما إذا رمى حيا فأصابه ميتا، أو صحيحا فأصابه معيبا.

ولنا على أن ديته تجب لورثته دون سيده، وأنه إذا أسلم تجب ديته لورثته المسلمين دون الكفار، إن مات مسلما حرا، فكانت ديته لورثته المسلمين، كما لو كان كذلك حال رميه، ولأن الميراث إنما." (١)

"وسراية القود، ولأنا تبينا أن القطع كان قتلا، فيكون قاتلا لعبده، فلا يلزمه ضمانه، كما لو لم يعتقه. وهذا بمقتضى قول أبي بكر. والثاني: يضمنه بما زاد على أرش القطع من الدية؛ لأنه مات وهو حر بسراية قطع عدوان، فيضمن، كما لو كان القاطع أجنبيا، لكن يسقط أرش القطع؛ لأنه في ملكه، ويجب الزائد لورثته، فإن لم يكن له وارث سواه، وجب لبيت المال، ولا يرث السيد شيئا؛ لأن القاتل لا يرث.

[مسألة قتل رجل اثنين واحدا بعد واحد]

(٦٦٧٣) مسألة؛ قال: (وإذا قتل رجل اثنين، واحدا بعد واحد، فاتفق أولياء الجميع على القود، أقيد لهما. وإن أراد ولي الأول القود، والثاني الدية، أقيد للأول، وأعطي أولياء الثاني الدية من ماله. وكذلك إن أراد أولياء الأول الدية، والثاني القود) وجملة ذلك أنه إذا قتل اثنين، فاتفق أولياؤهما على قتله بهما، قتل بهما. وإن أراد أحدهما القود، والآخر الدية، قتل لمن اختار أراد القود، وأعطي أولياء الثاني الدية من ماله، سواء كان المختار للقود الثاني أو الأول، وسواء قتلهما دفعة واحدة، أو دفعتين. فإن بادر أحدهما فقتله، وجب للآخر الدية في ماله، أيهما كان.

وقال أبو حنيفة، ومالك: يقتل بالجماعة، ليس لهم إلا ذلك، وإن طلب بعضهم الدية، فليس له، وإن بادر أحدهم فقتله، سقط حق الباقين؛ لأن الجماعة لو قتلوا واحدا قتلوا به، فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم، كالواحد بالواحد. وقال الشافعي: لا يقتل إلا بواحد، سواء اتفقوا على طلب القصاص أو لم يتفقوا؛ لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٩/٨

إذا كان لكل واحد استيفاء القصاص، فاشتراكهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم، كسائر الحقوق.

ولنا على أبي حنيفة، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «فمن قتل له قتيل، فأهله بين خيرتين؛ إن أحبوا قتلوا، وإن أحبوا أخذوا العقل» . فظاهر هذا أن أهل كل قتيل يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية، فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم، وإن اختار بعضهم الدية، وجب له بظاهر الخبر، ولأنهما جنايتان لا يتداخلان إذا كانتا خطأ أو إحداهما، فلم يتداخلا في العمد، كالجنايات على الأطراف، وقد سلموها.

ولنا على الشافعي، أنه محل تعلق به حقان، لا يتسع لهما معا، رضي المستحقان به عنهما، فيكتفي به كما لو قتل عبد عبدين خطأ فرضي بأخذه عنهما، ولأنهما رضيا بدون حقهما فجاز، كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء، أو ولي الحر بالعبد، وولي المسلم بالكافر. وفارق ما إذا كان القتل خطأ؛ فإن الجناية تجب في الذمة، والذمة تتسع لحقوق كثيرة.

وما ذكره مالك وأبو حنيفة فليس بصحيح؛ فإن الجماعة قتلوا بالواحد، لئلا يؤدي الاشتراك إلى إسقاط القصاص، تغليظا للقصاص، ومبالغة في الزجر، وفي مسألتنا." (١)

"تقدم القطع أو تأخر. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي.

وقال مالك: يقتل ولا يقطع؛ لأنه إذا قتل تلف الطرف، فلا فائدة في القطع، فأشبه ما لو كانا لواحد. **ولنا**، أنهما جنايتان على رجلين، فلم يتداخلا، كقطع يدي رجلين. وما ذكره من القياس غير صحيح؛ لأنه قد قال: لو قطع يد رجل، ثم قتله يقصد المثلة به، قطع وقتل. ونحن نوافقه على هذا في رواية، فقد حصل الإجماع منا ومنهم على انتفاء التداخل في الأصل، فكيف يقيس عليه، ولكنه ينقلب دليلا عليه، فنقول: قطع وقتل، فيستوفى منه مثل ما فعل، كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة به، ويثبت الحكم في محل النزاع بطريق التنبيه، فإنه إذا لم يتداخل حق الواحد، فحق الاثنين أولى، ويبطل بهذا ما قاله من المعنى.

[فصل قطع إصبعا من يمين رجل ويمينا لآخر]

(٦٦٧٧) فصل: وإن قطع إصبعا من يمين رجل، ويمينا لآخر، وكان قطع الإصبع أسبق، قطعت إصبعه قصاصا، وخير الآخر بين العفو إلى الدية، وبين القصاص وأخذ دية الإصبع. ذكره القاضي، وهو اختيار ابن حامد، ومذهب الشافعي؛ لأنه وجد بعض حقه، فكان له استيفاء الموجود، وأخذ بدل المفقود، كمن أتلف مثليا لرجل، فوجد بعض المثل. وقال أبو بكر: يخير بين القصاص ولا شيء له معه، وبين الدية. هذا قياس

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣١٤

قوله، وهو مذهب أبي حنيفة لأنه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس.
وإن كان قطع اليد سابقا على قطع الإصبع، قطعت يمينه قصاصا، ولصاحب الإصبع أرشها. ويفارق هذا ما إذا قتل رجلا، ثم قطع يد آخر، حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره؛ لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ في النفس، بدليل أنا نأخذ كامل الأطراف بناقصها، وأن ديتهما واحدة، ونقص الإصبع يمنع التكافؤ في اليد، بدليل أنا لا نأخذ الكاملة بالناقصة، واختلاف ديتهما. وإن عفا صاحب اليد، قطعت الإصبع لصاحبها، إن اختار قطعها.

[مسألة جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف]

(٦٧٨٦) مسألة: قال: (وإذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف، اقتص منه) وجملة ذلك أن القصاص يجري فيما دون النفس من الجروح، إذا أمكن؛ للنص والإجماع؛ أما النص فقول الله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] . وروى أنس بن مالك، أن الربيع بنت النضر بن أنس، «كسرت ثنية جارية، فعرضوا عليهم الأرش، فأبوا إلا القصاص، فجاء أخوها أنس بن." (١)

"[فصل كانت الشجة فوق الموضحة]

(٦٦٨٩) فصل: وإن كانت الشجة فوق الموضحة، فأحب أن يقتص موضحة، جاز ذلك بغير خلاف بين أصحابنا. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه يقتص على بعض حقه، ويقتص من محل جنايته، فإنه إنما يضع السكين في موضع وضعها الجاني؛ لأن سكين الجاني وصلت إلى العظم، ثم تجاوزته، بخلاف قاطع الساعد، فإنه لم يضع سكينه في الكوع. وهل له أرش ما زاد على الموضحة؟ فيه وجهان:؛ أحدهما: ليس له ذلك. وهو اختيار أبي بكر؛ لأنه جرح واحد، فلا يجمع فيه بين قصاص ودية، كما لو قطع الشلاء بالصحيحة، وكما في الأنفس إذا قتل الكافر بالمسلم، والعبد بالحر. والثاني: له أرش ما زاد على الموضحة، اختاره ابن حامد، وهو مذهب الشافعي؛ لأنه تعذر القصاص فيه، فانتقل إلى البدل، كما لو قطع إصبعيه ولم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة. وفارق الشلاء بالصحيحة؛ لأن الزيادة ثم من حيث المعنى، وليست متميزة، بخلاف مسألتنا.

]مسألة تقطع الأذن بالأذن]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٦/٨

(٦٦٩٠) مسألة: قال: (وتقطع الأذن بالأذن) أجمع أهل العلم على أن الأذن تؤخذ بالأذن، وذلك لقول الله تعالى: ﴿والأذن بالأذن﴾ [المائدة: ٤٥] . ولأنها تنتهي إلى حد فاصل، فأشبهت اليد. وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة، وتؤخذ أذن السميع بأذن السميع، وتؤخذ أذن الأصم بكل واحدة منهما؛ لتساويهما، فإن ذهاب السمع نقص في الرأس، لأنه محله، وليس بنقص فيهما. وتؤخذ الصحيحة بالمثقوبة؛ لأن الثقب ليس بعيب، وإنما يفعل في العادة للقرط والتزين به، فإن كان الثقب في غير محله، أو كانت مخرومة، أخذت بالصحيحة، ولم تؤخذ الصحيحة بها؛ لأن الثقب إذا انخرم صار نقصا فيها، والثقب في غير محله عيب، ويخير المجني عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص، وبين أن يقتص فيما سوى المعيب ويتركه من أذن الجاني.

وفي وجوب الحكومة له في قدر الثقب وجهان. وإن قطعت بعض أذنه، فله أن يقتص من أذن الجاني وتقدير ذلك بالأجزاء، فيؤخذ النصف بالنصف، والثلث بالثلث، وعلى حساب ذلك. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يجزئ القصاص في البعض؛ لأنه لا ينتهي إلى حد. **ولنا**، أنه يمكن تقدير المقطوع، وليس فيها كسر عظم، فجرى القصاص في بعضها، كالذكر، وبهذا ينتقض ما ذكروه.." [١]

"أحدهما: لا قصاص فيهما؛ لأنه لحم لا مفصل له ينتهي إليه، فلم يجب فيه قصاص، كلحم الفخذين. هذا قول القاضي. والثاني: فيهما القصاص؛ لأن انتهاءهما معروف، فأشبها الشفتين وجفني العين. وهذا قول أبي الخطاب. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

[فصل قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثييه أو شفريه]

(٦٦٩٩) فصل: وإن قطع ذكر خنثى مشكل، أو أنثييه، أو شفريه، فاختار القصاص، لم يكن له قصاص في الحال، ويقف الأمر حتى يتبين حاله؛ لأننا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي. وإن اختار الدية، وكان يرجى انكشاف حاله، أعطيناه اليقين، فيكون له حكومة في المقطوع. وإن كان قد قطع جميعها، فله دية امرأة في الشفرين، وحكومة في الذكر والأنثيين. وإن يئس من انكشاف حاله، أعطي نصف دية الذكر والأنثيين، ونصف دية الشفرين، وحكومة في نصف ذلك كله.

[فصل يجب القصاص في الأليتين الناتئتين بين الفخذين والظهر بجانبي الدبر]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٢٤

(٦٧٠٠) فصل: يجب القصاص في الأليتين الناتئتين بين الفخذين والظهر بجانبي الدبر. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال المزني: لا قصاص فيهما؛ لأنهما لحم متصل بلحم، فأشبه لحم الفخذ. **ولنا**، قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] . ولأن لهما حدا ينتهيان إليه، فجرى القصاص فيهما، كالذكر والأنثيين.

[مسألة تقلع العين بالعين]

(٦٧٠١) مسألة: قال: (وتقلع العين بالعين) أجمع أهل العلم على القصاص في العين، وممن بلغنا قوله في ذلك مسروق، والحسن، وابن سيرين، والشعبي، والنخعي، والزهري، والثوري، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وروي عن علي، - رضي الله عنه -. والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥] . ولأنها تنتهي إلى مفصل، فجرى القصاص فيها كاليد. وتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة، وعين الكبير بعين الصغير والأعمش، ولا تؤخذ صحيحة بقائمة؛ لأنه يأخذ أكثر من حقه.." (١)

"معالجتها حتى تبيض وتشخص، من غير ذهاب الحدقة، فعله، وإن تعذر ذلك، فلا شيء عليه، كما لو اندملت موضحة المجني عليه وحشة قبيحة، وموضحة الجاني حسنة جميلة، لم يجب شيء، كذلك هاهنا، وهذا بناه على أن اللطمة حصل بها القصاص، كما حصل بجرح الموضحة، وقد بينا فساد هذا.

[فصل شجه شجة دون الموضحة فأذهب ضوء عينه القصاص]

(٦٧٠٤) فصل: وإن شجه شجة دون الموضحة، فأذهب ضوء عينه، لم يقتص منه مثل شجته، بغير خلاف نعلمه؛ لأنها لا قصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين، فكذلك إذا ذهب، ويعالج ضوء العين بمثل ما ذكرنا في اللطمة. وإن كانت الشجة فوق الموضحة، فله أن يقتص موضحة. وهل له أرش الزيادة عليها؟ فيه وجهان. وإن ذهب ضوء العين، وإلا استعمل فيه ما يزيله من غير أن يجني على الحدقة. وإن شجه موضحة، فله أن يقتص منها. وحكم القصاص في البصر على ما ذكرنا من قبل. واختلف أصحاب الشافعي في القصاص في البصر، في هذه المواضع كلها، فقال بعضهم: لا قصاص فيه؛ لأنه لا يجب بالسراية، كما لو قطع إصبعه، فسرى القطع إلى التي تليها، فأذهبها عندهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٢٨

وقال بعضهم: يجب القصاص هاهنا، قولا واحدا؛ لأن ضوء العين لا تمكن مباشرته بالجناية، فيقتص منه بالسراية، كالنفس، فيقتص من البصر كما ذكرنا فيما قبل هذا.

[فصل قلع الأعور عين صحيح القصاص]

(٦٧٠٥) فصل: إذا قلع الأعور عين صحيح، فلا قود، وعليه دية كاملة. روي ذلك عن عمر، وعثمان، - رضي الله عنهما -. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء. وقال الحسن والنخعي: إن شاء اقتص وأعطاه نصف دية. وقال مالك: إن شاء اقتص، وإن شاء أخذ دية كاملة. وقال مسروق والشعبي، وابن سيرين، وابن مغفل، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، وابن المنذر: له القصاص، ولا شيء عليه.

وإن عفا، فله نصف الدية، لقول الله تعالى: ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥] . وجعل النبي - صلى الله عليه وسلم - في العينين الدية. ولأنها إحدى شيئين فيهما الدية، فوجب القصاص ممن له واحدة، أو نصف الدية، كما لو قطع الأقطع يد من له يدان. ولنا، قول عمر وعثمان - رضي الله عنهما - ولم نعرف لهما مخالفا في عصرهما، ولأنه لم يذهب بجميع بصره، فلم يجز له الاقتصاص منه بجميع بصره، كما لو كان ذا عينين. وأما إذا قطع يد الأقطع، فلنا فيه منع، ومع التسليم، فالفرق بينهما أن يد الأقطع لا تقوم مقام اليدين في النفع الحاصل بهما، بخلاف عين الأعور، فإن النفع الحاصل بالعينين حاصل بها، وكل حكم يتعلق بصحيح العينين، يثبت في الأعور مثله؛ ولهذا صح عتقه في الكفارة دون الأقطع.

فأما وجوب الدية كاملة عليه، وهو قول مالك، فلأنه لما دفع عنه القصاص مع." (١)

"السن في محلها مثلها على صفتها، فلا شيء على الجاني، كما لو قلع شعرة ثم نبتت، وإن عادت مائلة عن محلها، أو متغيرة عن صفتها، كان عليه حكومة، لأنها لو لم تعد ضمن السن، فإذا عادت ناقصة ضمن ما نقص. منها بالحساب، ففي ثلثها ثلث ديتها، وفي ربعها ربعها وعلى هذا، وإن عادت والدم يسيل، ففيها حكومة، لأنه نقص حصل بفعله، وإن مضى زمن عودها ولم تعد، سئل أهل العلم بالطب، فإن قالوا: قد يئس من عودها.

فالمجني عليه بالخيار بين القصاص أو دية السن، فإن مات المجني عليه قبل الإياس من عودها، فلا قصاص، لأن الاستحقاق له غير متحقق، فيكون ذلك شبهة في درئه، وتجب الدية، لأن القلع موجود، والعود مشكوك فيه، ويحتمل أنه إذا مات قبل مجيء وقت عودها، أن لا يجب شيء، لأن العادة عودها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٣٠

فأشبه ما لو حلق شعره فمات قبل نباته، فأما إن قلع سن من قد أثغر، وجب القصاص له في الحال، لأن الظاهر عدم عودها، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي،

وقال القاضي: يسأل أهل الخبرة، فإن قالوا: لا تعود، فله القصاص في الحال، وإن قالوا: يرجى عودها إلى وقت ذكروه، لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها تحتمل العود، فأشبهت سن من لم يثغر، وإذا ثبت هذا، فإنها إن لم تعد بعد، فلا كلام، وإن عادت، لم يجب قصاص ولا دية، وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر: لا يسقط الأرش، لأن هذه السن لا تستخلف عادة، فإذا عادت كانت هبة مجددة؛ ولذلك لا ينتظر عودها في الضمان **ولنا**، أنها سن عادت، فسقط الأرش، كسن من لم يثغر، وندرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها إذا وجدت، فعلى هذا إن كان أخذ الأرش، رده، وإن كان استوفى القصاص، لم يجز قلع هذه قصاصا، لأنه لم يقصد العدوان، وإن عادت سن الجاني دون سن المجني عليه، ففيه وجهان، أحدهما: لا، تقلع، لئلا يأخذ سنين بسن واحدة، وإنما قال الله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾ [المائدة: ٤٥] والثاني، تقلع وإن عادت مرات، لأنه قلع سنه وأعدمها، فكان له إعدام سنه، ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

[فصل قلع سنا فاقتص منه ثم عادت سن المجني عليه فقلعها الجاني ثانية]

(٦٧١٣) فصل: وإن قلع سنا، فاقتص منه، ثم عادت سن المجني عليه، فقلعها الجاني ثانية فلا شيء عليه، لأن سن المجني عليه لما عادت، وجب للجاني عليه دية سنه، فلما قلعها، وجب على الجاني ديتها للمجني عليه، فقد وجب لكل واحد منهما دية سن، فيتقاصان.." (١)

"كالأصليتين، ولأن قول الله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾ [المائدة: ٤٥] عام فيدخل فيه محل النزاع، وإن قلنا: يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد، فالثابت بالاجتهاد معتبر بما ثبت بالنص، واختلاف القيمة لا يمنع القصاص، بدليل جريانه بين العبيد، وبين الذكر والأنثى، في النفس والأطراف، على أن كبر السن لا يوجب كثرة قيمتها، فإن السن الزائدة نقص وعيب، وكثرة العيب زيادة في النقص، لا في القيمة، ولأن كبر السن الأصلية لا يزيد قيمتها، فالزائدة كذلك.

[فصل يؤخذ اللسان باللسان القصاص]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٣/٨

(٦٧١٦) فصل: ويؤخذ اللسان باللسان، لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] . ولأن له حدا ينتهي إليه، فاقتص منه كالعين، ولا نعلم في هذا خلافا، ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس، لأنه أفضل منه، ويؤخذ الأخرس بالناطق، لأنه بعض حقه، ويؤخذ بعض اللسان ببعض، لأنه أمكن القصاص في جميعه، فأمكن في بعضه، كالسن، ويقدر ذلك بالأجزاء، ويؤخذ منه بالحساب

[فصل تؤخذ الشفة بالشفة القصاص]

(٦٧١٧) فصل: وتؤخذ الشفة بالشفة وهي ما جاوز الذقن والخدين علوا وسفلا؛ لقول الله تعالى ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] . ولأن له حدا ينتهي إليه، يمكن القصاص منه فوجب، كاليدين.

[مسألة لا تؤخذ يد يمين بيسار القصاص]

(٦٧١٨) مسألة قال: (ولا تؤخذ يمين بيسار، ولا يسار بيمين) هذا قول أكثر أهل العلم، منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن ابن سيرين، وشريك أن إحداهما تؤخذ بالأخرى، لأنهما يستويان في الخلقة والمنفعة. **ولنا**، أن كل واحدة منهما تختص باسم، فلا تؤخذ إحداهما بالأخرى، كاليد مع الرجل. فعلى هذا كل ما انقسم إلى يمين ويسار، كاليدين والرجلين والأذنين والمنخرين والثديين والأليتين والأنثيين، لا تؤخذ إحداهما بالأخرى

(٦٧١٩) فصل: وما انقسم إلى أعلى وأسفل، كالجفنين والشفتين، لا يؤخذ الأعلى بالأسفل، ولا الأسفل بالأعلى." (١)

"في ذلك مقام النطق، بدليل أنه لا فرق بين قوله: خذ هذا فكله، وبين استدعاء ذلك منه، فيعطيه إياه، ويفارق هذا ما لو قطع يد إنسان، وهو ساكت، لأنه لم يوجد منه البذل، وينظر في المقتص، فإن فعل ذلك عالما بالحال عزر، لأنه ممنوع منه لحق الله تعالى، وهل يسقط القصاص في اليمين؟ على وجهين: أحدهما: يسقط، لأن قاطع اليسار تعدى بقطعها؛ ولأنه قطع إحدى يديه، فلم يملك قطع اليد الأخرى، كما لو قطع يد السارق اليسرى مكان يمينه، فإنه لا يملك قطع يمينه

والوجه الثاني، أنه لا يسقط، وهو مذهب الشافعي وفرقوا بين القصاص وقطع السارق من ثلاثة أوجه، أحدها: أن الحد مبني على الإسقاط، بخلاف القصاص والثاني، أن اليسار لا تقطع في السرقة، وإن عدمت

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٥/٨

يمينه، لأنه يفوت منفعة الجنس في الحد، بخلاف القصاص، والثالث: أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط القطع في السرقة، فجاز أن يسقط بقطع اليسار، بخلاف القصاص، فإنه لا يسقط، وينتقل إلى البدل، لكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره، لئلا يؤدي إلى ذهاب نفسه، فإن قيل: أليس لو قطع يمين رجل ويسار آخر، لم يؤخر أحدهما إلى اندمال الآخر؟ قلنا: الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصا؛ فلهذا جمعنا بينهما، وفي مسألتنا أحدهما غير مستحق، فلم نجمع بينهما، فإذا اندملت اليسار قطعنا اليمين، فإن سرى قطع اليسار إلى نفسه، كانت هدرا، ويجب في تركته دية اليمين؛ لتعذر الاستيفاء فيها بموته. وإن قال المقتص منه: لم أعلم أنها اليسار، أو ظننت أنها تجزئ عن اليمين، نظرت في المستوفي، فإن علم أنها يساره، وأنها لا تكون قصاصا، ضمنها بديتها ويعزر.

وقال بعض الشافعية: عليه القصاص، لأنه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها. **ولنا**، أنه قطعها ببذل صاحبها، فلم يجب عليه القصاص، كما لو علم باذلها. وإن كان جاهلا، فلا تعزير عليه، وعليه الضمان بالدية، لأنه بذلها له على وجه البدل، فكانت مضمونة عليه، ولأنها مضمونة لو كان القاطع عالما بها، وما وجب ضمانه في العمد، وجب في الخطأ، كإتلاف المال، والقصاص باق له في اليمين، ولا تقطع حتى تندمل اليسار، فإذا اندملت، فله قطع اليمين، فإن عفا، وجب بدلها، ويتقاصان، وإن سرت اليسار إلى نفسه، كانت مضمونة بالدية الكاملة، وقد تعذر قطع اليمين، ووجب له نصف الدية، فيتقاصان به، ويبقى نصف." (١)

"عاقلته؛ لأنه فوت نفسه، ولا يستحق إلا طرفه فلزمته ديته، كما لو ضرب عنقه، ولأنها سراية قطع مضمون، فكانت مضمونة، كسراية الجناية، والدليل على أنه مضمون، أنه مضمون بالقطع الأول؛ لأنه في مقابلته. **ولنا**، أن عمر وعليا - رضي الله عنهما -، قالا: من مات من حد أو قصاص لا دية له، الحق قتله رواه سعيد بمعناه. ولأنه قطع مستحق مقدر، فلا تضمن سرايته، كقطع السارق.

وفارق ما قاسوا عليه، فإنه ليس ما فعله مستحقا. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين سرايته إلى النفس، بأن يموت منها، أو إلى ما دونها، مثل أن يقطع إصبعا فتسري إلى كفه.

[فصل سراية الجناية مضمونة]

(٦٧٢٣) فصل: وسراية الجناية مضمونة بلا خلاف؛ لأنها أثر الجناية، والجناية مضمونة، فكذلك أثرها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٣٧

ثم إن سرت إلى النفس، وما لا يمكن مباشرته بالإتلاف، مثل أن يهشمه في رأسه فيذهب ضوء عينيه، وجب القصاص فيه، ولا خلاف في ذلك في النفس، وفي ضوء العين خلاف قد ذكرناه فيما تقدم وإن سرت إلى ما يمكن مباشرته بالإتلاف، مثل إن قطع إصبعا، فتآكلت أخرى وسقطت من مفصل، ففيه القصاص أيضا، في قول إمامنا وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن

وقال أكثر الفقهاء: لا قصاص في الثانية، وتجب ديتها؛ لأن ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية، كما لو رمى سهما فمرق منه إلى آخر. **ولنا**، أن ما وجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية، كالنفس وضوء العين، ولأنه أحد نوعي القصاص، فأشبه ما ذكرنا، وفارق ما ذكروه، فإن ذلك فعل وليس بسراية، ولأنه لو قصد ضرب رجل فأصاب آخر، لم يجب القصاص، ولو قصد قطع إبهامه فقطع سبابته وجب القصاص، ولو ضرب إبهامه فمرق إلى سبابته، وجب القصاص فيهما، فافترقا؛ ولأن الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص، فوجب القصاص فيها، كما لو رمى إحداهما فمرق إلى الأخرى.

فأما إن قطع إصبعا، فشلت إلى جانبها أخرى، وجب القصاص في المقطوعة وحسب والأرش في الشلاء، وبهذا قال مالك، والشافعي وقال أبو حنيفة لا قصاص فيهما ويجب أرشهما جميعا، لأن حكم السراية لا ينفرد عن الجناية، بدليل ما لو سرت إلى النفس، فإذا لم يجب القصاص في إحداهما، لم يجب في الأخرى." (١)

"**ولنا** أنها جناية موجبة للقصاص لو لم تسر، فأوجبته إذا سرت، كالتي تسري إلى سقوط أخرى، وكما لو قطع يد حبلى فسرى إلى جنينها. وبهذا يبطل ما ذكره.

وفارق الأصل؛ لأن السراية مقتضية للقصاص، كاقتضاء الفعل له، فاستوى حكمهما، وها هنا بخلافه، ولأن ما ذكره غير صحيح؛ فإن القطع إذا سرى إلى النفس، سقط القصاص في القطع، ووجب في النفس، فخالف حكم الجناية حكم السراية، فسقط ما قاله. إذا ثبت هذا، فإن الأرش يجب في ماله، ولا تحمله العاقلة، لأنه جناية عمد، وإنما لم يجب القصاص فيه لعدم المماثلة في القطع والشلل، فإذا قطع إصبعه فشلت أصابعه الباقية وكفه، فعفا عن القصاص، وجب له نصف الدية، وإن اقتص من الإصبع، فله في الأصابع الباقية أربعون من الإبل، ويتبعها ما حاذاها من الكف، وهو أربعة أخماسه، فيدخل أرشه فيها، ويبقى خمس الكف فيه وجهان؛ أحدهما يتبعها في الأرش، ولا شيء فيه.

والثاني، فيه الحكومة؛ لأن ما يقابل الأربع تبعها في الأرش، لاستوائهما في الحكم، وحكم التي اقتص منها

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٣٩

مخالف لحكم الأرش، فلم يتبعها.

[فصل لا يجوز القصاص في الطرف إلا بعد اندمال الجرح]

(٦٧٢٤) فصل: ولا يجوز القصاص في الطرف إلا بعد اندمال الجرح في قول أكثر أهل العلم، منهم؛ النخعي، والثوري، وأبو حنيفة، ومالك، وإسحاق، وأبو ثور وروي ذلك عن عطاء، والحسن. قال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ. ويتخرج لنا، أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء، بناء على قولنا: إنه إذا سرى إلى النفس، يفعل كما فعل، وهذا قول الشافعي، قال: ولو سأل القود ساعة قطعت إصبعه، أقدته، لما روى جابر، «أن رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته، فقال: يا رسول الله، أقدني. قال: حتى تبرأ. فأبى، وعجل، فاستقاد له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فعيبت رجل المستقيد، وبرأت رجل المستقاد منه. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: ليس لك شيء عجلت» رواه سعيد مرسلا.

ولأن القصاص من الطرف لا يسقط بالسراية، فوجب أن يملكه في الحال، كما لو برأ. ولنا، ما روى جابر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم -: «نهى أن يستقاد من الجروح حتى يبرأ المجروح.» ورواه الدارقطني، عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -. ولأن الجرح." (١)

"لا يدرى أقتل هو أم ليس بقتل، فينبغي أن ينتظر ليعلم ما حكمه؟ فأما حديثهم، فقد رواه الدارقطني، وفي سياقه، فقال: يا رسول الله، عرجت. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: " قد نهيتك فعصيتني، فأبعدك الله، وبطل عرجك ". ثم نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه. وهذه زيادة يجب قبولها، وهي متأخرة عن الاقتصاص، فتكون ناسخة له. وفي نفس الحديث ما يدل على أن استقادته قبل البرء معصية؛ لقوله: " قد نهيتك فعصيتني ". وما ذكروه ممنوع، وهو مبني على الخلاف.

[فصل اقتص قبل اندمال الجرح]

(٦٧٢٥) فصل: فإن اقتص قبل الاندمال، هدرت سراية الجناية. وقال أبو حنيفة، والشافعي: بل هي مضمونة؛ لأنها سراية جناية، فكانت مضمونة، كما لو لم يقتص. ولنا، الخبر المذكور، ولأنه استعجل ما لم يكن له استعجاله، فبطل حقه، كقاتل موروثه، وبهذا فارق من لم يقتص. فعلى هذا، لو سرى القطعان

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٤٠

جميعا، فمات الجاني والمستوفي، فهما هدر. وقال أبو حنيفة: يجب ضمان كل واحد منهما، لأن سراية كل واحد منهما مضمونة، ثم يتقاصان فيسقطان.

وقال الشافعي: إن مات المجني عليه أولا، ثم مات الجاني، كان قصاصا؛ لأنه مات من سراية القطع، فقد مات بفعل المجني عليه، وإن مات الجاني، فكذلك في أحد الوجهين، وفي الآخر، يكون موت الجاني هدرا، ولولي المجني عليه نصف الدية. فأما إن سرى أحد القطعين دون صاحبه، فعندنا هو هدر، لا ضمان فيه. وعند أبي حنيفة، يجب ضمان سرايته. وعند الشافعي، إن سرت الجناية فهي مضمونة، وإن سرى الاستيفاء، لم يجب ضمانه. ومبنى ذلك على ما تقدم من الخلاف.

[فصل اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى]

(٦٧٢٦) فصل: وإن اندمل جرح الجناية، فاقتص منه، ثم انتقض فسرى، فسرايته مضمونة، وسراية الاستيفاء غير مضمونة؛ لأنه اقتص بعد جواز الاقتصاص. فعلى هذا، لو قطع يد رجل، فبرأ، فاقتص، ثم انتقض جرح المجني عليه، فمات، فلوليه قتل الجاني، لأنه مات من جنايته، وإن عفا إلى الدية، فلا شيء له، لأنه استوفى بالقطع ما قيمته دية، وهو يداه، وإن سرى الاستيفاء، لم يجب أيضا شيء؛ لأن القصاص قد سقط بموته، والدية لا يمكن إيجابها؛ لما ذكرنا. وإن كان المقطوع بالجناية يدا، فوليه بالخيار بين القصاص في النفس وبين العفو إلى نصف الدية، ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره، وجب نصف الدية في تركة الجاني، أو ماله إن كان حيا.." (١)

"دون الممكن له من الاستيفاء، فالضمان عليه وحده؛ لأنه مباشر، والحاكم الممكن له صاحب سبب، ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب، كان الضمان على المباشر دون المتسبب، كالحافر مع الدافع، وإن علم الحاكم دون الولي، فالضمان على الحاكم وحده؛ لأن المباشر معذور، فكان الضمان على المتسبب، كالسيد إذا أمر عبده بالقتل، والعبد أعجمي لا يعرف تحريم القتل، وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء.

وقال القاضي: إن كان أحدهما عالما وحده، فالضمان عليه وحده، وإن كانا عالمين، فالضمان على الحاكم؛ لأنه الذي يعرف الأحكام، والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده، وإن كانا جاهلين، ففيه وجهان؛ أحدهما: الضمان على الإمام، كما لو كانا عالمين. والثاني، على الولي. وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو الخطاب:

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤١/٨

الضمان على الحاكم، ولم يفرق. وقال المزني: الضمان على الولي في كل حال؛ لأنه المباشر، والسبب، غير ملجئ، فكان الضمان عليه، كالحافر مع الدافع، وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل. وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق. والله أعلم.

[مسألة كان القاطع سالم الطرف والمقطوعة شلاء]

(٦٧٣٢) مسألة: قال: (وإذا كان القاطع سالم الطرف، والمقطوعة شلاء، فلا قود) لا نعلم أحدا من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح بأشل، إلا ما حكي عن داود، أنه أوجب ذلك؛ لأن كل واحد منهما مسمى باسم صاحبه، فيؤخذ به كالأذنين. **ولنا**، أن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال، فلا يؤخذ بها ما فيه نفع، كالصحيحة لا تؤخذ بالقائمة، وما ذكر له قياس، وهو لا يقول بالقياس، وإذا لم يوجب القصاص في العينين مع قول الله تعالى: ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥] . لأجل تفاوتهما في الصحة والعمى، فلأن لا يجب ذلك فيما لا نص فيه أولى.

[فصل قطع أذنا شلاء أو أنفا أشل فهل يؤخذ به الصحيح]

(٦٧٣٣) فصل: وإن قطع أذنا شلاء، أو أنفا أشل، فهل يؤخذ به الصحيح؟ فيه وجهان: أحدهما، لا يؤخذ به، كسائر الأعضاء. والثاني، يؤخذ به؛ لأن نفعه لا يذهب بشلله، فإن نفع الأذن جمع الصوت، ورد الهوام، وستر موضع." (١)

"وإن كانت المقطوعة ذات أظفار، إلا أنها خضراء، أو مستحشفة، أخذنا بها السليمة؛ لأن ذلك علة ومرض، والمرض لا يمنع القصاص، بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم.

[مسألة كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة القصاص]

(٦٧٣٧) مسألة: قال: (وإن كان القاطع أشل، والمقطوعة سالمة، فشاء المظلوم أخذها، فذلك له، ولا شيء له غيرها، وإن شاء عفا، وأخذ دية يده) أما إذا اختار الدية، فله دية يده، لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص، فكانت له الدية، كما لو لم يكن للقاطع يد. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي. وإن اختار القصاص، سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: إنه إذا قطع لم تنسد العروق،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٤٤

ودخل الهواء إلى البدن فأفسده. سقط القصاص؛ لأنه لا يجوز أخذ نفس بطرف.

وإن أمن هذا، فله القصاص؛ لأنه رضي بدون حقه، فكان له ذلك، كما لو رضي المسلم بالقصاص من الذمي، والرجل من المرأة، والحر من العبد، وليس له مع القصاص أرش؛ لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة، وإنما نقصت في الصفة، فلم يكن له أرش، كالصور التي ذكرناها. وقال أبو الخطاب: عندي له أرش مع القصاص. على قياس قوله في عين الأعور. والأول أصح؛ فإن إلحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها، أولى من إلحاقه بفرع مختلف فيه، خارج عن الأصول، مخالف للقياس.

[فصل تؤخذ الشلاء بالشلاء القصاص]

(٦٧٣٨) فصل: وتؤخذ الشلاء بالشلاء، إذا أمن في الاستيفاء الزيادة. وقال أصحاب الشافعي، لا تؤخذ بها، في أحد الوجهين؛ لأن الشلل علة، والعلل يختلف تأثيرها في البدن، فلا تتحقق المماثلة بينهما. **ولنا**، أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته، فجاز أخذ إحداهما بالأخرى، كالصحيحة بالصحيحة.

[فصل تؤخذ في القصاص اليد الناقصة بالناقصة]

(٦٧٣٩) فصل: وتؤخذ الناقصة بالناقصة، إذا تساوتا فيه، بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه؛ لأنهما تساوتا في الذات والصفة. فأما إن اختلفا، فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام، ومن الأخرى إصبع غيرها، لم يجز القصاص؛ لأن فيه أخذ إصبع بغيرها. وإن كانت يد أحدهما ناقصة إصبعا، والأخرى ناقصة تلك الإصبع وأخرى، جاز أخذ الناقصة إصبعين بالناقصة إصبعا. وهل له أرش إصبعه الزائدة؟ فيه وجهان. ولا يجوز أخذ الأخرى بها؛ لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة.." (١)

"صاحبها، فقطعها من الكوع، لئلا تسري إلى سائر جسده، ثم اندمل جرحه، فعلى الجاني القصاص في الإصبع، والحكومة فيما تآكل من الكف، ولا شيء عليه فيما قطعه المجني عليه؛ لأنه تلف بفعله. وإن لم يندمل، ومات من ذلك، فالجاني شريك نفسه، فيحتمل وجوب القصاص عليه، ويحتمل أن لا يجب بحال؛ لأن فعل المجني عليه، إنما قصد به المصلحة، فهو عمد الخطأ، وشريك الخاطئ لا قصاص عليه، ويكون عليه نصف الدية.

وإن قطع المجني عليه موضع الأكلة، نظرت؛ فإن قطع لحما ميتا، ثم سرت الجناية، فالقصاص على

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٦/٨

الجاني؛ لأنه سراية جرحه خاصة، وإن كان في لحم حي، فمات، فالحكم فيه كما لو قطعها خوفا من سرايتها.

[فصل قطع أنملة لها طرفان إحداهما زائدة والأخرى أصلية]

(٦٧٤٣) فصل: وإذا قطع أنملة لها طرفان، إحداهما: زائدة والأخرى أصلية، فإن كانت أنملة القاطع ذات طرفين أيضا، أخذت بها، وإن لم تكن ذات طرفين. قطعت، وعليه حكومة في الزائدة. وإن كانت المقطوعة ذات طرف واحد، وأنملة القاطع ذات طرفين، أخذت بها، في قول ابن حامد، وعلى قول غيره؛ لا قصاص فيها، وله دية أنملته. وإن ذهب الطرف الزائد، فله الاستيفاء. وإن قال: أنا أصبر حتى يذهب الزائد ثم أقتص. فله ذلك؛ لأن القصاص حقه، فلا يجبر على تعجيل استيفائه.

[فصل قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملة آخر الوسطى ثم قطع السفلى من ثالث]

(٦٧٤٤) فصل: ولو قطع أنملة رجل العليا، ثم قطع أنملة آخر الوسطى، ثم قطع السفلى من ثالث، فللأول القصاص من العليا، ثم للثاني أن يقتص من الوسطى، ثم للثالث أن يقتص من السفلى، سواء جاءوا دفعة واحدة، أو واحدا بعد واحد. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا قصاص إلا في العليا؛ لأنه لم يجب في غيرها حال الجناية، لتعذر استيفائه، فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافئ حال الجناية، ثم صار مكافئا بعده. **ولنا**، أن تعذر القصاص لاتصال محله بغيره لا يمنعه إذا زال الاتصال، كما لو جنت الحامل. ويفارق عدم التكافؤ؛ لأنه تعذر لمعنى فيه، وها هنا تعذر لاتصال غيره به. فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا، لم يعطه؛ لأن في استيفائه إتلاف أنملة لا يستحقها، وقيل لهما: إما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الأول، فإن اقتص فلكما القصاص، وإن عفا فلا قصاص لكما، وإما أن ترضيا بالعقل. فإذا جاء صاحب العليا فاقتص، فللثاني الاقتصاص، وحكم الثالث مع الثاني كحكم الثاني مع الأول، وإن عفا، فلهما العقل، فإن قالا: نحن نصبر وننظر بالقصاص أن تسقط العليا بمرض أو نحوه، ثم نقتص. لم يمنعا من ذلك. وإن قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا، فعليه دية العليا، تدفع إلى صاحب العليا.

وإن قطع الإصبع كلها، فعليه القصاص في الأنملة الثالثة، وعليه أرش." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٨/٨

"العليا للأول، وأرش السفلى على الجاني لصاحبها، وإن عفا الجاني عن قصاصها، وجب أرشها، يدفعه إليه، ليدفعه إلى المجني عليه.

[فصل قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملتي آخر العليا والوسطى من تلك الإصبع]
(٦٧٤٥) فصل: وإن قطع أنملة رجل العليا، ثم قطع أنملتي آخر العليا والوسطى من تلك الإصبع، فللأول قطع العليا؛ لأن حقه أسبق، ثم يقطع الثاني الوسطى، ويأخذ أرش العليا منه. فإن بادر الثاني فقطع الأنملتين، فقد استوفى حقه، وتعذر استيفاء القصاص للأول، وله الأرش على الجاني. وإن كان قطع الأنملتين أولا، قدمنا صاحبهما في القصاص، للأول، وله الأرش على الجاني. وإن بادر صاحبها فقطعها، فقد استوفى حقه، وتقطع الوسطى للأول، ويأخذ الأرش للعليا. ولو قطع أنملة رجل العليا، ولم يكن للقاطع عليا، فاستوفى الجاني من الوسطى، فإن عفا إلى الدية، تقاصا وتساقطا؛ لأن ديتهما واحدة، وإن اختار الجاني القصاص، فله ذلك، ويدفع أرش العليا. ويجيء على قول أبي بكر، أن لا يجب القصاص؛ لأن ديتهما واحدة، واسم الأنملة يشملهما، فتساقطا، كقوله في إحدى اليدين بدلا عن الأخرى.

[مسألة قتل وله وليان بالغ وطفل أوغائب]
مسألة: قال: (وإذا قتل وله وليان؛ بالغ، وطفل أو غائب، لم يقتل، حتى يقدم الغائب ويبلغ الطفل) وجملته أن ورثة القتيل إذا كانوا أكثر من واحد، لم يجز لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقين، فإن كان بعضهم غائبا، انتظر قدومه، ولم يجز للحاضر الاستقلال بالاستيفاء، بغير خلاف علمناه، وإن كان بعضهم صغيرا أو مجنونا، فظاهر مذهب أحمد - رحمه الله - أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفيق المجنون. وبهذا قال ابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والشافعي، وأبو يوسف، وإسحاق، ويروى عن عمر بن عبد العزيز، - رحمه الله -
وعن أحمد، رواية أخرى: للكبار العقلاء استيفاؤه. وبه قال حماد، ومالك، والأوزاعي، والليث، وأبو حنيفة؛ لأن الحسن بن علي - رضي الله عنهما -، قتل ابن ملجم، قصاصا، وفي الورثة صغار، فلم ينكر ذلك، ولأن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه، وليس للصغير هذه الولاية. **ولنا**، أنه قصاص غير متحتم، ثبت لجماعة معينين، فلم يجز لأحدهم استيفاؤه استقلالا، كما لو كان بين حاضر وغائب، أو أحد بدلي النفس، فلم ينفرد به بعضهم كالدية، والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقا أربعة أمور؛ أحدها، أنه لو كان

منفردا لاستحقه، ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفردا، كولاية النكاح.
والثاني، أنه لو بلغ لاستحق، ولو لم يكن مستحقا." (١)

"عند الموت لم يكن مستحقا بعده، كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه. والثالث: أنه لو صار الأمر إلى المال، لاستحق، ولو لم يكن مستحقا للقصاص لما استحق بدله، كالأجنبي. والرابع: أنه لو مات الصغير لاستحقه ورثته، ولو لم يكن حقا لم يرثه، كسائر ما لم يستحقه، فأما ابن ملجم، فقد قيل: إنه قتله بكفره، لأنه قتل عليا مستحلا لدمه، معتقدا كفره، متقربا بذلك إلى الله تعالى. وقيل: قتله لسعيه في الأرض بالفساد، وإظهار السلاح، فيكون كقاطع الطريق إذا قتل. وقتله متحتم، وهو إلى الإمام، والحسن هو الإمام، ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة. ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم، وإن قدر أنه قتله قصاصا، فقد اتفقنا على خلافه، فكيف يحتج به بعضنا على بعض.

[فصل كان الوارث واحدا صغيرا]

(٦٧٤٧) فصل: وإن كان الوارث واحدا صغيرا، كصبي قتلت أمه، وليست زوجة لأبيه، فالقصاص له، وليس لأبيه ولا غيره استيفاؤه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة، ومالك: له استيفاؤه. وكذلك الحكم في الوصي والحاكم، في الطرف دون النفس. وذكر أبو الخطاب في موضع في الأب روايتين، وفي موضع وجهين، أحدهما: كقولنا؛ لأن القصاص أحد بدلي النفس، فكان للأب استيفاؤه، كالدية. ولنا، أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجته، فلا يملك استيفاء القصاص له، كالوصي؛ ولأن القصد التشفي ودرك الغيظ، ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي.
ويخالف الدية، فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب له، فافترقا؛ ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت، والقصاص لا يتعين، فإنه يجوز العفو إلى الدية، والصلح على مال أكثر منها وأقل، والدية بخلاف ذلك.

[فصل يحبس القاتل عند تأخير الاستيفاء]

فصل: وكل موضع وجب تأخير الاستيفاء، فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي، ويعقل المجنون، ويقدم الغائب، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل، في عصر الصحابة، فلم ينكر ذلك، وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات، فلم يقبلها. فإن قيل: فلم لا يخلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٤٩

سبيله كالمعسر بالدين؟ قلنا: لأن في تخليته تضييعا للحق، فإنه لا يؤمن هربه، والفرق بينه وبين المعسر من وجوه؛ أحدها: أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار، فلا يحبس بما لا يجب، والقصاص هاهنا واجب، وإنما تعذر المستوفي.

الثاني، أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين، فلا يفيد، بل يضر من الجانبين، وها هنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس. الثالث: أنه قد استحق قتله، وفيه تفويت نفسه ونفعه، فإذا تعذر تفويت نفسه، جاز تفويت نفعه لإمكانه.." (١)

"فإن قيل: فلم يحبس من أجل الغائب، وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفا رشيدا؛ ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه؟ قلنا: لأن في القصاص حقا للميت، وللحاكم عليه ولاية، ولهذا تنفذ وصاياه من الدية، وتقضى ديونه منها، فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت في يد إنسان شيئا غصبا، والوارث غائب، فإنه يأخذه.

ولو كان القصاص لحي في طرفه، لم يتعرض لمن هو عليه. فإن أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلي سبيله، لم يجز؛ لأن الكفالة لا تصح في القصاص، فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر إحضار المكفول به، ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل، فلم تصح الكفالة به كالحد، ولأن فيه تغريرا بحق المولى عليه، فإنه ربما خلى سبيله فهرب، فضاع الحق.

[فصل قتله بعض الأولياء بغير إذن الباقين]

(٦٧٤٩) فصل: فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن الباقين، لم يجب عليه قصاص. وبهذا قال أبو حنيفة، وهو أحد قوري الشافعي، والقول الأخير، عليه القصاص؛ لأنه ممنوع من قتله، وبعضه غير مستحق له، وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس، بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد. **ولنا**، أنه مشارك في استحقاق القتل، فلم يجب عليه القصاص، كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطئها، ولأنه محل يملك بعضه، فلم تجب العقوبة المقدرة باستيفائه كالأصل. ويفارق إذا قتل الجماعة واحدا، فإنا لا نوجب القصاص بقتل بعض النفس، وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلا لجميعها، وإن سلمنا وجوبه عليه لقتله بعض النفس، فمن شرطه المشاركة لمن فعله، كفعله في العمد والعدوان، ولا يتحقق هاهنا.

إذا ثبت هذا، فإن للولي الذي لم يقتل قسطه من الدية؛ لأن حقه من القصاص سقط بغير اختياره، فأشبه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٥٠

ما لو مات القاتل أو عفا بعض الأولياء. وهل يجب ذلك على قاتل الجاني، أو في تركة الجاني؟ فيه وجهان. وللشافعي قولان؛ أحدهما: يرجع على قاتل الجاني؛ لأنه أتلف محل حقه، فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه، كما لو كانت له وديعة فأتلفها. والثاني، يرجع في تركة الجاني، كما لو أتلفه أجنبي، أو عفا شريكه عن القصاص، ولنا: أتلف محل حقه، يبطل بما إذا أتلف مستأجره أو غريمه أو امرأته، أو كان المتلف أجنبيا، ويفارق الوديعة،." (١)

"إذا ثبت هذا، فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب والأسباب، والرجال والنساء، والصغار والكبار، فمن عفا منهم صح عفوه، وسقط القصاص، ولم يبق لأحد إليه سبيل. هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم عطاء، والنخعي، والحكم، وحماد، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي. وروي معنى ذلك عن عمر، وطاوس، والشعبي. وقال الحسن، وقتادة، والزهري، وابن شبرمة، والليث، والأوزاعي: ليس للنساء عفو، والمشهور عن مالك، أنه موروث للعصبات خاصة. وهو وجه لأصحاب الشافعي؛ لأنه ثبت لدفع العار، فاختص به العصبات. كولاية النكاح.

ولهم وجه ثالث، أنه لذوي الأنساب دون الزوجين؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من قتل له قتيل، فأهله بين خيرتين؛ بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل» . وأهله ذوو رحمه. وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء، وقيل: هو رواية عن مالك؛ لأن حق غير العافي لا يرضى بإسقاطه، وقد تؤخذ النفس ببعض النفس، بدليل قتل الجماعة بالواحد. ولنا، عموم قوله - عليه السلام -: " فأهله بين خيرتين ". وهذا عام في جميع أهله، والمرأة من أهله، بدليل قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من يعذرني من رجل يبلغني أذاه في أهلي، وما علمت على أهلي إلا خيرا، ولقد ذكروا رجلا ما علمت عليه إلا خيرا، وما كان يدخل على أهلي إلا معي. يريد عائشة. وقال له أسامة: يا رسول الله، أهلك ولا نعلم إلا خيرا» .

وروى زيد بن وهب، أن عمر أتي برجل قتل قتيلا، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه، فقالت امرأة المقتول، وهي أخت القاتل: قد عفوت عن حقي. فقال عمر: الله أكبر، عتق القتيل. رواه أبو داود. وفي رواية عن زيد، قال: دخل رجل على امرأته، فوجد عندها رجلا، فقتلها، فاستعدى إخوتها عمر، فقال بعض إخوتها: قد تصدقت. فقضى لسائرهم بالدية. وروى قتادة، أن عمر رفع إليه رجل قتل رجلا، فجاء أولاد المقتول، وقد عفا بعضهم، فقال عمر لابن مسعود: ما تقول؟ قال: إنه قد أحرز من القتل. فضرب على كتفه، وقال:

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٥١

كنيف ملئ علما.

والدليل." (١)

"على أن القصاص لجميع الورثة، ما ذكرناه في مسألة القصاص بين الصغير والكبير، ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة، فإذا عفا بعضهم، صح عفوه، كعفوه عن سائر حقوقه، وزوال الزوجية لا يمنع استحقاق القصاص، كما لم يمنع استحقاق الدية، وسائر حقوقه الموروثة. ومتى ثبت أنه حق مشترك بين جميعهم، سقط بإسقاط من كان من أهل الإسقاط منهم؛ لأن حقه منه له، فينفذ تصرفه فيه، فإذا سقط سقط جميعه؛ لأنه مما لا يتبعض، كالطلاق والعتاق، ولأن القصاص حق مشترك بينهم لا يتبعض، مبناه على الدرء والإسقاط، فإذا أسقط بعضهم، سرى إلى الباقي كالعتق، والمرأة أحد المستحقين، فسقط بإسقاطها كالرجل.

ومتى عفا أحدهم، فللباقين حقهم من الدية سواء عفا مطلقا أو إلى الدية. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. ولا أعلم لهما مخالفا ممن قال بسقوط القصاص؛ وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه، فثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات، ولما ذكرنا من خبر عمر - رضي الله عنه -.

[فصل قتله الشريك الذي لم يعف عالما بعفو شريكه وسقوط القصاص به]

(٦٧٥١) فصل: فإن قتله الشريك الذي لم يعف عالما بعفو شريكه، وسقوط القصاص به، فعليه القصاص، سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم. وبهذا قال أبو حنيفة، وأبو ثور. وهو الظاهر من مذهب الشافعي. وقيل: له قول آخر، لا يجب القصاص؛ لأن له فيه شبهة، لوقوع الخلاف **ولنا**. أنه قتل معصوما مكافئا له عمدا، يعلم أنه لا حق له فيه، فوجب عليه القصاص، كما لو حكم بالعفو حاكم، والاختلاف لا يسقط القصاص، فإنه لو قتل مسلما بكافر، قتلناه، به مع الاختلاف في قتله. وأما إن قتله قبل العلم بالعفو، فلا قصاص عليه. وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي في أحد قوليه: عليه القصاص؛ لأنه قتل عمد عدوان لمن لا حق له في قتله. **ولنا**، أنه قتله معتقدا ثبوت حقه فيه، مع أن الأصل بقاؤه، فلم يلزمه قصاص، كالوكيل إذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه، ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به؛ لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده. وقال الشافعي: متى قتله بعد حكم الحاكم، لزمه القصاص، علم بالعفو أو لم يعلم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٣/٨

وقد بينا الفرق بينهما.

ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية؛ إما لكونه معذورا، وإما للعفو عن القصاص، فإنه يسقط عنه منها ما قابل حقه على القاتل قصاصا، ويجب عليه الباقي، فإن كان الولي عفا إلى غير مال، فالواجب لورثة القاتل، ولا شيء عليهم، وإن كان عفا إلى الدية، فالواجب لورثة القاتل،." (١)

"وعليهم نصيب العافي من الدية. وقيل فيه: إن حق العافي، من الدية على القاتل. لا يصح؛ لأن الحق لم يبق متعلقا بعينه، وإنما الدية واجبة في ذمته، فلم تنتقل إلى القاتل، كما لو قتل غريمه.

[فصل كان القاتل هو العافي في القصاص]

(٦٧٥٢) فصل: فإن كان القاتل هو العافي، فعليه القصاص سواء عفا مطلقا أو إلى مال. وبهذا قال عكرمة، والثوري، ومالك، والشافعي، وابن المنذر. وروي عن الحسن: تؤخذ منه الدية، ولا يقتل. وقال عمر بن عبد العزيز: الحكم فيه إلى السلطان. **ولنا**، قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم﴾ [البقرة: ١٧٨] . قال ابن عباس، وعطاء، والحسن، وقتادة في تفسيرها: أي بعد أخذه الدية. وعن الحسن، عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا أعفي من قتل بعد أخذه الدية» . ولأنه قتل معصوما مكافئا، فوجب عليه القصاص، كما لو لم يكن قتل.

[فصل عفا عن القاتل مطلقا]

(٦٧٥٣) فصل: وإذا عفا عن القاتل مطلقا، صح، ولم تلزمه عقوبة. وبهذا قال الشافعي، وإسحاق، وابن المنذر، وأبو ثور. وقال مالك، والليث، والأوزاعي: يضرب، ويحبس سنة. **ولنا**، أنه، إنما كان عليه حق واحد، وقد أسقطه مستحقه، فلم يجب عليه شيء آخر، كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ.

[فصل توكيل من يستوفي القصاص]

(٦٧٥٤) فصل: وإذا وكل من يستوفي القصاص، صح توكيله. نص عليه أحمد، - رحمه الله -. فإن وكله، ثم غاب، وعفا عن القصاص، واستوفى الوكيل، نظرنا؛ فإن كان عفوه بعد القتل، لم يصح؛ لأن حقه قد استوفي، وإن كان قتله وقد علم الوكيل به، فقد قتله ظلما، فعليه القود، كما لو قتله ابتداء. وإن قتله قبل

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٥٤

العلم بعفو الموكل. فقال أبو بكر: لا ضمان على الوكيل؛ لأنه لا تفريط منه، فإن العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه، فلم يلزمه ضمان، كما لو عفا بعد ما رماه.

وهل يلزم الموكل الضمان؟ فيه قولان؛ أحدهما: لا ضمان عليه؛ لأن عفوه غير صحيح، لما ذكرنا من حصوله في حال لا يمكنه استدراك الفعل، فوقع القتل مستحقا له، فلم يلزمه ضمان؛ ولأن العفو إحسان، فلا يقتضي وجوب الضمان.." [1]

"وإن أحال ورثة الجاني الموكل على الوكيل بدية وليهم، صح فإن كان الجاني أقل دية، مثل أن تكون امرأة قتلت رجلا، فقتلها الوكيل، فلورثتها إحالة الموكل بديتها؛ لأنه القدر الواجب لهم على الوكيل، فيسقط عن الوكيل والموكل جميعا، ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية وليه، وإن كان الجاني رجلا قتل امرأة، فقتله الوكيل، فلورثة الجاني إحالة الموكل بدية المرأة؛ لأن الموكل لا يستحق عليهم أكثر من ديتها، ويطالبون الوكيل بنصف دية الجاني، ثم يرجع به على الموكل.

[فصل حكم القصاص إذا عفا المجني عليه ثم سرت الجناية إلى نفسه فمات]

فصل: وإذا جنى على الإنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص، فعفا عن القصاص، ثم سرت الجناية إلى نفسه، فمات، لم يجب القصاص. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وحكي عن مالك، أن القصاص واجب؛ لأن الجناية صارت نفسا، ولم يعف عنها. **ولنا**، أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه، فسقط في النفس، كما لو عفا بعض الأولياء، ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه، لم يجب في سرايتها، كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها نظرنا، فإن كان عفا على مال، فله الدية كاملة، وإن عفا على غير مال، وجبت الدية إلا أرش الجرح الذي عفا عنه. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة تجب الدية كاملة؛ لأن الجناية صارت نفسا، وحقه في النفس لا فيما عفا عنه، وإنما سقط القصاص للشبهة. وإن قال: عفوت عن الجناية. لم يجب شيء؛ لأن الجناية لا تختص بالقطع. وقال القاضي: فيما إذا عفا عن القطع: ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء. وبه قال أبو يوسف ومحمد؛ لأنه قطع غير مضمون، فكذلك سرايته. **ولنا**، أنها سراية جناية أوجبت الضمان، فكانت مضمونة، كما لو لم يعف، وإنما سقطت ديتها بعفوه عنها، فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره، والمعفو عنه نصف الدية؛ لأن الجناية أوجبت نصف الدية، فإذا عفا، سقط ما وجب دون ما لم يجب، فإذا صارت نفسا، وجب

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٥٥

بالسراية نصف الدية، ولم يسقط أرش الجرح فيما إذا لم يعف، وإنما تكملت الدية بالسراية.

[فصل كان الجرح لا قصاص فيه فعفا عن القصاص فيه فسرى إلى النفس]

(٦٧٥٦) فصل: فإن كان الجرح لا قصاص فيه، كالجائفة، ونحوها، فعفا عن القصاص فيه، فسرى إلى النفس، فلوليه القصاص؛ لأن القصاص لم يجب في الجرح، فلم يصح العفو عنه، وإنما وجب القصاص بعد عفوه، وله العفو عن القصاص، وله كمال الدية. وإن عفا عن دية الجرح، صح، وله بعد السراية دية النفس إلا أرش الجرح. ولا يمتنع وجوب القصاص في النفس، مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه، كما لو قطع يدا، فاندملت." (١)

"واقتص منها، ثم انتقضت وسرت إلى النفس، فله القصاص في النفس، وليس له العفو إلا على نصف الدية. وإن قطع يده من نصف الساعد، فعفا عن القصاص، ثم سرى فعلى قول أبي بكر، لا يسقط القصاص في النفس؛ لأن القصاص لم يجب، فهو كالجائفة. ومن جوز له القصاص من الكوع، أسقط القصاص في النفس، كما لو كان القطع من الكوع.

وقال المزني: لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله، فلو قطع يدا، فعفا عن ديتها وقصاصها، ثم اندملت، لم تسقط ديتها، وسقط قصاصها؛ لأن القصاص قد وجب فيها، فصح العفو عنه، بخلاف الدية. وليس بصحيح؛ لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية، إذ هي السبب، ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل برئه، كان أرش الطرف لبائعه لا لمشتريه، وتأخير المطالبة به لا يلزم منه عدم الوجوب، وامتناع صحة العفو، كالدين المؤجل لا تملك المطالبة به، ويصح العفو عنه، كذا هاهنا.

[فصل قطع يده فعفا عنه ثم عاد الجاني فقتله]

(٦٧٥٧) فصل: فإن قطع يده، فعفا عنه، ثم عاد الجاني فقتله فلوليه القصاص. وهذا ظاهر مذهب الشافعي. وقال بعضهم: لا قصاص؛ لأن العفو حصل عن بعضه، فلا يقتل به، كما لو سرى القطع إلى نفسه. **ولنا**، أن القتل انفرد عن القطع، فعفوه عن القطع لا يمنع ما يلزم بالقتل، كما لو كان القاطع غيره. وإن اختار الدية، فقال القاضي: إن كان العفو عن الطرف إلى غير دية، فله بالقتل نصف الدية. وهو ظاهر مذهب الشافعي، ولأن القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال، كان كالسراية، ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٧/٨

دية، والقطع يدخل في القتل في الدية دون القصاص؛ ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل، ولو صار الأمر إلى الدية لم يجب إلا دية واحدة.

وقال أبو الخطاب: له العفو إلى دية كاملة. وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأن القطع منفرد عن القتل، فلم يدخل حكم أحدهما في الآخر، كما لو اندمل، ولأن القتل موجب للقتل، فأوجب الدية كاملة، كما لو لم يتقدمه عفو. وفارق السراية، فإنها لم توجب قتلا، ولأن السراية عفي عن سببها، والقتل لم يعف عن شيء منه، ولا عن سببه، سواء فيما ذكرنا كان العافي عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها.

[فصل قطع إصبعا فعفا المجني عليه عن القصاص ثم سرت الجناية إلى الكف ثم اندمل الجرح]

(٦٧٥٨) فصل: وإن قطع إصبعا، فعفا المجني عليه عن القصاص، ثم سرت الجناية إلى الكف، ثم اندمل الجرح، لم يجب القصاص؛ لما ذكرنا في النفس، ولأن القصاص سقط في الإصبع بالعفو، فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ." (١)

"[مسألة أمسك رجلا وقتله آخر]

(٦٧٦٩) مسألة: قال: (وإذا أمسك رجلا وقتله آخر، قتل القاتل، وحبس الماسك حتى يموت) يقال أمسك ومسك ومسك. وقد جمع الخرقي بين اللغتين، فقال: إذا أمسك، وحبس الماسك. وهو اسم الفاعل من مسك مخففا. ولا خلاف في أن القاتل يقتل؛ لأنه قتل من يكافئه عمدا بغير حق، وأما الممسك، فإن لم يعلم أن القاتل يقتله، فلا شيء عليه؛ لأنه متسبب، والقاتل مباشر، فسقط حكم المتسبب به.

وإن أمسكه له ليقتله، مثل إن ضبطه له حتى ذبحه له. فاختلفت الرواية فيه عن أحمد؛ فروي عنه أنه يحبس حتى يموت. وهذا قول عطاء وربيعة. وروي ذلك عن علي. وروي عن أحمد، أنه يقتل أيضا. وهو قول مالك قال سليمان بن أبي موسى: الإجماع فينا أن يقتل؛ لأنه لو لم يمسكه، ما قدر على قتله، وبإمساكه تمكن من قتله، فالقتل حاصل بفعلهما، فيكونان شريكين فيه، فيجب عليهما القصاص، كما لو جرحاه.

وقال أبو حنيفة، والشافعي وأبو ثور وابن المنذر: يعاقب، ويأثم، ولا يقتل؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " إن أعتى الناس على الله، من قتل غير قاتله ". والممسك غير قاتل، ولأن الإمساك سبب غير ملجئ، فإذا اجتمعت معه المباشرة، كان الضمان على المباشر، كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله، **ولنا**، ما روى الدارقطني، بإسناده عن ابن عمر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «إذا أمسك الرجل،

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٨/٨

وقتله الآخر، يقتل الذي قتل، ويحبس الذي أمسك» ولأنه حبسه إلى الموت، فيحبس الآخر إلى الموت، كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات، فإننا نفعل به ذلك حتى يموت.

[فصل اتبع رجلا ليقتله فأدركه أخر]

(٦٧٧٠) فصل: وإن اتبع رجلا ليقتله، فهرب منه، فأدركه آخر، فقطع رجله، ثم أدركه الثاني فقتله، نظرت؛ فإن كان قصد الأول حبسه بالقطع ليقتله الثاني، فعليه القصاص في القطع، وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك؛ لأنه حبسه على القتل، وإن لم يقصد حبسه، فعليه القطع دون القتل، كالذي أمسكه غير عالم. وفيه وجه آخر، ليس عليه إلا القطع بكل حال. والأول أصح؛ لأنه الحابس له بفعله، فأشبه الحابس بإمساكه. فإن قيل: فلم اعتبرتم قصد الإمساك هاهنا وأنتم لا تعتبرون إرادة القتل في الجارح؟." [1]

"[مسألة كان القول في أسنان دية شبه العمد]

(٦٧٨٢) مسألة: قال: وإن كان القتل شبه عمد فكما وصفت في أسنانها، إلا أنها على العاقلة في ثلاث سنين، في كل سنة ثلثها. وجملته أن القول في أسنان دية شبه العمد، كالقول في دية العمد، سواء في اختلاف الروايتين فيها، واختلاف العلماء فيها، وقد سبق الكلام في ذلك، إلا أنها تخالف العمد في أمرين؛ أحدهما أنها على العاقلة، في ظاهر المذهب. وبه قال الشعبي والنخعي، والحكم، والشافعي، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال ابن سيرين، والزهري، والحارث العكلي وابن شبرمة، وقتادة، وأبو ثور: هي على القاتل في ماله. واختاره أبو بكر عبد العزيز؛ لأنها موجب فعل قصده، فلم تحمله العاقلة، كالعمد المحض، ولأنها دية مغلظة، فأشبهت دية العمد.

وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك؛ لأن شبه العمد عنده من باب العمد. **ولنا**، ما روى أبو هريرة، قال: اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بدية المرأة على عاقلتها. متفق عليه. ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصا فوجبت ديته على العاقلة، كالخطأ، ويخالف العمد المحض؛ لأنه يغلظ من كل وجه، لقصده الفعل، وإرادته القتل، وعمد الخطأ يغلظ من وجه، وهو قصده الفعل، ويخفف من وجه، وهو كونه لم يرد القتل، فاقتضى تغليظها من وجه وهو الأسنان، وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها.

ولا أعلم في أنها تجب مؤجلة خلافا بين أهل العلم. وروي ذلك عن عمر، وعلي، وابن عباس – رضي الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٦٤

تعالى عنهم -. وبه قال الشعبي، والنخعي، وقتادة، وأبو هاشم، وعبيد الله بن عمر ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وابن المنذر وقد حكي عن قوم من الخوارج، أنهم قالوا: الدية حالة؛ لأنها بدل متلف. ولم ينقل إلينا ذلك عن من يعد خلافه خلافا. وتخالف الدية سائر المتلفات؛ لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم، وقد روي عن عمر، وعلي أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين. ولا مخالف لهما في عصرهما، فكان إجماعا.

[فصل يجب في آخر كل حول ثلثها الدية]

(٦٧٨٣) فصل: ويجب في آخر كل حول ثلثها، ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: ابتداؤها من حين حكم الحاكم؛ لأنها مدة مختلف فيها، فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم، كمدة العنة.." (١)

"مخاض، وثلاثون بنت لبون، وثلاثون حقة، وعشرة بني لبون ذكور» . رواه أبو داود وابن ماجه. وقال أبو ثور: الديات كلها أخماس، كدية الخطأ؛ لأنها بدل متلف، فلا تختلف بالعمد والخطأ، كسائر المتلفات.

وحكي عنه، أن دية العمد مغلظة، ودية شبه العمد والخطأ أخماس؛ لأن شبه العمد تحمله العاقلة، فكان أخماسا، كدية الخطأ. **ولنا**، ما روى عبد الله بن مسعود، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «في دية الخطأ عشرون حقة، وعشرون جذعة، وعشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون بني مخاض» رواه أبو داود، والنسائي وابن ماجه. ولأن ابن لبون يجب على طريق البدل عن ابنة مخاض في الزكاة إذا لم يجدها، فلا يجمع بين البدل والمبدل في واجب، ولأن موجبهما واحد، فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخاض؛ ولأن ما قلناه الأقل، فالزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف، يجب على من ادعاه الدليل، فأما دية قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه؛ لأنهم لم يدعوا على أهل خيبر قتله إلا عمدا، فتكون ديته دية العمد، وهي من أسنان الصدقة، والخلاف في دية الخطأ. وقول أبي ثور يخالف الآثار المروية التي ذكرناها، فلا يعول عليه.

[فصل الدية الخطأ على العاقلة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧٥/٨

فصل: ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن دية الخطأ على العاقلة. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. وقد ثبتت الأخبار عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة، وأجمع أهل العلم على القول به. وقد جعل النبي – صلى الله عليه وسلم – دية عمد الخطأ على العاقلة، بما قد رويناه من الأحاديث، وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ، والمعنى في ذلك أن جنايات الخطأ تكثر، ودية الآدمي كثيرة، فإيجابها على الجاني في ماله يجحف به، فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة، على سبيل المواساة للقاتل، والإعانة له، تخفيفا عنه، إذ كان معذورا في فعله، وينفرد هو بالكفارة.

[فصل كل دية تحملها العاقلة مؤجلة إلى ثلاث سنين]

(٦٧٨٨) فصل: ولا خلاف بينهم في أنها مؤجلة في ثلاث سنين؛ فإن عمر، وعليا، – رضي الله عنهما – ، جعلا دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين. ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا، واتبعهم على ذلك أهل العلم، ولأنه مال يجب على سبيل المواساة، فلم يجب حالا كالزكاة، وكل دية تحملها العاقلة، تجب مؤجلة؛ لما ذكرنا، وما لا تحمله." (١)

"العاقلة يجب حالا، لأنه بدل متلف، فلزم المتلف حالا، كقيم المتلفات.

وفارق الذي تحمله العاقلة؛ فإنه يجب مواساة، فألزم التأجيل تخفيفا على متحمله، وعدل به عن الأصل في التأجيل، كما عدل به عن الأصل في إلزامه غير الجاني.

[فصل لا يلزم القاتل شيء من الدية]

(٦٧٨٩) فصل: ولا يلزم القاتل شيء من الدية. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: هو كواحد من العاقلة؛ لأنها وجبت عليهم إعانة له، فلا يزيدون عليه فيها. **ولنا**، ما روى أبو هريرة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – «قضى بدية المرأة على عاقلتها» متفق عليه. وهذا يقتضي أنه قضى بجميعها عليهم، ولأنه قاتل لم تلزمه الدية، فلم يلزمه بعضها، كما لو أمره الإمام بقتل رجل، فقتله يعتقد أنه بحق، فبان مظلوما، ولأن الكفارة تلزم القاتل في ماله، وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه، فلا حاجة إلى إيجاب شيء من الدية عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٧٨

[فصل الكفارة في مال القاتل]

(٦٧٩٠) فصل: والكفارة في مال القاتل لا يدخلها تحمل. وقال أصحاب الشافعي، في أحد الوجهين: تكون في بيت المال؛ لأنها تكثر، فإيجابها في ماله يجحف به.

ولنا، أنها كفارة، فلا تجب على غير من وجد منه سببها، كسائر الكفارات، وكما لو كانت صوما، ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني، ولا يكفر عنه بفعل غيره، ويفارق الدية، فإنها إنما شرعت لجبر المحل، وذلك يحصل بها كيفما كان؛ ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لما قضى بالدية على العاقلة، لم يكفر عن القاتلة وما ذكروه لا أصل له، ولا يصح قياسه على الدية لوجوه؛ أحدها، أن الدية لم تجب في بيت المال؛ لأنها إنما وجبت على العاقلة، ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفا لحكم الأصل. الثاني: أن الدية كثيرة، فإيجابها على القاتل يجحف به، والكفارة بخلافها. الثالث: أن الدية وجبت مواساة للقاتل، وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة، فإيجابها على غيره يقطع المواساة، ويوجب على غير الجاني أكثر مما وجب عليه، وهذا لا يجوز.." [١]

"**ولنا**، حديث ابن عباس، ولأنها جناية عمد، فلا تحملها العاقلة، كالموجبة للقصاص، وجناية الأب على ابنه، ولأن حمل العاقلة إنما يثبت في الخطأ، لكون الجاني معذورا، تخفيفا عنه، ومواساة له، والعامد غير معذور، فلا يستحق التخفيف ولا المعاونة، فلم يوجد فيه المقتضي. وبهذا فارق العمد الخطأ. ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه، فإنه لا قصاص فيه، ولا تحمله العاقلة.

[فصل اقتص بحديدة مسمومة فسرى إلى النفس]

(٦٧٩٦) فصل: وإن اقتص بحديدة مسمومة، فسرى إلى النفس، ففيه وجهان: أحدهما: تحمله العاقلة؛ لأنه ليس بعمد محض، أشبه عمد الخطأ. والثاني: لا تحمله؛ لأنه قتله بآلة يقتل مثلها غالبا، فأشبه من لا قصاص له. ولو وكل في استيفاء القصاص، ثم عفا عنه، فقتله الوكيل من غير علم بعفوه، فقال القاضي: لا تحمله العاقلة؛ لأنه عمد قتله. وقال أبو الخطاب: تحمله العاقلة؛ لأنه لم يقصد الجناية، ومثل هذا يعد خطأ، بدليل ما لو قتل في دار الحرب مسلما يظنه حربيا، فإنه عمد قتله، وهو أحد نوعي الخطأ. وهذا أصح. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٧٩

[فصل عمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة]

(٦٧٩٧) فصل: وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة. وقال الشافعي، في أحد قوليه: لا تحمله؛ لأنه عمد يجوز تأديبهما عليه، فأشبه القتل من البالغ. **ولنا**، أنه لا يتحقق منهما كمال القصد، فتحمله العاقلة، كشبه العمد، ولأنه قتل لا يوجب القصاص، لأجل العذر، فأشبه الخطأ وشبه العمد. وبهذا فارق ما ذكروه، ويبطل ما ذكروه بشبه العمد.

[المسألة الثالثة لا تحمل العاقلة الصلح]

(٦٧٩٨) المسألة الثالثة: أنها لا تحمل الصلح ومعناه أن يدعي عليه القتل، فينكره ويصالح المدعي على مال، فلا تحمله العاقلة؛ لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره، فلم تحمله العاقلة، كالذي ثبت باعترافه. وقال القاضي: معناه أن يصالح الأولياء عن دم العمد إلى الدية. والتفسير الأول أولى؛ لأن هذا عمد، فيستغنى عنه بذكر العمد. وممن قال: لا تحمل العاقلة الصلح. ابن عباس، والزهري، والشعبي، والثوري، والليث، والشافعي، وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه، ولأنه لو حملته العاقلة، أدى إلى أن يصالح بمال غيره، ويوجب عليه حقا بقوله.." [1]

"[المسألة الرابعة لا تحمل العاقلة الاعتراف]

(٦٧٩٩) المسألة الرابعة: أنها لا تحمل الاعتراف وهو أن يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ، أو شبه عمد فتجب الدية عليه، ولا تحمله العاقلة، ولا نعلم فيه خلافا. وبه قال ابن عباس، والشعبي، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، والزهري، وسليمان بن موسى والثوري، ومالك، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه، ولأنه لو وجب عليهم، لوجب بإقرار غيرهم، ولا يقبل إقرار شخص على غيره ولأنه يتهم في أن يواطئ من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته، فيقاسمه إياها.

إذا ثبت هذا، فإنه يلزمه ما اعترف به، وتجب الدية عليه حالة في ماله، في قول أكثرهم. وقال أبو ثور، وابن عبد الحكم: لا يلزمه شيء، ولا يصح إقراره؛ لأنه مقر على غيره لا على نفسه، ولأنه لم يثبت موجب إقراره، فكان باطلا، كما لو أقر على غيره بالقتل. **ولنا**، قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] . ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال، فصح إقراره، كما لو

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٨٣

أقر بإتلاف مال، أو بما لا تحمل ديته العاقلة، ولأنه محل مضمون، فيضمن إذا اعترف به، كسائر المحال، وإنما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها، فإذا لم تحملها، وجبت عليه، كجناية المرتد.

[المسألة الخامسة لا تحمل العاقلة ما دون الثلث]

(٦٨٠٠) المسألة الخامسة: أنها لا تحمل ما دون الثلث. وبهذا قال سعيد بن المسيب، وعطاء، ومالك، وإسحاق، وعبد العزيز، وعمرو بن أبي سلمة وبه قال الزهري وقال: لا تحمل الثلث أيضا. وقال الثوري، وأبو حنيفة: تحمل السن، والموضحة، وما فوقها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل الغرة التي في الجبين على العاقلة، وقيمتها نصف عشر الدية، ولا تحمل ما دون ذلك؛ لأنه ليس فيه أرش مقدر. والصحيح عن الشافعي، أنها تحمل الكثير والقليل؛ لأن من حمل الكثير حمل القليل، كالجاني في العمد. **ولنا**، ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة. ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني؛ لأنه موجب جنايته، وبدل متلفه، فكان عليه، كسائر المتلفات والجنايات، وإنما خولف في الثلث فصاعدا، تخفيفا عن الجاني، لكونه كثيرا يجحف به، قال." (١)

"اختيار أبي بكر والشريف أبي جعفر، وهو مذهب مالك، وأبي حنيفة؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن عقل المرأة بين عصبتها، من كانوا، لا يرثون منها شيئا إلا ما فضل عن ورثتها، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها» . رواه أبو داود.

ولأنهم عصبة، فأشبهوا الإخوة، يحققه أن العقل موضوع على التناصر، وهم من أهله، ولأن العصبة في تحمل العقل كهم في الميراث، في تقديم الأقرب فالأقرب، وآباؤه وأبناؤه أحق العصبات بميراثه، فكانوا أولى بتحمل عقله. والرواية الثانية، ليس آباؤه وأبناؤه من العاقلة، وهو قول الشافعي؛ لما روى أبو هريرة، قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت إحداهما الأخرى، فقتلتها، فاختصموا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بدية المرأة على عاقلتها، وورثها ولدها ومن معهم» . متفق عليه. وفي رواية: «ثم ماتت القاتلة، فجعل النبي - صلى الله عليه وسلم - ميراثها لبنيها، والعقل على العصبة» . رواه أبو داود، والنسائي. وفي رواية عن جابر بن عبد الله. قال: «فجعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - دية المقتولة على عاقلتها، وبرأ زوجها وولدها. قال: فقالت عاقلة المقتولة: ميراثها لنا. فقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨٤/٨

رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: ميراثها لزوجها وولدها» . رواه أبو داود.
إذا ثبت هذا في الأولاد، قسنا عليه الوالد؛ لأنه في معناه، ولأن مال ولده ووالده كماله؛ ولهذا لم تقبل شهادتهما له، ولا شهادته لهما، ووجب على كل واحد منهما الإنفاق على الآخر إذا كان محتاجا، والآخر موسرا، وعتق عليه إذا ملكه، فلا تجب في ماله دية، كما لم يجب في مال القاتل. وظاهر كلام الخرقي، أن في الإخوة روايتين، كالولد والوالد، وغيره من أصحابنا يجعلونهم من العاقلة بكل حال، ولا أعلم فيه عن غيرهم خلافا.

[فصل يعقل الولد ابن ابن عم]

(٦٨١٦) فصل: فإن كان الولد ابن ابن عم، أو كان الوالد أو الولد مولى أو عصبة مولى، فإنه يعقل، في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي. وقال أصحاب الشافعي: لا يعقل؛ لأنه والد أو ولد، فلم يعقل، كما لو لم يكن كذلك. **ولنا**، أنه ابن ابن عم أو مولى، فيعقل، كما لو لم يكن ولدا؛ وذلك لأن هذه القرابة أو الولاء سبب." (١)

"يستقل بالحكم منفردا، فإذا وجد مع ما لا يثبت به الحكم أثبته، كما لو وجد مع الرحم المجرد، ولأنه يثبت حكمه مع القرابة الأخرى، بدليل أنه يلي نكاحها، مع أن الابن لا يلي النكاح عندهم.

[فصل سائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب]

(٦٨١٧) فصل: وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب، والمولى وعصبته، ومولى المولى وعصبته، وغيرهم. وبهذا قال عمر بن عبد العزيز، والنخعي، وحماد، ومالك، والشافعي، ولا أعلم عن غيرهم خلافهم؛ وذلك لأنهم عصبة يرثون المال إذا لم يكن وارث أقرب منهم، فيدخلون في العقل كالقريب، ولا يعتبر أن يكونوا وارثين في الحال، بل متى كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى بالدية بين عصبة المرأة من كانوا، لا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها؛ ولأن الموالي من العصبات، فأشبهوا المناسبين.

[فصل لا يدخل في العقل من ليس بعصبة ولا يعقل المولى من أسفل]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩١/٨

(٦٨١٨) فصل: ولا يدخل في العقل من ليس بعصبة، ولا يعقل المولى من أسفل. وبه قال أبو حنيفة، وأصحاب مالك. وقال الشافعي، في أحد قوليه: يعقل؛ لأنهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه، فيعقل الآخر عنه، كالأخوين. **ولنا**، أنه ليس بعصبة له ولا وارث، فلم يعقل عنه، كالأجنبي. وما ذكروه يبطل بالذكر مع الأنثى، والكبير مع الصغير، والعاقل مع المجنون.

[فصل لا يعقل مولى الموالاة]

(٦٨١٩) فصل: ولا يعقل مولى الموالاة، وهو الذي يوالي رجلا يجعل له ولاءه ونصرته، ولا الحليف، وهو الرجل يحالف الآخر على أن يتناصرا على دفع الظلم، ويتضافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما، ولا العديد، وهو الذي لا عشيرة له، ينضم إلى عشيرة، فيعد نفسه معهم. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يعقل مولى الموالاة ويرث. وقال مالك: إذا كان الرجل في غير عشيرته، فعقله على القوم الذي هو معهم. **ولنا**، أنه معنى يتعلق بالعصبة، فلا يستحق بذلك، كولاية النكاح.

[فصل لا مدخل لأهل الديوان في المعاقلة]

(٦٨٢٠) فصل: ولا مدخل لأهل الديوان في المعاقلة. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يتحملون جميع الدية،." [١]

"فإن عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون؛ لأن عمر - رضي الله عنه - جعل الدية على أهل الديوان في الأعطية في ثلاث سنين. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بالدية على العاقلة؛ ولأنه معنى لا يستحق به الميراث، فلم يحمل به العقل كالجوار واتفاق المذاهب، وقضاء النبي - صلى الله عليه وسلم - أولى من قضاء عمر، على أنه إن صح ما ذكر عنه، فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل.

[فصل يشترك في العقل الحاضر والغائب]

(٦٨٢١) فصل: ويشترك في العقل الحاضر والغائب. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال مالك: يختص به الحاضر؛ لأن التحمل بالنصرة، وإنما هي بين الحاضرين، ولأن في قسمته على الجميع مشقة. وعن الشافعي كالمذهبين. **ولنا**، الخبر، وأنهم استووا في التعصيب والإرث، فاستووا في تحمل العقل، كالحاضرين، ولأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٩٢

معنى يتعلق بالتعصيب، فاستوى فيه الحاضر والغائب، كالميراث والولاية.

[فصل القسمة بين العاقلة]

(٦٨٢٢) فصل: ويبدأ في قسمته بين العاقلة بالأقرب فالأقرب، يقسم على الإخوة وبنيهم، والأعمام وبنيهم، ثم أعمام الأب ثم بنيهم، ثم أعمام الجد، ثم بنيهم، كذلك أبدا، حتى إذا انقرض المناسبون، فعلى المولى المعتق، ثم على عصباته، ثم على مولى المولى، ثم على عصباته، الأقرب فالأقرب، كالميراث سواء. وإن قلنا: الآباء والأبناء من العاقلة، بدئ بهم؛ لأنهم أقرب.

ومتى اتسعت أموال قوم للعقل، لم يعدهم إلى من بعدهم؛ لأنه حق يستحق بالتعصيب، فيقدم الأقرب فالأقرب، كالميراث وولاية النكاح. وهل يقدم من يدلي بالأبوين على من يدلي بالأب؟ على وجهين: أحدهما: يقدم؛ لأنه يقدم في الميراث، فقدم في العقل، كتقديم الأخ على ابنه. والثاني، يستويان؛ لأن ذلك يستفاد بالتعصيب، ولا أثر للأم في التعصيب. والأول أولى، إن شاء الله تعالى؛ لأن قرابة الأم تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب، لاجتماع." (١)

"القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم، وذلك لأن القرابتين تنقسم إلى ما تنفرد كل واحدة منهما بحكم، كابن العم إن كان أخا من أم، فإنه يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثا منفردا، يرث السدس بالأخوة، ويرث بالتعصيب ببنوة العم، وحجب إحدى القرابتين لا يؤثر في حجب الأخرى، فهذا لا يؤثر في قوة ولا ترجيح، ولذلك لا يقدم ابن العم الذي هو أخ من أم على غيره، وما لا ينفرد كل واحد منهما بحكم، كابن العم من أبوين مع ابن عم من أب، لا تنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الأخرى، فتؤثر في الترجيح وقوة التعصيب؛ ولذلك أثرت في التقديم في الميراث، فكذلك في غيره.

وبما ذكرناه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يسوى بين القريب والبعيد، ويقسم على جميعهم؛ «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة» . **ولنا**، أنه حكم تعلق بالتعصيب، فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب، كالميراث، والخبر لا حجة فيه؛ لأننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب، فنحمله على ذلك.

[فصل لا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٣/٨

(٦٨٢٣) فصل: ولا يحمل العقل إلا من يعرف نسبه من القاتل، أو يعلم أنه من قوم يدخلون كلهم في العقل، ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل، وإن كان من قبيلته، فلو كان القاتل قرشيا، لم يلزم قريشا كلهم التحمل، فإن قريشا وإن كانوا كلهم يرجعون إلى أب واحد، إلا أن قبائلهم تفرقت، وصار كل قوم ينتسبون إلى أب يتميزون به، فيعقل عنهم من يشاركهم في نسبهم إلى الأب الأدنى، ألا ترى أن الناس كلهم بنو آدم، فهم راجعون إلى أب واحد، لكن إن كان من فخذ واحد، يعلم أن جميعهم يتحملون، وجب أن يحمل جميعهم، سواء عرف أحدهم نسبه أو لم يعرف؛ للعلم بأنه متحمل على أي وجه كان.

وإن لم يثبت نسب القاتل من أحد، فالدية في بيت المال؛ لأن المسلمين يرثونه إذا لم يكن له وارث، بمعنى أنه يؤخذ ميراثه لبيت المال، فكذلك يعقلونه على هذا الوجه. وإن وجد له من يحمل بعض العقل، فالباقي في بيت المال كذلك.

[فصل عدم الإجحاف على العاقلة في المال]

(٦٨٢٤) فصل: ولا خلاف بين أهل العلم، في أن العاقلة لا تكلف من المال ما يجحف بها، ويشق عليها؛ لأنه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل، والتخفيف عنه، فلا يخفف عن الجاني بما يثقل على غيره، ويجحف به، كالزكاة، ولأنه لو كان الإجحاف مشروعا، كان الجاني أحق به؛ لأنه موجب جنايته، وجزاء فعله، فإذا لم يشرع في حقه، ففي حق غيره أولى.

واختلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال أحمد: يحملون على قدر ما يطيقون. فعلى هذا لا يتقدر شرعا، وإنما يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم، فيفرض على كل واحد قدرا يسهل ولا يؤذي. وهذا." (١)

"[فصل مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول]

(٦٨٢٥) فصل: ومن مات من العاقلة، أو افتقر، أو جن قبل الحول، لم يلزمه شيء. لا نعلم في هذا خلافا؛ لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة، فأشبه الزكاة، وإن وجد ذلك بعد الحول، لم يسقط الواجب. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يسقط بالموت؛ لأنه خرج عن أهلية الوجوب، فأشبه ما لو مات قبل الحول. **ولنا**، أنه حق تدخله النيابة، لا يملك إسقاطه في حياته، فأشبه الديون، وفارق ما قبل الحول؛ لأنه لم يجب، ولم يستمر الشرط إلى حين الوجوب. فأما إن كان فقيرا حال القتل، فاستغنى عند الحول، فقال القاضي: يجب عليه؛ لأنه وجد وقت الوجوب، وهو من أهله.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٣٩٤

ويخرج على هذا من كان صبيا فبلغ، أو مجنونا فأفاق، عند الحول، وجب عليه كذلك. ويحتمل أن لا يجب؛ لأنه لم يكن من أهل الوجوب حالة السبب، فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط، كالكافر إذا ملك مالا ثم أسلم عند الحول، لم تلزمه الزكاة فيه.

[مسألة المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة]

(٦٨٢٦) مسألة: قال: (وليس على فقير من العاقلة، ولا امرأة، ولا صبي، ولا زائل العقل، حمل شيء من الدية) أكثر أهل العلم، على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن المرأة، والصبي الذي لم يبلغ، لا يعقلان مع العاقلة، وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء. وهذا قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وحكى بعض أصحابنا، عن مالك، وأبي حنيفة، أن للفقير مدخلا في التحمل. وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد؛ لأنه من أهل النصرة، فكان من العاقلة كالغني. والصحيح الأول؛ لأن تحمل العقل مواساة، فلا يلزم الفقير كالزكاة، ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفا عن القاتل، فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه، وفي إيجابها على الفقير تثقيل عليه، وتكليف له ما لا يقدر عليه، ولأننا أجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقلة ما يثقل عليه، ويجحف به، وتحميل الفقير شيئا منها يثقل عليه، ويجحف بماله، وربما كان الواجب عليه جميع ماله، أو أكثر منه، أو لا يكون له شيء أصلا. وأما الصبي والمجنون والمرأة، فلا يحملون منها؛ لأن فيها معنى التناصر، وليس هم من أهل النصرة.." [١]

"هذا ظاهر المذهب. وهو مذهب عمر بن عبد العزيز، وعروة، ومالك، وعمرو بن شعيب. وعن أحمد، أنها ثلث دية المسلم. إلا أنه رجع عنها، فإن صالحا روي عنه، أنه قال: كنت أقول: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف، وأنا اليوم أذهب إلى نصف دية المسلم، حديث عمرو بن شعيب، وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن أبيه. وهذا صريح في الرجوع عنه.

وروي عن عمر وعثمان، أن ديته أربعة آلاف درهم. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن، وعكرمة، وعمرو بن دينار، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور؛ لما روى عبادة بن الصامت، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «دية اليهودي والنصراني، أربعة آلاف، أربعة آلاف» .

وروي عن عمر – رضي الله عنه – جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف، ودية المجوسي ثمانمائة

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٦/٨

درهم. وقال علقمة، ومجاهد، والشعبي، والنخعي، والثوري، وأبو حنيفة: ديته كدية المسلم. وروي ذلك عن عمر، وعثمان، وابن مسعود، ومعاوية - رضي الله عنهم -. وقال ابن عبد البر: هو قول سعيد بن المسيب والزهري؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم.» ولأن الله تعالى ذكر في كتابه دية المسلم، فقال: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] .

وقال في الذمي مثل ذلك، ولم يفرق، فدل على أن ديتهما واحدة، ولأنه ذكر حر معصوم، فتكمل ديته كالمسلم. **ولنا**، ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «دية المعاهد نصف دية المسلم» . وفي لفظ، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى أن عقل الكتابي نصف عقل المسلم» . رواه الإمام أحمد. وفي لفظ: «دية المعاهد نصف دية الحر» . قال الخطابي: ليس في دية أهل الكتاب شيء أثبت من هذا، ولا بأس بإسناده. وقد قال به أحمد، وقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أولى، ولأنه نقص مؤثر في الدية، فأثر في تنصيفها كالأنوثة.

وأما حديث عبادة، فلم يذكره أهل السنن، والظاهر أنه ليس بصحيح. وأما حديث عمر، فإنما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف، فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف، ودليل ذلك ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: كانت قيمة الدية على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثمانمائة دينار، أو ثمانية آلاف درهم، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف. فهذا بيان وشرح مزيل للإشكال، ففيه جمع للأحاديث، فيكون دليلا لنا، ولو لم يكن كذلك، لكان قول النبي - صلى الله عليه وسلم - مقدما على قول عمر وغيره، بغير إشكال، فقد كان عمر - رضي الله عنه - إذا بلغه عن النبي - صلى الله عليه وسلم - سنة، ترك قوله، وعمل بها، فكيف، يسوغ لأحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فأما ما احتج به الآخرون، فإن الصحيح." (١)

"إلى أن يسقط. ولو قتل حاملا لم يسقط جنينها، أو ضرب من [في] جوفها حركة أو انتفاخ، فسكن الحركة وأذهبها، لم يضمن الجنين. وبهذا قال مالك، وقتادة، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وحكي عن الزهري، أن عليه الغرة؛ لأن الظاهر أنه قتل الجنين، فلزمته الغرة، كما لو أسقطت. **ولنا**، أنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه، ولذلك لا تصح له وصية ولا ميراث، ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح في البطن سكنت، ولا يجب الضمان بالشك. وأما إذا ألقته ميتا، فقد تحقق، والظاهر تلفه من الضربة، فيجب

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٩/٨

ضمانه، سواء ألقته في حياتها، أو بعد موتها. وبهذا قال الشافعي:

وقال مالك: وأبو حنيفة: إن ألقته بعد موتها، لم يضمنه؛ لأنه يجري مجرى أعضائها، وبموتها سقط حكم أعضائها. **ولنا**، أنه جنين تلف بجنايته، وعلم ذلك بخروجه، فوجب ضمانه، كما لو سقط في حياتها، ولأنه لو سقط حيا ضمنه، فكذلك إذا سقط ميتا، كما لو أسقطته في حياتها، وما ذكروه ليس بصحيح؛ لأنه لو كان كذلك، لكان إذا سقط ميتا ثم ماتت، لم يضمنه كأعضائها، ولأنه آدمي موروث، فلا يدخل في ضمان أمه، كما لو خرج حيا. فأما إن ظهر بعضه من بطن أمه، ولم يخرج باقيه، ففيه الغرة. وبه قال الشافعي.

وقال مالك، وابن المنذر: لا تجب الغرة حتى تلقيه؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما أوجب الغرة في الجنين الذي ألقته المرأة؛ وهذه لم تلق شيئا، فأشبه ما لو لم يظهر منه شيء **ولنا**، أنه قاتل لجنينها، فلزمته الغرة، كما لو ظهر جميعه، ويفارق ما لو لم يظهر منه شيء، لأنه لم يتيقن قتله ولا وجوده. وكذلك إن ألقت يدا، أو رجلا، أو رأسا، أو جزءا من أجزاء الآدمي، وجبت الغرة؛ لأنا تيقنا أنه من جنين. وإن ألقت رأسين، أو أربع أيد، لم يجب أكثر من غرة؛ لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد، ويجوز أن يكون من جنينين، فلم تجب الزيادة مع الشك؛ لأن الأصل براءة الذمة؛ وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر، فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه، لأنا لا نعلم أنه جنين.

وإن ألقت مضغة، فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية، ففيه غرة، وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور، ففيه وجهان؛ أصحهما، لا شيء فيه؛ لأنه لم يتصور، فلم يجب فيه، كالعلقة، ولأن الأصل براءة الذمة، فلا نشغلها بالشك. والثاني، فيه غرة؛ لأنه مبتدأ خلق آدمي، أشبه ما لو تصور. وهذا يبطل بالنطفة والعلقة.،

[الفصل الثالث غرة العبد والأمة]

(٦٨٤٤) الفصل الثالث: أن الغرة عبد أو أمة. وهذا قول أكثر أهل العلم. وقال عروة، وطاوس، ومجاهد: عبد أو أمة." (١)

"أو فرس؛ لأن الغرة اسم لذلك، وقد جاء في حديث أبي هريرة، قال: «قضى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الجنين بغرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل» . وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٦/٨

ونحوه قال الشعبي؛ لأنه روي في حديث «عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه جعل في ولدها مائة شاة» . رواه أبو داود.

وروي عن عبد الملك بن مروان، أنه قضى في الجنين إذا أملص بعشرين دينارا، فإذا كان مضغة، فأربعين، فإذا كان عظما ستين، فإذا كان العظم قد كسي لحما فثمانين، فإن تم خلقه وكسي شعره فمائة دينار. قال قتادة: إذا كان علقة فثلث غرة، وإذا كان مضغة فثلثي غرة. **ولنا**، «قضاء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في إملاص المرأة بعبد أو أمة» ، وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قاضية على ما خالفها. وذكر الفرس والبغل في الحديث وهم انفرد به عيسى بن يونس، عن سائر الرواة، فالظاهر أنه وهم فيه، وهو متروك في البغل بغير خلاف، وكذلك في الفرس، وهذا الحديث الذي ذكرناه أصح ما روي فيه، وهو متفق عليه، وقد قال به أكثر أهل العلم، فلا يلتفت إلى ما خالفه.

وقول عبد الملك بن مروان، تحكم بتقدير لم يرد به الشرع، وكذلك قتادة، وقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أحق بالاتباع من قولهما. إذا ثبت هذا فإنه تلزمه الغرة، فإن أراد دفع بدلها ورضي المدفوع إليه، جاز؛ لأنه حق آدمي، فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البدل، فله ذلك؛ لأن الحق فيها، فلا يقبل بدلها إلا برضاهما. وتجب الغرة سالمة من العيوب، وإن قل العيب؛ لأنه حيوان وجب بالشرع، فلم يقبل فيه المعيب، كالشاة في الزكاة، ولأن الغرة الخيار، والمعيب ليس من الخيار. ولا يقبل فيها هرمة، ولا ضعيفة، ولا خنثى، ولا خصي، وإن كثرت قيمته؛ لأن ذلك عيب. ولا يتقدر سنها، في ظاهر كلام الخرقي. وهو قول أبي حنيفة.

وقال القاضي، وأبو الخطاب، وأصحاب الشافعي: لا يقبل فيها من له دون سبع سنين؛ لأنه يحتاج إلى من يكفله له ويحضنه، وليس من الخيار. وذكر بعض أصحاب الشافعي، أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمسة عشر سنة؛ لأنه لا يدخل على النساء، ولا ابنة عشرين؛ لأنها تتغير. وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب أن لا يقبل. وما ذكروه من الحاجة إلى الكفالة باطل بمن له فوق السبع، ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره، يدل على أنه خيار، ولم يشهد لما ذكروه نص، ولا له نظير يقاس عليه، والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلا وبنية، وأقدر على التصرف، وأنفع في الخدمة، وقضاء الحاجة، وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبيات، بلا حاجة إلى دخوله عليهن، وإن أريد به سيدته، فليس بصحيح، فإن الله تعالى قال:

﴿ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات﴾ [النور: ٥٨] إلى قوله:." (١)

"﴿ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض﴾ [النور: ٥٨] .

ثم لو لم يدخل على النساء، لحصل من نفعه أضعاف ما يحصل من دخوله، وفوات شيء إلى ما هو أنفع منه لا يعد فواتا، كمن اشترى بدرهم ما يساوي عشرة، لا يعد فواتا ولا خسرانا، ولا يعتبر لون الغرة. وذكر عن أبي عمرو بن العلاء، أن الغرة لا تكون إلا بيضاء، ولا يقبل عبد أسود، ولا جارية سوداء. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى بعبد أو أمة، وأطلق مع غلبة السواد على عبيدهم وإمائهم، ولأنه حيوان يجب دية، فلم يعتبر لونه، كالإبل في الدية.

[الفصل الرابع قيمة الغرة]

(٦٨٤٥) الفصل الرابع: أن الغرة قيمتها نصف عشر الدية، وهي خمس من الإبل. روي ذلك عن عمر، وزيد، - رضي الله عنهما -. وبه قال النخعي، والشعبي، وربيعة، وقتادة، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. ولأن ذلك أقل ما قدره الشرع في الجنايات، وهو أرش الموضحة ودية السن، فرددناه إليه. فإن قيل: فقد وجب في الأنملة ثلاث أبعرة وثلث، وذلك دون ما ذكرتموه. قلنا: الذي نص عليه صاحب الشريعة - صلى الله عليه وسلم - غرة قيمتها أرش الموضحة، وهو خمس من الإبل. وإذا كان أبوا الجنين كتابيين، ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة في المسلم. وفي جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهما.

وإذا تعذر وجود غرة بهذه الدراهم، وجبت الدراهم؛ لأنه موضع حاجة. وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها، بأن تكون قيمتها خمسا من الإبل وخمسين دينارا أو ستمائة درهم، فلا كلام، وإن اختلفت قيمة الإبل، فنصف عشر الدية من غيرها، مثل إن كانت قيمة الإبل أربعين دينارا أو أربعمائة درهم، فظاهر كلام الخرقي أنها تقوم بالإبل؛ لأنها الأصل. وعلى قول غيره من أصحابنا، تقوم بالذهب أو الورق، فجعل قيمتها خمسين دينارا أو ستمائة درهم، فإن اختلفا، قومت على أهل الذهب به، وعلى أهل الورق به، فإن كان من أهل الذهب والورق جميعا، قومها من هي عليه بما شاء منهما؛ لأن الخيرة إلى الجاني في دفع ما شاء من الأصول. ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال؛ لذلك. وإذا لم يجد الغرة، انتقل إلى خمس

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٠٧

من الإبل. على قول الخرقي. وعلى قول غيره، ينتقل إلى خمسين دينارا أو ستمائة درهم.

[الفصل الخامس الغرة موروثة عن الجنين]

(٦٨٤٦) الفصل الخامس: أن الغرة موروثة عن الجنين، كأنه سقط حيا؛ لأنها دية له، وبدل عنه، فيرثها ورثته، كما لو قتل بعد الولادة. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال الليث: لا تورث، بل تكون بدله لأمه؛ لأنه كعضو من أعضائها، فأشبه يدها.." (١)

"**ولنا**، أنها دية آدمي حر، فوجب أن تكون موروثة عنه، كما لو ولدته حيا ثم مات، وقوله: إنه عضو من أعضائها. لا يصح؛ لأنه لو كان عضوا لدخل بدله في دية أمه، كيدها، ولما منع من القصاص من أمه، وإقامة الحد عليها من أجله، ولما وجبت الكفارة بقتله، ولما صح عتقه دونها، ولا عتقها دونه، ولا تصور حياته بعد موتها، ولأن كل نفس تضمن بالدية تورث، كدية الحي.

فعلى هذا، إذا أسقطت جنينا ميتا، ثم ماتت، فإنها ترث نصيبها من ديته، ثم يرثها ورثته. وإن ماتت قبله ثم ألقته ميتا لم يرث أحدهما صاحبه، وإن خرج حيا ثم مات قبلها، ثم ماتت، فإنها ترث نصيبها من ديته، ثم يرثها ورثتها. وإن ماتت قبله، ثم ألقته ميتا، لم يرث أحدهما صاحبه. وإن خرج حيا، ثم ماتت قبله ثم مات، أو ماتت ثم خرج حيا ثم مات، ورثها، ثم يرثه ورثته. وإن اختلف وراثهما في أولهما موتا، فحكمهما حكم الغرقى. على ما ذكر في موضعه. ويجيء على قول الخرقي في المسألة التي ذكرها، إذا ماتت امرأة وابنها، أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويختصوا بميراثه، وإن ألقت جنينا ميتا، أو حيا ثم مات، ثم ألقت آخر حيا، ففي الميت غرة، وفي الحي الأول دية كاملة، إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله، ويرثهما الآخر، ثم يرثه ورثته إن مات.

وإن كانت الأم قد ماتت بعد الأول وقبل الثاني، فإن دية الأول ترث منها الأم والجنين الثاني، ثم إذا ماتت الأم، ورثها الثاني ثم يصير ميراثه لورثته. وإن ماتت الأم بعدهما، ورثتهما جميعا.

[فصل ضرب بطن امرأة فألقت أجنة]

(٦٨٤٧) فصل: وإذا ضرب بطن امرأة، فألقت أجنة، ففي كل واحد غرة. وبهذا قال الزهري، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. قال: ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم. وذلك لأنه ضمان آدمي، فتعدد

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٠٨

بتعدده، كالديات. وإن ألقتهم أحياء في وقت يعيشون في مثله ثم ماتوا، ففي كل واحدة دية كاملة. وإن كان بعضهم حيا فمات، وبعضهم ميتا، ففي الحي دية، وفي الميت غرة.

[فصل تحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه]

(٦٨٤٨) فصل: وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه. نص عليه أحمد، إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد؛ لما روى المغيرة بن شعبة، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى في الجنين بغرة عبد أو أمة، على عصبة القاتلة. وإن كان قتل الأم عمدا، أو مات الجنين وحده، لم تحمله العاقلة. وقال الشافعي: تحمله العاقلة على كل حال، بناء على قوله: إن العاقلة تحمل القليل والكثير. والجناية على الجنين ليست بعمد؛ لأنه لا يتحقق وجوده ليكون مقصودا بالضرب. **ولنا**، أن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث، على ما ذكرناه، وهذا دون الثلث. وإذا مات وحده أو من." (١)

"جناية عمد، فدية أمه على قاتلها، فكذلك ديته؛ لأن الجناية لا يحمل بعض ديتها الجاني وبعضها غيره، فيكون الجميع على القاتل، كما لو قطع عمدا، فسرت الجناية إلى النفس.

[مسألة كان الجنين مملوكا]

(٦٨٤٩) مسألة؛ قال: (وإن كان الجنين مملوكا، ففيه عشر قيمة أمه، سواء كان الجنين ذكرا أو أنثى) . وجملة ذلك أنه إذا كان جنين الأمة مملوكا، فسقط من الضربة ميتا، ففيه عشر قيمة أمه. هذا قول الحسن، وقتادة، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. وبنحوه قال النخعي، والزهري. وقال زيد بن أسلم: يجب فيه نصف عشر غرة، وهو خمسة دنانير.

وقال الثوري، وأبو حنيفة وأصحابه: يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكرا، وعشر قيمته إن كان أنثى؛ لأن الغرة واجبة في جنين الحرة هي نصف عشر دية الرجل، وعشر دية الأنثى، وهذا متلف، فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه، ولأنه جنين مضمون، تلف بالضربة، فكان فيه نصف عشر الواجب فيه إذا كان ذكرا كبيرا، وعشر الواجب إذا كان أنثى، كجنين الحرة. وقال محمد بن الحسن: مذهب أهل المدينة يفضي إلى أن يجب في الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حيا. **ولنا**، أنه جنين مات بالجناية في بطن أمه، فلم يختلف ضمانه بالذكورة والأنوثة، كجنين الحرة، ودليلهم نقلبه عليهم، فنقول: جنين مضمون، تلف

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٠٩

بالجناية، فكان الواجب فيه عشر ما يجب في أمه، كجنين الحرة.

وما ذكروه من مخالفة الأصل، معارض بأن مذهبهم يفضي إلى تفضيل الأنثى على الذكر، وهو خلاف الأصول ولأنه لو اعتبر بنفسه، لوجبت قيمته كلها، كسائر المضمونات بالقيمة، ولأن مخالفتهم أشد من مخالفتنا؛ لأننا اعتبرناه إذا كان ميتا بأمه، وإذا كان حيا بنفسه، فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحي مع اختلاف الجهتين، كما جاز أن يزيد البعض على الكل في أن من قطع أطراف إنسان الأربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها، وهم فضلوا الأنثى على الذكر مع اتحاد الجهة، وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمته تارة، ونصف عشرها أخرى، وهذا لا نظير له. إذا ثبت هذا، فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها. وهذا منصوص الشافعي.

وقال بعض أصحابه: تقوم حين أسقطت؛ لأن الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار. ويتخرج لنا وجه كذلك. **ولنا**، أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس، فكان الاعتبار بحال الجناية، كما لو جرح عبدا، ثم نقصت السوق؛ لكثرة الجلب، ثم مات، فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية." (١)

"أو ارتضاعه، أو بنفسه، أو عطاسه، أو غيره من الأمارات التي تعلم بها حياته. هذا ظاهر قول الخرقي. وهو مذهب الشافعي. وروي عن أحمد، أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال. وهذا قول الزهري، وقتادة، ومالك، وإسحاق. وروي معنى ذلك عن عمر، - رضي الله عنه - وابن عباس، والحسن بن علي، وجابر، - رضي الله عنهم -؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إذا استهل المولود، ورث وورث» . مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل. والاستهلال: الصياح.

قاله ابن عباس، والقاسم، والنخعي لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ما من مولود يولد، إلا مسه الشيطان، فيستهل صارخا، إلا مريم وابنها» . فلا يجوز غير ما قاله رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والأصل في تسمية الصياح استهلالا، أن من عادة الناس أنهم إذا رأوا الهلال صاحوا، وأراه بعضهم بعضا، فسمي صياح المولود استهلالا؛ لأنه في ظهوره بعد خفائه كالهلال. وصياحه كصياح من يتراءاه. **ولنا**، أنه علمت حياته، فأشبه المستهل، والخبر يدل بمعناه وتنبيهه على ثبوت الحكم في سائر الصور؛ لأن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه، وعطاسه صوت منه كصياحه، وأما الحركة والاختلاج المنفرد، فلا يثبت به حكم؛ الحياة؛ لأنه قد يتحرك بالاختلاج وسبب أخر، وهو خروجه من مضيق، فإن اللحم يختلج سيما

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤١٠

إذا عصر ثم ترك، فلم تثبت بذلك حياته. (٦٨٥٨) الفصل الثاني: أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة، ويحصل ذلك بسقوطه في الحال وموته أو بقائه، متألما إلى أن يموت، أو بقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه، فيعلم بذلك موته بالجناية، كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه، أو بقي ضمنا حتى مات.

وإن ألقته حيا، فجاء آخر فقتله، وكان فيه حياة مستقرة، فعلى الثاني القصاص إذا كان عمدا، أو الدية كاملة، وإن لم يكن فيه حياة مستقرة، بل كانت حركته كحركة المذبوح، فالقاتل هو الأول، وعليه الدية كاملة، وعلى الثاني الأدب. وإن وقع الجنين حيا، ثم بقي زمنا سالما لا ألم به لم يضمنه الضارب؛ لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته. (٦٨٥٩) الفصل الثالث: أن الدية الكاملة إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعدا، فإن كان لدون ذلك، ففيه غرة، كما لو سقط متألما. وبهذا قال المزني. وقال الشافعي: فيه دية كاملة؛ لأننا علمنا حياته، وقد تلف من جنايته.." (١)

"ذلك شهران؛ لأنه لا يحيى إذا وضعته لأقل من ستة أشهر، والكلام مفروض فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة تزيل ظن سقوطه بها، فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه، وأما إن ألقت اليد، وزال الألم، ثم ألقت الجنين، ضمن اليد وحدها، بمنزلة من قطع يدا فاندملت، ثم مات صاحبها، ثم ننظر؛ فإن ألقته ميتا، أو لوقت لا يعيش مثله، ففي اليد نصف غرة؛ لأن في جميعه غرة، ففي يده نصف ديته، وإن ألقته حيا لوقت يعيش لمثله، ثم مات، أو عاش، وكان بين إلقاء اليد وبين إلقائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيها، أري القوابل هاهنا، فإن قلن: إنها يد من لم تخلق فيها الحياة. وجب نصف غرة، وإن قلن: إنها يد من خلقت فيه الحياة، ومضى له ستة أشهر. ففيه نصف الدية، وإن قيل: إنها يد من خلقت فيه الحياة، ولم تمض له ستة أشهر. وجب فيه نصف غرة؛ لأنها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة، فأشبهت يد من لم ينفخ فيه روح، وإن أشكل الأمر عليهن، وجب نصف الغرة؛ لأنه اليقين، وما زاد مشكوك فيه، فلا يجب بالشك.

[مسألة عتق رقبة مؤمنة إذا كان الجنين حيا أو ميتا]

(٦٨٦٣) مسألة: قال: وعلى كل من ضرب ممن ذكرت، عتق رقبة مؤمنة، سواء كان الجنين حيا أو ميتا هذا قول أكثر أهل العلم، منهم الحسن، وعطاء، والزهري، والحكم، ومالك، والشافعي، وإسحاق. قال ابن

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤١٤

المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم أوجب على ضارب بطن المرأة تلقي جنينا الرقبة مع الغرة. وروي ذلك عن عمر - رضي الله عنه -. وقال أبو حنيفة: لا تجب الكفارة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يوجب الكفارة حين أوجب الغرة. **ولنا**، قول الله تعالى ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . وقال: ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] .

وهذا الجنين، إن كان من مؤمنين، أو أحد أبويه، فهو محكوم بإيمانه تبعا، يرثه ورثته المؤمنون، ولا يرث الكافر منه شيئا، وإن كان من أهل الذمة، فهو من قوم بيننا وبينهم ميثاق، ولأنه نفس مضمون بالدية، فوجبت فيه الرقبة كالكبير، وترك ذكر الكفارة لا يمنع وجوبها، كقوله - عليه السلام -: «في النفس المؤمنة مائة من الإبل» . وذكر الدية في مواضع، ولم يذكر الكفارة، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم -." [1]

"به، وإن بنى في طريق واسع، في موضع لا يضر البناء فيه، لنفع المسلمين، كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه في زاوية ونحوها، فلا ضمان عليه، وسواء في ذلك كله أذن فيه الإمام أو لم يأذن.

ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر؛ لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها، وإزالة الطين والماء منها، بخلاف البناء، فجرى حفرها مجرى تنقيتها، وحفر هدفة منها، وقلع حجر يضر بالمارة، ووضع الحصا في حفرة منها ليملأها ويسهلها بإزالة الطين ونحوه منها، وتسقيف ساقية فيها، ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه، فهذا كله مباح، لا يضمن ما تلف به. لا أعلم فيه خلافا. وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر. ويحتمل أن يعتبر استئذان الإمام؛ لأن مصلحته لا يعم وجودها، بخلاف غيره. وإن سقف مسجدا، أو فرش بارية فيه، أو نصب عليه بابا، أو جعل فيه رفا لينفع أهله، أو علق فيه قنديلا، أو بنى فيه حائطا، فتلف به شيء، فلا ضمان عليه.

وقال أصحاب الشافعي: إن فعل شيئا من ذلك بغير إذن الإمام، ضمن، في أحد الوجهين. وقال أبو حنيفة: يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران. **ولنا**، أنه فعل أحسن به، ولم يتعد فيه، فلم يضمن ما تلف به، كما لو أذن فيه الإمام والجيران، ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف، لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان، فلم يجب ضمان، كالمأذون فيه نطقا.

[فصل حفر العبد بئرا في ملك إنسان بغير إذنه]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤١٧

(٦٨٧٤) فصل: وإن حفر العبد بئرا في ملك إنسان، بغير إذنه، أو في طريق يتضرر به، ثم أعتقه سيده، ثم تلف بها شيء، ضمنه العبد. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: الضمان على سيده؛ لأن الجناية هي الحفر في حال رقه، وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده، فلا يزول ذلك بعتقه، كما لو جرح في حال رقه، ثم سرى جرحه بعد عتقه. **ولنا**، أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه، فكان الضمان عليه، كما لو اشترى سيفا في حال رقه، ثم قتل به بعد عتقه، وفارق ما قاسوا عليه؛ لأن الإتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه، وهاهنا حصل بعد عتقه. وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان.

[فصل حفر إنسان بئرا في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه]

(٦٨٧٥) فصل: وإذا حفر إنسان بئرا في ملك مشترك بينه وبين غيره، بغير إذنه، ضمن ما تلف به جميعه. وهذا قياس." (١)

"وإن كانت مركبة على حائطه، وجب نصف الضمان؛ لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره، فانقسم الضمان عليهما.

ولنا، أنه تلف بما أخرجه إلى حق الطريق، فضمنه، كما لو بنى حائطه مائلا إلى الطريق فأتلف، أو أقام خشبة في ملكه مائلة إلى الطريق، أو كما لو سقطت الخشبة التي ليست موضوعة على الحائط، ولأنه إخراج يضمن به البعض، فضمن به الكل، كالذي ذكرنا، ولأنه تلف بعدوانه، فضمنه، كما لو وضع البناء على أرض الطريق، والدليل على عدوانه، وجوب ضمان البعض، ولو كان مباحا لم يضمن به، كسائر المباحات، ولأن هذه خشبة، لو انقصف الخارج منها، وسقط فأتلف، ضمن ما أتلف، فيجب أن يضمن ما أتلف جميعها، كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها، ولأننا لم نعلم موضعا يجب الضمان كله ببعض الخشبة، ويجب نصفه بجميعها.

وإن كان إخراج الجناح إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله، ضمن ما أتلفه، وإن فعل ذلك بإذنهم، فلا ضمان عليه؛ لأنه مباح له غير متعد فيه. (٦٨٨٣) فصل: وإن أخرج ميزابا إلى الطريق، فسقط على إنسان أو شيء فأتلفه، ضمنه. وبهذا قال أبو حنيفة وحكي عن مالك، أنه لا يضمن ما أتلفه؛ لأنه غير متعد بإخراجه، فلم يضمن ما تلف به، كما لو أخرجه إلى ملكه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٢٥

وقال الشافعي: إن سقط كله، فعليه نصف الضمان؛ لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره. وإن انقصف الميزاب، فسقط منه ما خرج عن الحائط، ضمن جميع ما تلف به؛ لأنه كله في غير ملكه. **ولنا**، ما سبق في الجناح، ولا نسلم أن إخراجه مباح، فإنه أخرج إلى هواء ملك غيره شيئا يضر به، فأشبه ما لو أخرجه إلى ملك آدمي معين بغير إذنه، فأما إن أخرج إلى ملك آدمي معين شيئا من جناح، أو ساباط، أو ميزاب، أو غيره، فهو متعد، ويضمن ما تلف به. لا أعلم فيه خلافا.

[فصل بالت دابته في طريق فزلق به حيوان فمات به]

(٦٨٨٤) فصل: وإذا بالت دابته في طريق، فزلق به حيوان، فمات به، فقال أصحابنا: على صاحب الدابة الضمان، إذا كان راكبا لها، أو قائدا، أو سائقا لها؛ لأنه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليها، فأشبه ما لو جنت بيدها أو فمها. وقياس المذهب، أنه لا يضمن ما تلف بذلك؛ لأنه لا يد له على ذلك، ولا يمكن التحرز منه، فلم يضمن ما تلف به، كما لو أتلفت برجلها، وكما لو لم يكن له يد عليها، ويفارق هذا ما أتلفت بيدها وفمها؛ لأنه يمكنه حفظهما.

[فصل وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرا فرمته الريح على إنسان فقتله أو شيء أتلفه]

(٦٨٨٥) فصل: وإذا وضع جرة على سطحه أو حائطه، أو حجرا، فرمته الريح على إنسان، فقتله، أو شيء أتلفه، لم يضمن؛." (١)

"لأن ذلك من غير فعله، ووضعه له كان في ملكه. ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة؛ لأنه نسب إلى إلقائها، وتعدى بوضعها، فأشبه من بنى حائطه مائلا.

[فصل سلم ولده الصغير إلى السابح ليعلمه السباحة فغرق]

(٦٨٨٦) فصل: وإن سلم ولده الصغير إلى السابح، ليعلمه السباحة، فغرق، فالضمان على عاقلة السابح؛ لأنه سلمه إليه ليحتاط في حفظه، فإذا غرق نسب إلى التفريط في حفظه. وقال القاضي: قياس المذهب أن لا يضمنه؛ لأنه فعل ما جرت العادة به لمصلحته، فلم يضمن ما تلف به، كما إذا ضرب المعلم الصبي ضربا معتادا، فتلف به. فأما الكبير إذا غرق، فليس على السابح شيء إذا لم يفرط، لأن الكبير في يد نفسه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣٠

لا ينسب التفريط في هلاكه إلى غيره.

[فصل طلب إنسانا بسيف مشهور فهرب منه فتلف في هربه]

(٦٨٨٧) فصل: وإذا طلب إنسانا بسيف مشهور، فهرب منه، فتلف في هربه، ضمنه، سواء وقع من شاهق، أو انخسف به سقف، أو خر في بئر، أو لقيه سبع فافترسه، أو غرق في ماء، أو احترق بنار، وسواء كان المطلوب صبيا أو كبيرا، أعمى أو بصيرا، عاقلا أو مجنونا. وقال الشافعي: لا يضمن البالغ العاقل البصير، إلا أن يخسف به سقف، فإن فيه وفي الصغير والمجنون والأعمى قولين؛ لأنه هلك بفعل نفسه، فلم يضمنه الطالب، كما لو لم يطلبه.

ولنا، أنه هلك بسبب عدوانه، فضمنه، كما لو حفر له بئرا، أو نصب سكينا، أو سم طعامه ووضعه في منزله. وما ذكره يبطل بهذه الأصول، ولأنه تسبب إلى إهلاكه، فأشبه ما لو انخسف من تحته سقف، أو كان صغيرا أو مجنونا. وإن طلبه بشيء يخيفه به، كالليث ونحوه، فحكمه حكم ما لو طلبه بسيف مشهور؛ لأنه في معناه.

[فصل شهر سيفا في وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو ذهب عقله]

(٦٨٨٨) فصل: ولو شهر سيفا في وجه إنسان، أو دلاه من شاهق، فمات من روعته، أو ذهب عقله، فعليه ديته. وإن صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة، فخر من سطح أو نحوه، فمات، أو ذهب عقله، أو تغفل عاقلا فصاح به، فأصابه ذلك، فعليه ديته، تحملها العاقلة. فإن فعل ذلك عمدا، فهو شبه عمد، وإلا فهو خطأ. ووافق الشافعي في الصبي، وله في البالغ قولان. **ولنا**، أنه سبب إتلافه، فضمنه، كالصبي.

[فصل قدم إنسانا إلى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد]

(٦٨٨٩) فصل: وإن قدم إنسانا إلى هدف يرميه الناس، فأصابه سهم من غير تعمد، فضمانه على عاقلة الذي قدمه؛ لأن الرامي كالحافر، والذي قدمه كالدافع، فكان الضمان على عاقلته. وإن عمد الرامي رميه، فالضمان عليه؛." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣١

"لأنه مباشر، وذاك متسبب، فأشبه الممسك والقاتل. وإن لم يقدمه أحد، فالضمان على الرامي، وتحمله عاقلته إن كان خطأ؛ لأنه قتله.

[فصل شهد رجلان على رجل بقتل أو جرح]

(٦٨٩٠) فصل: وإن شهد رجلان على رجل بقتل أو جرح، أو سرقة قد توجب القطع، أو زنى يوجب الرجم أو الجلد، ونحو ذلك، فاقتص منه، أو قطع بالسرقة، أو حد فأفضى إلى تلفه، ثم رجعا عن الشهادة، لزمهما ضمان ما تلف بشهادتهما، كالشريكين في الفعل، ويكون الضمان في مالهما، لا تحمله عاقلتهما؛ لأنها لا تحمل اعترافا، وهذا يثبت باعترافهما. وقد روي عن علي - رضي الله عنه - أن شاهدين شهدا عنده على رجل بالسرقة، فقطعه، ثم أتيا بآخر، فقالا: يا أمير المؤمنين، ليس ذاك السارق، إنما هذا هو السارق، فأغرمهما دية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما. ولم يقبل قولهما في الثاني.

وإن أكره رجل رجلا على قتل إنسان، فقتله، فصار الأمر إلى الدية، فهي عليهما؛ لأنهما كالشريكين، ولهذا وجب القصاص عليهما، ولو أكره رجل امرأة فزنى بها، فحملت فماتت من الولادة، ضمنها؛ لأنها ماتت بسبب فعله، وتحملها العاقلة، إلا أن لا يثبت ذلك إلا باعترافه، فتكون الدية عليه؛ لأن العاقلة لا تحمل اعترافا.

[فصل بعث السلطان إلى امرأة ليحضرها، فأسقطت جنينا ميتا]

فصل: إذا بعث السلطان إلى امرأة ليحضرها، فأسقطت جنينا ميتا، ضمنه بغرة؛ لما روي أن عمر - رضي الله عنه - بعث إلى امرأة مغيبة، كان يدخل عليها، فقالت: يا ويلها، مالها ولعمر فبينما هي في الطريق إذ فزعت، فضربها الطلق، فألقت ولدا، فصاح الصبي صيحتين، ثم مات، فاستشار عمر أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب. وصمت علي فأقبل عليه عمر، فقال: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال: إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك، إن ديته عليك؛ لأنك أفزعتها فألقته. فقال عمر: أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك.

ولو فزعت المرأة فماتت، لوجبت ديتها أيضا. ووافق الشافعي في ضمان الجنين، وقال: لا تضمن المرأة؛ لأن ذلك ليس بسبب إلى هلاكها في العادة. **ولنا**، أنها نفس هلكت بإرساله إليها، فضمنها، كجنينها، أو

نفس هلكت بسببه، فغرمها، كما لو ضربها فماتت. وقوله: إنه ليس بسبب عادة. قلنا: ليس كذلك، فإنه سبب للإسقاط، والإسقاط سبب." (١)

"للهلاك عادة، ثم لا يتعين في الضمان كونه سببا معتادا، فإن الضربة والضربتين بالسوط، ليست سببا للهلاك في العادة، ومتى أفضت إليه وجب الضمان.

وإن استعدى إنسان على امرأة، فألقت جنينها، أو ماتت فزعا، فعلى عاقلة المستعدي الضمان، إن كان ظالما لها، وإن كانت هي الظالمة، فأحضرها عند الحاكم، فينبغي أن لا يضمنها؛ لأنها سبب إحضارها بظلمها، فلا يضمنها غيرها، ولأنه استوفى حقه، فلم يضمن ما تلف به، كالقصاص، ويضمن جنينها؛ لأنه تلف بفعله، فأشبه ما لو اقتص منها.

[فصل أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية]

(٦٨٩٢) فصل: ومن أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية، أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب، فهلك بذلك، أو هلكت بهيمته، فعليه ضمان ما تلف به؛ لأنه سبب هلاكه. وإن اضطر إلى طعام وشراب لغيره، فطلبه منه، فمنعه إياه مع غناه عنه في تلك الحال، فمات بذلك، ضمنه المطلوب منه؛ لما روي عن عمر - رضي الله عنه -، أنه قضى بذلك، ولأنه إذا اضطر إليه، صار أحق به ممن هو في يده، وله أخذه قهرا، فإذا منعه إياه، تسبب إلى إهلاكه بمنعه ما يستحقه، فلزمه ضمانه، كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك.

وظاهر كلام أحمد، أن الدية في ماله؛ لأنه تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالبا.

وقال القاضي: تكون على عاقلته؛ لأن هذا لا يوجب القصاص، فيكون شبه العمد. وإن لم يطلبه منه، لم يضمنه؛ لأنه لم يمنعه، ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه. وكذلك كل من رأى إنسانا في مهلكة، فلم ينجه منها، مع قدرته على ذلك، لم يلزمه ضمانه، وقد أساء. وقال أبو الخطاب: قياس المسألة الأولى وجوب ضمانه؛ لأنه لم ينجه من الهلاك مع إمكانه، فيضمنه، كما لو منعه الطعام والشراب. **ولنا**، أنه لم يهلكه، ولم يكن سببا في هلاكه، فلم يضمنه، كما لو لم يعلم بحاله، وقياس هذا على هذه المسألة غير صحيح؛ لأنه في المسألة منعه منعا كان سببا في هلاكه، فضمنه بفعله الذي تعدى به، وهاهنا لم يفعل شيئا يكون سببا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٢/٨

[فصل ضرب إنسانا حتى أحدث]

فصل: ومن ضرب إنسانا حتى أحدث، فإن عثمان – رضي الله عنه – قضى فيه بثلث الدية. وقال أحمد: لا أعرف شيئا يدفعه. وبه قال إسحاق. وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: لا شيء فيه؛ لأن الدية إنما تجب لإتلاف منفعة أو عضو، أو إزالة جمال، وليس هاهنا شيء من ذلك. وهذا هو القياس، وإنما ذهب من ذهب إلى إيجاب الثلث؛ لقضية عثمان؛ لأنها في مظنة الشهرة، ولم ينقل خلافها، فيكون إجماعا، ولأن قضاء الصحابي بما يخالف القياس. يدل على أنه توقيف. وسواء كان الحدث ريحا أو غائطا أو بولا. وكذلك الحكم فيما إذا أفزعه حتى أحدث.." (١)

"[فصل ادعى القاتل أن المقتول كان عبدا]

(٦٨٩٤) فصل: إذا ادعى القاتل أن المقتول كان عبدا، أو ضرب ملفوفا فقده، أو ألقى عليه حائطا، أو ادعى أنه كان ميتا، وأنكر وليه ذلك، فالقول قول الولي مع يمينه. وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: القول قول الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته، وما ادعاه محتمل، فلا نزول عن اليقين بالشك.

ولنا، أن الأصل حياة المجني عليه وحريته، فيجب الحكم ببقائه، كما لو قتل من كان مسلما، وادعى أنه ارتد قبل قتله. وبهذا يبطل ما ذكره. وهكذا لو قتل في دار الإسلام إنسانا، وادعى أنه كان كافرا، وأنكر وليه، فالقول قول الولي؛ لأن الدار دار الإسلام، ولذلك حكمنا بإسلام لقيطها. وإن قطع عضوا وادعى شلله، أو قلع عينا وادعى عماها، وأنكر الولي، فالقول قول المجني عليه؛ لأن الأصل السلامة. وكذلك لو قطع ساعدا وادعى أنه لم يكن عليه كف، أو قطع ساقا وادعى أنه لم يكن لها قدم.

وقال القاضي: إن اتفقا على أنه كان بصيرا، فالقول قول المجني عليه، وإلا فالقول قول الجاني. وهذا مذهب الشافعي. وكذلك على قياسه إذا اختلفا في شلل العضو؛ لأن هذا مما لا يتعذر إقامة البينة عليه، فإنه لا يخفى على أهله وجيرانه ومعاملته، وصفة تحمل الشهادة عليه، أنه كان يتبع الشخص بصره، ويتوقى ما يتوقاه البصير، ويتجنب البئر وأشباهه في طريقه، ويعدل في العطفات خلف من يطلبه. **ولنا**، أن الأصل السلامة، فكان القول قول من يدعيه، كما لو اختلفا في إسلام المقتول وحياته. وقولهم: لا تتعذر إقامة البينة عليه. قلنا: وكذلك لا تتعذر إقامة البينة على ما يدعيه الجاني، فإيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل، ثم يبطل بسائر المواضع التي سلموها. فإن قالوا هاهنا: ما ثبت أن الأصل وجود البصر. قلنا: الظاهر يقوم مقام الأصل، ولهذا رجحنا قول من يدعي حريته وإسلامه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣٣

[فصل زاد في القصاص من الجراح]

(٦٨٩٥) فصل: وإن زاد في القصاص من الجراح، وقال: إنما حصلت الزيادة باضطرابه. وأنكر المجني عليه، ففيه وجهان؛ أحدهما، القول قول المقتص منه؛ لأن الأصل عدم الاضطراب، ووجوب الضمان. والثاني؛ القول قول المقتص؛ لأن الأصل براءة ذمته، وما يدعيه محتمل. والأول أصح؛ فإن الجرح سبب وجوب الضمان، وما يدعيه من الاضطراب المانع من ثبوت حكمه، الأصل عدمه، فالقول قول من ينفيه، كما لو جرح رجلا وادعى أنه جرحه دفعا عن نفسه، أو قتله وادعى أنه وجده مع أهله، أو قتل بهيمة وادعى أنها صالت عليه.." (١)

"أو احولتا، أو عمشتا، ففي ذلك حكومة، كما لو ضرب يده فاعوجت. والجناية على الصبي والمعتوه، كالجناية على البالغ والعاقل، وإنما يفترقان في أن البالغ خصم لنفسه، والخصم للصبي والمجنون وليهما، فإذا توجهت اليمين عليهما لم يحلفا، ولم يحلف الولي عنهما، فإن بلغ الصبي، وأفاق المجنون، حلفا حينئذ. ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا.

[فصل دية عين الأعور]

(٦٩٠١) فصل: وفي عين الأعور دية كاملة. وبذلك قال الزهري، ومالك، والليث، وقتادة، وإسحاق. وقال مسروق، وعبد الله بن مغفل، والنخعي، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي: فيها نصف الدية؛ لقوله - عليه السلام -: «وفي العين خمسون من الإبل» . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «وفي العينين الدية» . يقتضي أن لا يجب فيهما أكثر من ذلك، سواء قلعهما واحد، أو اثنان في وقت واحد، أو في وقتين، وقالع الثانية قالع عين أعور، فلو وجبت عليه دية، لوجب فيهما دية ونصف، ولأن ما ضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره، ضمن به مع ذهابه، كالأذن.

ويحتمل هذا كلام الخرقي؛ لقوله: وفي العين الواحدة نصف الدية ولم يفرق. **ولنا**، أن عمر، وعثمان، وعليا، وابن عمر، قضوا في عين الأعور بالدية. ولم نعلم لهم في الصحابة مخالفا، فيكون إجماعا، ولأن قلع عين الأعور يتضمن إذهاب البصر كله، فوجبت الدية، كما لو أذهبه من العينين، ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل بالعينين، فإنه يرى الأشياء البعيدة، ويدرك الأشياء اللطيفة، ويعمل أعمال البصراء، ويجوز أن يكون

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٣٤

قاضيا وشاهدا، ويجزئ في الكفارة وفي الأضحية إذا لم تكن العوراء مخسوفة، فوجب في بصره دية كاملة، كذا في العينين.

فإن قيل: فلو صح هذا، لم يجب في إذهاب بصر إحدى العينين نصف الدية؛ لأنه لم ينقص. قلنا: لا يلزم من وجوب شيء من دية العينين نقص دية الثاني؛ بدليل ما لو جنى عليهما فاحولتا، أو عمشتا، أو نقص ضوءهما، فإنه يجب أرش النقص، ولا تنقص ديتهما بذلك، ولأن النقص الحاصل لم يؤثر في تنقيص أحكامه، ولا هو مضبوط في تفويت النفع، فلم يؤثر في تنقيص الدية، كالذي ذكرنا.

[فصل قلع الأعور عين صحيح]

(٦٩٠٢) فصل: وإن قلع الأعور عين صحيح نظرنا؛ فإن قلع العين التي لا تماثل عينه الصحيحة، أو قلع المماثلة للصحيحة خطأ، فليس عليه إلا نصف الدية، ولا أعلم فيه مخالفا؛ لأن ذلك هو الأصل، وإن قلع المماثلة لعينه الصحيحة عمدا، فلا قصاص عليه، وعليه دية كاملة. وبهذا قال سعيد بن المسيب، وعطاء، ومالك في إحدى روايتيه.." (١)

"وقال في الأخرى: عليه نصف الدية، ولا قصاص. وقال المخالفون في المسألة الأولى: له القصاص؛ لقوله تعالى: ﴿والعين بالعين﴾ [المائدة: ٤٥] . وإن اختار الدية، فله نصفها؛ للخبر؛ ولأنه لو قلعها غيره لم يجب فيها إلا نصف الدية، فلم يجب عليه إلا نصفها، كالعين الأخرى. **ولنا**، أن عمر وعثمان قضيا بمثل مذهبنا، ولا نعرف لهما مخالفا في الصحابة، فكان إجماعا.

[فصل قلع الأعور عيني صحيح العينين]

(٦٩٠٣) فصل: وإن قلع الأعور عيني صحيح العينين، فليس عليه إلا دية، عمدا كان أو خطأ. وذكر القاضي: أن قياس المذهب وجوب ديتين؛ إحداهما في العين التي استحق بها قلع عين الأعور، والأخرى في الأخرى؛ لأنها عين أعور. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «وفي العينين الدية» .

ولأنه قلع عينين، فلم يلزمه أكثر من الدية، كما لو كان القالع صحيحا، ولأنه لم يزد على تفويت منفعة الجنس، فلم يزد على الدية، كما لو قطع أذنه. وما ذكره القاضي لا يصح؛ لأن وجوب الدية في إحدى عينيه لا يجعل الأخرى عين أعور، على أن وجوب الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٨/٨

صرنا إليها لإجماع الصحابة عليها، ففيما عدا موضع الإجماع، يجب العمل بهما، والبقاء عليهما، فإن كان قلعهما عمدا، فاختار القصاص، فليس له إلا قلع عينه؛ لأنه أذهب بصره كله، فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره، وهذا مبني على ما تقدم من قضاء الصحابة أن عين الأعور تقوم مقام العينين.

وأكثر أهل العلم على أن له القصاص من العين، ونصف الدية للعين الأخرى، وهو مقتضى الدليل. والله أعلم.

[فصل قطع يد أقطع أو رجل أقطع الرجل]

(٦٩٠٤) فصل: وإن قطع يد أقطع، أو رجل أقطع الرجل، فله نصف الدية، أو القصاص من مثلها؛ لأنه عضو أمكن القصاص من مثله، فكان الواجب فيه القصاص أو دية مثله، كما لو قطع أذن من له أذن واحدة. وعن أحمد، رواية أخرى، أن الأولى إن كانت قطعت ظلما وأخذ ديتها، أو قطعت قصاصا، ففيها نصف ديتها، وإن قطعت في سبيل الله، ففي الباقية دية كاملة؛ لأنه عطل منافعه من العضوين جملة، فأشبه قلع عين الأعور. والصحيح الأول؛ لأن هذا أحد العضوين اللذين تحصل بهما منفعة الجنس، ولا يقوم مقام العضوين، فلم تجب فيه دية كاملة، كسائر الأعضاء، وكما لو كانت الأولى أخذت قصاصا، أو في غير سبيل الله، ولا يصح القياس على عين الأعور لوجوه ثلاثة؛." (١)

"أحدها، أن عين الأعور حصل بها ما يحصل بالعينين، ولم يختلفا في الحقيقة والأحكام إلا تفاوتا يسيرا، بخلاف أقطع اليد والرجل.

والثاني؛ أن عين الأعور لم يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الأولى. وها هنا اختلفا. الثالث؛ أن هذا التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار إليه بمجرد الرأي، ولا توقيف فيه فيصار إليه، ولا نظير له فيقاس عليه، فالمصير إليه تحكم بغير دليل، فيجب اطراحه.

وإن قطعت أذن من قطعت أذنه، أو منخر من قطعت منخره، لم يجب فيه أكثر من نصف الدية، رواية واحدة؛ لأن منفعة كل أذن لا تتعلق بالأخرى، بخلاف العينين.

[مسألة دية أشفار العينين]

(٦٩٠٥) مسألة: قال: (وفي الأشفار الأربعة الدية، وفي كل واحد منها ربع الدية) . يعني أجفان العينين،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٩/٨

وهي أربعة، ففي جميعها الدية؛ لأن فيها منفعة الجنس، وفي كل واحد منها ربع الدية؛ لأن كل ذي عدد تجب في جميعه الدية، تجب في الواحد منها بحصته من الدية، كاليدين والأصابع. وبهذا قال الحسن، والشعبي، وقتادة، وأبو هاشم، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي.

وعن مالك في جفن العين وحجاجها الاجتهاد؛ لأنه لم يعلم تقديره عن النبي - صلى الله عليه وسلم - والتقدير لا يثبت قياسا. **ولنا** أنها أعضاء فيها جمال ظاهر، ونفع كامل؛ فإنها تكن العين، وتحفظها، وتقيها الحر والبرد، وتكون كالغلق عليها، يطبقه إذا شاء، ويفتحه إذا شاء، ولولاها لقبح منظره، فوجبت فيها الدية، كاليدين، ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياسا. فإذا ثبت هذا، فإن في أحدها ربع الدية.

وحكي عن الشعبي، أنه يجب في الأعلى ثلثا دية العين، وفي الأسفل ثلثها؛ لأنه أكثر نفعا. **ولنا**، أن كل ذي عدد تجب الدية في جميعه، تجب بالحصة في الواحد منه، كاليدين والأصابع، وما ذكره يبطل باليمنى مع اليسرى والأصابع. وإن قلع العينين بأشفارهما، وجبت ديتان؛ لأنهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفردا، فوجبت بإتلافهما جملة ديتان، كاليدين، والرجلين. وتجب الدية في أشفار عين الأعمى؛ لأن ذهاب بصره عيب في غير الأجفان، فلم يمنع وجوب الدية فيها، كذهاب الشم، لا يمنع وجوب الدية في الأنف

(٦٩٠٦) فصل: وتجب في أهداب العينين بمفردها الدية، وهو الشعر الذي على الأجفان، وفي كل واحد منها ربعها. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: فيه حكومة.." (١)

"**ولنا**، أن فيها جمالا ونفعا، فإنها تقي العينين، وترد عنهما، وتحسن العين وتجملها، فوجبت فيها الدية كالأجفان، فإن قطع الأجفان بأهدابها، لم يجب أكثر من دية؛ لأن الشعر يزول تبعا لزوال الأجفان، فلم تفرد بضمان، كالأصابع إذا قطع اليد وهي عليها.

[مسألة قال دية الأذنين]

(٦٩٠٧) مسألة: قال: (وفي الأذنين الدية) روي ذلك عن عمر، وعلي. وبه قال عطاء، ومجاهد، والحسن، وقتادة، والثوري، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي، ومالك في إحدى الروايتين عنه، وقال في الأخرى: فيهما حكومة؛ لأن الشرع لم يرد فيهما بتقدير، ولا يثبت التقدير بالقياس.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٤٠

ولنا، أن في كتاب النبي – صلى الله عليه وسلم – لعمرو بن حزم: «وفي الأذنين الدية» . ولأن عمر وعليا قضيا فيهما بالدية. فإن قيل: فقد روي عن أبي بكر – رضي الله عنه – أنه قضى في الأذن بخمسة عشر بعيرا. قلنا: لم يثبت ذلك. قاله ابن المنذر. ولأن ما كان في الىبدن منه عضوان، كان فيهما الدية، كاليدين، وفي إحداهما نصف الدية، بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما، ولأن كل عضوين وجبت الدية فيهما، وجب في أحدهما نصفها، كاليدين، وإن قطع بعض إحداهما، وجب بقدر ما قطع من ديتها، ففي نصفها نصف ديتها، وفي ربعها ربعها، وعلى هذا الحساب، سواء قطع من أعلى الأذن أو أسفلها، أو اختلف في الجمال، أو لم يختلف، كما أن الأسنان والأصابع تختلف في الجمال والمنفعة، ودياتها سواء. وقد روي عن أحمد، – رحمه الله –؛ أن في شحمة الأذن ثلث الدية. والمذهب الأول. وتجب الدية في أذن الأصم؛ لأن الصمم نقص في غير الأذن، فلم يؤثر في ديتها. كالعمى لا يؤثر في دية الأجفان. وهذا قول الشافعي. ولا أعلم فيه مخالفا.

[فصل جنى على أذنه فاستحشفت]

(٦٩٠٨) فصل: فإن جنى على أذنه فاستحشفت، واستحشافها كشلل سائر الأعضاء، ففيها حكومة. وهذا أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: فـي ذلك ديتها؛ لأن ما وجبت ديته بقطعه، وجبت بشلله، كاليد والرجل. **ولنا**، أن نفعها باق بعد استحشافها وجمالها، فإن نفعها جمع الصوت، ومنع دخول الماء والهوام في صماخه، وهذا باق بعد شللها، فإن قطعها قاطع بعد استحشافها، ففيها ديتها؛ لأنه قطع أذنا فيها جمالها ونفعها، فوجبت ديتها كالصحيحة، وكما لو قلع عينا عمشاء أو حولاء.." (١)

"كتاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «وفي الأنف، إذا أوعب مارنه جدعا الدية» .

ولأن الذي يقطع فيه ذلك، فانصرف الخبر إليه. فإن قطع بعضه، ففيه بقدره من الدية، يمسح ويعرف قدر ذلك منه، كما قلنا في الأذنين. وقد روي هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي والشافعي وإن قطع أحد المنخرين، ففيه ثلث الدية، وفي المنخرين ثلثاها، وفي الحاجز بينهما الثلث: قال أحمد: في الوترة الثلث، وفي الخرمة في كل واحد منهما الثلث. وبهذا قال إسحاق. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس، فتوزعت الدية على عددها، كسائر ما فيه عدد من جنس، من اليدين، والأصابع، والأجفان الأربعة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٤١

وحكى أبو الخطاب وجها آخر، أن في المنخرين الدية، وفي الحاجز بينهما حكومة؛ لقول أحمد: في كل زوجين من الإنسان الدية. وهذا الوجه الثاني لأصحاب الشافعي؛ لأن المنخرين ليس في البدن لهما ثالث، فأشبه اليدين؛ ولأنه بقطع المنخرين أذهب الجمال كله، والمنفعة، فأشبه قطع اليدين. فعلى هذا الوجه، في قطع أحد المنخرين نصف الدية، وإن قطع معه الحاجز، ففيه حكومة، وإن قطع نصف الحاجز أو أقل، أو أكثر، لم يزد على حكومة. وعلى الأول، في قطع أحد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية، وفي قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية، وفي قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية، يقدر بالمساحة، فإن شق الحاجز بين المنخرين، ففيه حكومة، فإن بقي منفرجا، فالحكومة فيه أكثر.

[فصل دية قطع المارن مع القصبة]

(٦٩١٨) فصل: وإن قطع المارن مع القصبة، ففيه الدية، في قياس المذهب. وهذا مذهب مالك ويحتمل أن تجب الدية في المارن، وحكومة في القصبة. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن المارن وحده موجب للدية، فوجبت الحكومة في الزائد، كما لو قطع القصبة وحدها مع قطع لسانه. **ولنا**، قوله – عليه السلام –: «وفي الأنف إذا أوعب جدعا الدية» . ولأنه عضو واحد، فلم يجب به أكثر من دية، كالذكر إذا قطع من أصله. وما ذكروه يبطل بهذا، ويفارق ما إذا قطع لسانه وقصبته؛ لأنهما عضوان، فلا تدخل دية أحدهما في الآخر. وأما العضو الواحد، فلا يبعد أن يجب في جميعه ما يجب في بعضه، كالذكر تجب في حشفته الدية التي تجب في جميعه، وأصابع اليد يجب فيها ما يجب في اليد من الكوع، وكذلك أصابع الرجل، وفي الثدي كله ما في حلمته. فأما إن قطع الأنف وما تحته من اللحم، ففي اللحم حكومة؛ لأنه ليس من الأنف، فأشبه ما لو قطع الذكر واللحم الذي تحته.." (١)

"لأن العضو متى كان فيه بعض النفع، لم يكن بعضه أشل، كالعين إذا كان بصرها ضعيفا، واليد إذا كان بطشها ناقصا.

وإن قطع نصف لسانه، فذهب ربع كلامه، فعليه نصف ديته، فإن قطع الآخر بقيته، فعليه ثلاثة أرباع الدية. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي. والآخر، عليه نصف الدية؛ لأنه لم يقطع إلا نصف لسانه. **ولنا**، أنه ذهب بثلاثة أرباع الكلام، فلزمه ثلاثة أرباع ديته، كما لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان الأول، ولأنه لو أذهب ثلاثة أرباع الكلام مع بقاء اللسان، لزمه ثلاثة أرباع الدية، فلأن تجب بقطع نصف

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٥/٨

اللسان في الأول أولى، ولو لم يقطع الثاني نصف اللسان، لكن جنى عليه جناية أذهبت بقية كلامه مع بقاء لسانه، لكان عليه ثلاثة أرباع ديته؛ لأنه ذهب بثلاثة أرباع ما فيه الدية، فكان عليه ثلاثة أرباع الدية، كما لو جنى على صحيح، فذهب بثلاثة أرباع كلامه، مع بقاء لسانه.

[فصل قطع بعض لسانه عمدا]

(٦٩٢٨) فصل: وإذا قطع بعض لسانه عمدا، فاقتص المجني عليه من مثل ما جنى عليه به، فذهب من كلام الجاني مثل ما ذهب من كلام المجني عليه وأكثر، فقد استوفى حقه، ولا شيء في الزائد؛ لأنه من سراية القود، وسراية القود غير مضمونة. وإن ذهب أقل، فللمقتص دية ما بقي؛ لأنه لم يستوف بدله.

[فصل قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته]

(٦٩٢٩) فصل: وإذا قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته، وجبت ديته. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تجب؛ لأنه لسان لا كلام فيه، فلم تجب فيه دية، كلسان الأخرس. **ولنا**، أن ظاهره السلامة، وإنما لم يتكلم لأنه لا يحسن الكلام فوجبت به الدية كالكبير، ويخالف الأخرس؛ فإنه علم أنه أشل، ألا ترى أن أعضاءه لا يبطش بها، وتجب فيها الدية. وإن بلغ حدا يتكلم مثله، فلم يتكلم، فقطع لسانه، لم تجب فيه الدية؛ لأن الظاهر أنه لا يقدر على الكلام، ويجب فيه ما يجب في لسان الأخرس. وإن كبر فنطق ببعض الحروف، وجب فيه بقدر ما ذهب من الحروف؛ لأننا تبينا أنه كان ناطقا.

وإن كان قد بلغ إلى حد يتحرك بالبكاء وغيره، فلم يتحرك، فقطعه قاطع، فلا دية فيه؛ لأن الظاهر أنه لو كان صحيحا لتحرك. وإن لم يبلغ إلى حد يتحرك، ففيه الدية؛ لأن الظاهر سلامته. وإن قطع لسان كبير، وادعى أنه كان أخرس، ففيه مثل ما ذكرنا فيما إذا اختلفا في شلل العضو المقطوع على ما ذكرناه فيما مضى.." (١)

"[فصل جنى عليه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد]

(٦٩٣٠) فصل: وإن جنى عليه، فذهب كلامه أو ذوقه، ثم عاد، لم تجب الدية؛ لأننا تبينا أنه لم يذهب، ولو ذهب لم يعد، وإن كان قد أخذ الدية ردها. وإن قطع لسانه، فعاد، لم تجب الدية أيضا، وإن كان قد أخذها ردها. قاله أبو بكر. وظاهر مذهب الشافعي، أنه لا يرد الدية؛ لأن العادة لم تجر بعوده، واختصاص

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٥٠

هذا بعوده يدل على أنه هبة مجددة.

ولنا، أنه عاد ما وجبت فيه الدية، فوجب رد الدية، كالأسنان وسائر ما يعود. وإن قطع إنسان نصف لسانه، فذهب كلامه كله، ثم قطع آخر بقيته، فعاد كلامه، لم يجب رد الدية؛ لأن الكلام الذي كان باللسان قد ذهب، ولم يعد إلى اللسان، وإنما عاد في محل آخر، بخلاف التي قبلها. وإن قطع لسانه، فذهب كلامه، ثم عاد اللسان دون الكلام، لم يرد الدية؛ لأنه قد ذهب ما تجب الدية فيه بانفراده. وإن عاد كلامه دون لسانه، لم يردها أيضا؛ لذلك.

[فصل كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه]

(٦٩٣١) فصل: وإذا كان للسانه طرفان، فقطع أحدهما، فذهب كلامه، ففيه الدية؛ لأن ذهاب الكلام بمفرده يوجب الدية. وإن ذهب بعض الكلام، نظرت؛ فإن كان الطرفان متساويين، وكان ما قطعه بقدر ما ذهب من الكلام، وجب، وإن كان أحدهما أكبر، وجب الأكثر، على ما مضى، وإن لم يذهب من الكلام شيء، وجب بقدر ما ذهب من اللسان من الدية. وإن كان أحدهما منحرفا عن سمت اللسان، فهو خلقة زائدة، وفيه حكومة.

وإن قطع جميع اللسان، وجبت الدية من غير زيادة، سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين. وقال القاضي: إن كانا متساويين، ففيهما الدية، وإن كان أحدهما منحرفا عن سمت اللسان، وجبت الدية وحكومة في الخلقة الزائدة. **ولنا**، أن هذه الزيادة عيب ونقص يرد بها المبيع، وينقص من ثمنه، فلم يجب فيها شيء كالسلعة في اليد. وربما عاد القولان إلى شيء واحد؛ لأن الحكومة لا يخرج بها شيء إذا كانت الزيادة عيبا.

[مسألة دية الأسنان]

(٦٩٣٢) مسألة: قال: (وفي كل سن خمس من الإبل، إذا قلعت ممن قد أثغر، والأضراس والأنياب كالأسنان) لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن دية الأسنان خمس خمس في كل سن. وقد روي ذلك عن عمر بن." [1]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥١/٨

"كان كذلك. فأما سن الصبي الذي لم يثغر، فلا يجب بقلعها في الحال شيء. هذا قول مالك والشافعي، وأصحاب الرأي.

ولا أعلم فيه خلافا؛ وذلك لأن العادة عود سنه، فلم يجب فيها في الحال شيء، كنتف شعره، ولكن ينتظر عودها؛ فإن مضت مدة ييأس من عودها، وجبت ديتها. قال أحمد، يتوقف سنة؛ لأنه هو الغالب في نباتها. وقال القاضي: إذا سقطت أخواتها ولم تعد هي، أخذت الدية. وإن نبت مكانها أخرى، لم تجب ديتها، كما لو نتف شعره فعاد مثله. لكن إن عادت قصيرة أو مشوهة ففيها حكومة؛ لأن الظاهر أن ذلك بسبب الجناية عليها. وإن أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها، ففيها من ديتها بقدر ما نقص. وكذلك إن كانت فيها ثلمة أمكن تقديرها، ففيها بقدر ما ذهب منها، كما لو كسر من سنه ذلك القدر. وإن نبتت أكبر من أخواتها، ففيها حكومة؛ لأن ذلك عيب.

وقيل فيها وجه آخر، لا شيء فيها؛ لأن هذا زيادة. والصحيح الأول؛ لأن ذلك شين حصل بسبب الجناية، فأشبه نقصها. وإن نبتت مائلة عن صف الأسنان، بحيث لا ينتفع بها ففيها ديتها؛ لأن ذلك كذهابها، وإن كانت ينتفع بها، ففيها حكومة؛ للشين الحاصل بها، ونقص نفعها. وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة، ففيها حكومة؛ لنقص جمالها. وإن نبتت سوداء أو خضراء، ففيها روايتان، حكاهما القاضي؛ إحداهما، فيها ديتها. والثانية، فيها حكومة، كما لو سودها من غير قلعها. وإن مات الصبي قبل اليأس من عود سنه، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا شيء له؛ لأن الظاهر أنه لو عاش لعادت، فلم يجب فيها شيء، كما لو نتف شعره. والثاني: فيها الدية لأنه قلع سنا وأيس من عودها، فوجبت ديتها، كما لو مضى زمن تعود في مثله فلم تعد.

وإن قلع سن من قد ثغر، وجبت ديتها في الحال؛ لأن الظاهر أنها لا تعود، فإن عادت، لم تجب الدية، وإن كان قد أخذها ردها. وبهذا قال أصحاب الرأي. وقال مالك: لا يرد شيئا؛ لأن العادة أنها لا تعود، فمتى عادت كانت هبة من الله تعالى مجددة، فلا يسقط بذلك ما وجب له بقلع سنه. وعن الشافعي كالمذهبين. **ولنا**، أنه عاد له في مكانها مثل التي قلعت، فلم يجب له شيء، كالذي لم يثغر. وإن عادت ناقصة، أو مشوهة، فحكمها حكم سن الصغير إذا عادت، على ما ذكرنا. ولو قلع سن من لم يثغر، فمضت مدة ييأس." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٣/٨

"الأصلية فنأخذها، ولا نأخذ زائدة بأصلية. فأما إن كان له قدمان في رجل واحدة، فالحكم على ما ذكرناه في اليدين.

فإن كانت إحدى القدمين أطول من الأخرى، وكان الطويل مساويا للرجل الأخرى، فهو الأصلي، وإن كان زائدا عنها، والآخر مساو للرجل الأخرى، فهو الأصلي. وإن كان له في كل رجل قدمان، يمكنه المشي على الطويلتين مشيا مستقيما، فهما الأصليان، وإن لم يمكنه، فقطعا، وأمكنه المشي على القصيرتين، فهما الأصليان، والآخران زائدان. وإن أشل الطويلتين، ففيهما الدية؛ لأن الظاهر أنهما الأصليان، فإن قطعهما قاطع، فأمكنه المشي على القصيرتين تبين أنهما الأصليان، وإن لم يمكنه، فالطويلان هما الأصليان.

[مسألة دية ثدي الرجل والمرأة]

(٦٩٤٣) مسألة؛ قال: (وفي الثديين الدية، سواء كان من رجل أو امرأة) أما ثديا المرأة، ففيهما ديتهما. لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا، وفي الواحد منهما نصف الدية. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على أن في ثدي المرأة نصف الدية، وفي الثديين الدية، وممن حفظنا ذلك عنه الحسن والشعبي والزهري ومكحول وقتادة ومالك والثوري والشافعي، وأصحاب الرأي. ولأن فيهما جمالا ومنفعة فأشبها اليدين والرجلين.

وفي أحدهما نصف الدية؛ لأن كل عضوين وجبت الدية فيهما، وجب في أحدهما نصفها، كاليدين. وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما. نص عليه أحمد، – رحمه الله –، وروى نحو هذا الشعبي، والنخعي، والشافعي. وقال مالك، والثوري: إن ذهب اللبن، وجبت ديتهما، وإلا وجبت حكومة بقدر شينه. ونحوه قال قتادة: إذا ذهب الرضاع بقطعهما، ففيهما الدية. ولنا، أنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه، فوجبت ديتهما، كالأصابع مع الكف، وحشفة الذكر، وبيان ذهاب المنفعة أن بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما كالأصابع في الكف. وإن قطع الثديين كلهما، فليس فيهما إلا دية، كما لو قطع الذكر كله. وإن حصل مع قطعهما جائفة، وجب فيها ثلث الدية مع ديتهما.

وإن حصل جائفتان، وجبت دية وثلثان. وإن ضربهما فأشلهما، ففيهما الدية، كما لو أشل يديه. وإن جنى عليهما، فأذهب لبنهما من غير أن يشلهما، فقال أصحابنا: فيهما حكومة. وهذا قول أصحاب الشافعي. ويحتمل أن تجب ديتهما؛ لأنه ذهب بنفعهما، فأشبه ما لو أشلهما؛ وهذا ظاهر قول مالك، والثوري، وقتادة وإن جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت، فلم ينزل لها لبن، سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: إن الجناية سبب قطع

اللبن، فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده. وإن قالوا: ينقطع بغير الجناية. لم يجب عليه أرشه؛ لأن الأصل براءة ذمته، فلا يجب فيها شيء بالشك.

وإن جنى عليهما، فنقص لبنهما، أو جنى على ثديين ناهدين فكسرهما، أو صار بهما مرض، ففيه حكومة؛ لنقصه الذي نقصهما." (١)

"واختلفت الرواية في ذكر الخصي، فعنه فيه دية كاملة. وهو قول سعيد بن عبد العزيز، والشافعي وابن المنذر؛ للخبر، ولأن منفعة الذكر الجماع، وهو باق فيه. والثانية، لا تجب فيه. وهو قول مالك والثوري، وأصحاب الرأي وقتادة وإسحاق؛ لما ذكرنا في ذكر العنين، ولأن المقصود منه تحصيل النسل، ولا يوجد ذلك منه، فلم تكمل ديته، كالأشل، والجماع يذهب في الغالب؛ بدليل أن البهائم يذهب جماعها بخصائها، والفرق بين ذكر العنين، وذكر الخصي، أن الجماع في ذكر العنين أبعد منه في ذكر الخصي، واليأس من الإنزال متحقق في ذكر الخصي دون ذكر العنين.

فعلى قولنا: لا تكمل الدية في ذكر الخصي؛ إن قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة، أو قطع الذكر، ثم قطع الأنثيين، لزمته ديتان، وإن قطع الأنثيين، ثم قطع الذكر، لم يلزمه إلا دية واحدة في الأنثيين، وفي الذكر حكومة؛ لأنه ذكر خصي. قال القاضي: ونص أحمد على هذا. وإن قطع نصف الذكر بالطول، ففيه نصف الدية. ذكره أصحابنا. والأولى أن تجب الدية كاملة لأنه ذهب بمنفعة الجماع به، فكملت ديته، كما لو أشله أو كسر صلبه فذهب جماعه.

وإن قطع قطعة منه مما دون الحشفة، وكان البول يخرج على ما كان عليه؛ وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية. وإن خرج البول من موضع القطع، وجب الأكثر من حصة القطعة من الدية، أو الحكومة. وإن ثقب ذكره فيما دون الحشفة، فصار البول يخرج من الثقب، ففيه حكومة؛ لذلك.

[مسألة دية الأنثيين]

(٦٩٤٨) مسألة؛ قال: (وفي الأنثيين الدية) لا نعلم في هذا خلافا. وفي كتاب النبي – صلى الله عليه وسلم – لعمرو بن حزم: «وفي البيضتين الدية» . ولأن فيهما الجمال والمنفعة، فإن النسل يكون بهما، فكانت فيهما الدية، كاليدين. وروى الزهري، عن سعيد بن المسيب، أنه قال: مضت السنة أن في الصلب الدية، وفي الأنثيين الدية. وفي إحداهما نصف الدية، في قول أكثر أهل العلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٥٩

وحكي عن سعيد بن المسيب، أن في اليسرى ثلثي الدية، وفي اليمنى ثلثها؛ لأن نفع اليسرى أكثر؛ لأن النسل يكون بها. **ولنا**، أن ما وجبت الدية في شيئين منه، وجب في أحدهما نصفها، كاليدين، وسائر الأعضاء، ولأنهما ذوا عدد تجب فيه الدية، فاستوت ديتهما، كالأصابع، وما ذكروه ينتقض بالأصابع والأجفان، تستوي دياتها مع اختلاف نفعها، ثم يحتاج إلى إثبات ذلك الذي ذكره. وإن رض أنثييه، أو أشلهما، كملت ديتهما، كما لو أشل يديه أو ذكره. وإن قطع أنثييه، فذهب نسله، لم يجب أكثر من دية؛ لأن ذلك نفعهما، فلم تزدد الدية بذهابه معهما، كالبصر مع ذهاب العينين، والبطش مع ذهاب الرجلين. وإن قطع إحداهما، فذهب النسل، لم يجب أكثر من نصف الدية؛ لأن ذهابه غير متحقق.." (١)

"[فصل جنى عليه فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه]

(٦٩٥٦) فصل: فإن جنى عليه، فأذهب عقله وسمعه وبصره وكلامه، وجب أربع ديات مع أرش الجرح. قال أبو قلابة: رمى رجل رجلا بحجر، فذهب عقله وبصره وسمعه ولسانه، فقضى فيه عمر بأربع ديات وهو حي. ولأنه أذهب منافع في كل واحدة منها دية، فوجبت عليه دياتها، كما لو أذهبها بجنايات. فإن مات من الجناية، لم تجب إلا دية واحدة؛ لأن ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس، كديات الأعضاء.

[مسألة دية صعر الوجه]

(٦٩٥٧) مسألة: قال: (وفي الصعر الدية، والصعر: أن يضربه، فيصير وجهه في جانب) أصل الصعر، داء يأخذ البعير في عنقه، فيلتوي عنقه، وقول الله تعالى: ﴿ولا تصعر خدك للناس﴾ [لقمان: ١٨] . أي: لا تعرض عنهم بوجهك تكبرا، كإمالة وجه البعير الذي به الصعر، فمن جنى على إنسان جناية، فعوج عنقه، حتى صار وجهه في جانب، فعليه دية كاملة، روي ذلك عن زيد بن ثابت.

وقال الشافعي: ليس فيه إلا حكومة؛ لأنه إذهاب جمال من غير منفعة. **ولنا** ما روى مكحول، عن زيد بن ثابت، أنه قال: وفي الصعر الدية. ولم يعرف له في الصحابة مخالف، فكان إجماعا، ولأنه أذهب الجمال والمنفعة، فوجبت فيه دية كاملة، كسائر المنافع. وقولهم: لم يذهب بمنفعته. غير صحيح؛ فإنه لا يقدر على النظر أمامه، واتقاء ما يحذره إذا مشى، وإذا نابه أمر، أو دهمه عدو، لم يمكنه العلم به، ولا اتقاؤه، ولا يمكنه لي عنقه ليعرف ما يريد نظره، ويتعرف ما ينفعه ويضره.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٦٢

[فصل جنى عليه فصار الالتفات عليه شاقا أو ابتلاع الماء أو غيره]

(٦٩٥٨) فصل: فإن جنى عليه، فصار الالتفات عليه شاقا، أو ابتلاع الماء، أو غيره، ففيه حكومة؛ لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها، ولا يمكن تقديرها. وإن صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه، فهذا لا يكاد يبقى، فإن بقي مع ذلك، ففيه الدية؛ لأنه تفويت منفعة ليس لها مثل في البدن.

[مسألة دية اليد الشلاء]

(٦٩٥٩) مسألة: قال: (وفي اليد الشلاء ثلث ديتها، وكذلك العين القائمة، والسن السوداء) اليد الشلاء: التي ذهب منها منفعة البطش. والعين القائمة: التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة. واختلفت الرواية عن أحمد فيهما، وفي السن السوداء، فعنه، في كل واحدة ثلث ديتها. روي هذا عن عمر بن الخطاب، ومجاهد. وبه قال إسحاق.

وعن زيد بن ثابت، في العين القائمة مائة دينار. والرواية الثالثة عن أحمد، في كل واحدة حكومة. وهذا قول مسروق، والزهري، ومالك، والشافعي،." (١)

"وأبي ثور، والنعمان، وابن المنذر؛ لأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة، لكونها قد ذهبت منفعتها، ولا مقدر فيها، فتجب الحكومة فيها، كاليد الزائدة. **ولنا**، ما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: «قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية، وفي اليد الشلاء إذا قطعت ثلث ديتها، وفي السن السوداء إذا قلعت ثلث ديتها.» رواه النسائي، وأخرجه أبو داود في العين وحدها مختصرا.

وقول عمر - رضي الله عنه - رواه قتادة عن خلاس، عن عبد الله بن بريدة، عن يحيى بن يعمر، عن ابن عباس، أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قضى في العين القائمة إذا خسفت، واليد الشلاء إذا قطعت، والسن السوداء إذا كسرت، ثلث دية كل واحدة منهن. ولأنها كاملة الصورة، فكان فيها مقدر كالصحيحة، وقولهم: لا يمكن إيجاب مقدر. ممنوع؛ فإنا قد ذكرنا التقدير وبيناه. (٦٩٦٠) فصل: قال القاضي: قول أحمد، - رحمه الله -: في السن السوداء، ثلث ديتها. محمول على سن ذهبت منفعتها، بحيث لا يمكنه أن يعض بها الأشياء، أو كانت تفتتت، فأما إن كانت منفعتها باقية، ولم يذهب منها إلا لونها، ففيها كمال ديتها، سواء قلت منفعتها، بأن عجز عن عض الأشياء الصلبة بها أو لم يعجز؛ لأنها

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٦٦

باقية المنفعة، فكملت ديتها، كسائر الأعضاء، وليس على من سودها إلا حكومة.

وهذا مذهب الشافعي. والصحيح من مذهب أحمد ما يوافق ظاهر كلامه؛ لظاهر الأخبار، وقضاء عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – وقول أكثر أهل العلم، ولأنه ذهب جمالها بتسويدها، فكملت ديتها على من سودها، كما لو سود وجهه. ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديتها كاليد الشلاء وكالسن إذا كانت بيضاء فانقلعت، ونبت مكانها سوداء، لمرض فيها، فإن القاضي وأصحاب الشافعي، سلموا أنها لا تكمل ديتها.

[فصل نبتت أسنان صبي سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء]

(٦٩٦١) فصل: فإن نبتت أسنان صبي سوداء ثم ثغر ثم عادت سوداء، فديتها تامة؛ لأن هذا جنس خلق على هذه الصورة، فأشبه من خلق أسود الجسم والوجه جميعا. وإن نبتت أولا بيضاء، ثم ثغر، ثم عادت سوداء، سئل أهل الخبرة، فإن قالوا: ليس السواد لعلة ولا مرض، ففيها أيضا كمال ديتها، وإن قالوا: ذلك لمرض فيها. فعلى قالعها ثلث ديتها، أو حكومة. وقد سلم القاضي، وأصحاب الشافعي الحكم في هذه الصورة، وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه. ويحتمل أن يكون الحكم فيما إذا كانت سوداء من ابتداء." (١)

"في موضحة الحر. يحترز به من موضحة العبد. وقوله: سواء كان من رجل أو امرأة. يعني أنهما لا يختلفان في أرش الموضحة؛ لأنها دون ثلث الدية، وهما يستويان فيما دون الثلث، ويختلفان فيما زاد.

وعند الشافعي أن موضحة المرأة على النصف من موضحة الرجل، بناء على أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل في الكثير والقليل. وسنذكر ذلك في موضعه، إن شاء الله تعالى. وعموم الحديث الذي رويناه هاهنا حجة عليه، وفيه كفاية. وأكثر أهل العلم على أن الموضحة في الرأس والوجه سواء. روي ذلك عن أبي بكر، وعمر – رضي الله عنهما –. وبه قال شريح، ومكحول، والشعبي، والنخعي، والزهري، وربيعة، وعبيد الله بن الحسن، وأبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق.

وروي عن سعيد بن المسيب، أنه قال: تضعف موضحة الوجه على موضحة الرأس، فيجب في موضحة الوجه عشر من الإبل؛ لأن شينها أكثر. وذكره القاضي رواية عن أحمد. وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة. وقال مالك: إذا كانت في الأنف أو في اللحي الأسفل، ففيها حكومة؛ لأنها تبعد عن الدماغ، فأشبهت موضحة سائر البدن. **ولنا** عموم الأحاديث، وقول أبي بكر، وعمر – رضي الله عنهما –:

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٦٧

الموضحة في الرأس والوجه سواء. ولأنها موضحة، فكان أرشها خمسا من الإبل، كغيرها مما سلموه، ولا عبرة بكثرة الشين، بدليل التسوية بين الصغيرة والكبيرة.

وما ذكروه لمالك لا يصح؛ فإن الموضحة في الصدر أكثر ضررا، وأقرب إلى القلب، ولا مقدر فيها. وقد روي عن أحمد، - رحمه الله -، أنه قال: موضحة الوجه أحرى أن يزاد في ديتها. وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر والله أعلم، إنما معناه أنها أولى بإيجاب الدية، فإنه إذا وجب في موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس، خمس من الإبل، فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر، الذي هو مجمع المحاسن، وعنوان الجمال أولى. وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على ما يخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم، ومصيره إلى التقدير بغير توقيف، ولا قياس صحيح.

(٦٩٦٨) فصل: ويجب أرش الموضحة في الصغيرة والكبيرة، والبارزة والمستورة بالشعر؛ لأن اسم الموضحة يشمل الجميع. وحد الموضحة ما أفضى إلى العظم، ولو بقدر إبرة. ذكره ابن القاسم، والقاضي. فإن شجه في رأسه شجة، بعضها موضحة، وبعضها دون الموضحة، لم يلزمه أكثر من أرش موضحة؛ لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من أرش موضحة، فلأن لا يلزمه في الإيضاح في البعض أكثر من ذلك أولى، وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة، وباقيها دونها، لم يلزمه أكثر من أرش هاشمة، وإن كانت منقلة وما دونها، أو مأمومة. وما دونها، فعليه أرش منقلة أو مأمومة؛ لما ذكرنا.." (١)

"(٦٩٦٩) فصل: وليس في موضحة غير الرأس والوجه مقدر، في قول أكثر أهل العلم؛ منهم إمامنا، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وابن المنذر. قال ابن عبد البر: ولا يكون في البدن موضحة. يعني ليس فيها مقدر. قال: وعلى ذلك جماعة العلماء إلا الليث بن سعد، قال: الموضحة تكون في الجسد أيضا. وقال الأوزاعي في جراحة الجسد على النصف من جراحة الرأس. وحكي نحو ذلك عن عطاء الخراساني، قال: في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون دينارا. **ولنا**، أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس، وقول الخليفتين الراشدين: الموضحة في الوجه والرأس سواء. يدل على أن باقي الجسد بخلافه، ولأن الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن، فلا يلحق به، ثم إيجاب ذلك في سائر البدن يفضي إلى أن يجب في موضحة العضو أكثر من ديته، مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث، ودية الموضحة خمسة. وأما قول الأوزاعي وعطاء الخراساني، فتحكم لا نص فيه، ولا قياس يقتضيه، فيجب اطراحه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٧٠

[فصل أوضحه في رأسه وجر السكين إلى قفاه]

(٦٩٧٠) فصل: وإن أوضحه في رأسه، وجر السكين إلى قفاه، فعليه أرش موضحة، وحكومة لجرح القفا؛ لأن القفا ليس بموقع للموضحة. وإن أوضحه في رأسه، ومدها إلى وجهه، فعلى وجهين؛ أحدهما، أنها موضحة واحدة؛ لأن الوجه والرأس سواء في الموضحة، فصار كالعضو الواحد. والثاني؛ هما موضحتان؛ لأنه أوضحه في عضوين، فكان لكل واحد منهما حكم نفسه، كما لو أوضحه في رأسه ونزل إلى القفا.

[فصل أوضحه في رأسه موضحتين بينهما حاجز]

(٦٩٧١) فصل: وإن أوضحه في رأسه موضحتين، بينهما حاجز، فعليه أرش موضحتين؛ لأنهما موضحتان. فإن أزال الحاجز الذي بينهما، وجب أرش موضحة واحدة؛ لأنه صار الجميع بفعله موضحة، فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز يبقى بينهما. وإن اندملتا، ثم أزال الحاجز بينهما، فعليه أرش ثلاث مواضح؛ لأنه استقر عليه أرش الأوليين بالاندمال، ثم لزمته دية الثالثة. وإن تآكل ما بينهما قبل اندمالهما فزال، لم يلزمه أكثر من أرش واحدة؛ لأن سراية فعله كفعله. وإن اندملت إحداهما وزال الحاجز بفعله، أو سراية الأخرى، فعليه أرش موضحتين.

وإن أزال الحاجز أجنبي، فعلى الأول أرش موضحتين، وعلى الثاني أرش موضحة؛ لأن فعل أحدهما لا ينبني على فعل الآخر، فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته. وإن أزاله المجني عليه، وجب على الأول أرش موضحتين؛ لأن ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره. فإن اختلفا." (١)

"فقال الجاني: أنا شققت ما بينهما. وقال المجني عليه: بل أنا. أو: أزالها آخر سواك، فالقول قول المجني عليه؛ لأن سبب أرش موضحتين قد وجد. والجاني يدعي زواله، والمجني عليه ينكره، والقول قول المنكر، والأصل معه.

وإن أوضح موضحتين، ثم قطع اللحم الذي بينهما في الباطن، وترك الجلد الذي فوقهما ففيها وجهان؛ أحدهما، يلزمه أرش موضحتين؛ لانفصالهما في الظاهر. والثاني: أرش موضحة؛ لاتصالهما في الباطن. وإن جرحه جراحا واحدة، وأوضحه في طرفيها، وباقيها دون الموضحة، ففيه أرش موضحتين، لأن ما بينهما ليس بموضحة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٧١

[مسألة الدية في الهاشمة]

(٦٩٧٢) مسألة: قال: (وفي الهاشمة عشر من الإبل، وهي التي توضح العظم وتهشمه) الهاشمة: هي التي تتجاوز الموضحة، فتهشم العظم، سميت هاشمة؛ لهشمها العظم. ولم يبلغنا عن النبي – صلى الله عليه وسلم – فيها تقدير، وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم، على أن أرشها مقدر بعشر من الإبل. روى ذلك قبيصة بن ذؤيب، عن زيد بن ثابت. وبه قال قتادة، والشافعي، والعنبري، ونحوه قال الثوري، وأصحاب الرأي، إلا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم، وذلك على قولهم ألف درهم.

وكان الحسن لا يوقت فيها شيئا. وحكي عن مالك، أنه قال: لا أعرف الهاشمة، لكن في الإيضاح خمس، وفي الهشم حكومة. قال ابن المنذر: النظر يدل على قول الحسن؛ إذ لا سنة فيها ولا إجماع، ولأنه لم ينقل فيها عن النبي – صلى الله عليه وسلم – تقدير، فوجبت فيها الحكومة، كما دون الموضحة. **ولنا**، قول زيد، ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف، ولأنه لم نعرف له مخالفا في عصره، فكان إجماعا. ولأنها شجة فوق الموضحة تختص باسم، فكان فيها مقدر كالمأمومة.

(٦٩٧٣) فصل: والهاشمة في الرأس والوجه خاصة، على ما ذكرنا في الموضحة. وإن هشمه هاشمتين. بينهما حاجز، ففيهما عشرون من الإبل، على ما ذكرنا في الموضحة من التفصيل. وتستوي الهاشمة الصغيرة والكبيرة. وإن شجه شجة، بعضها موضحة، وبعضها هاشمة، وبعضها سمحاق، وبعضها متلاحمة، وجب أرش الهاشمة؛ لأنه لو كان جميعها هاشمة، أجزأ أرشها، ولو انفرد القدر المهشوم، وجب أرشها، فلا ينقص ذلك بما إذا زاد من الأرش في غيرها.

وإن ضرب رأسه، فهشم العظم، ولم يوضحه، لم تجب دية الهاشمة. بغير خلاف؛ لأن الأرش المقدر وجب في هاشمة يكون معها موضحة، وفي الواجب فيها وجهان؛." (١)

"لمساواتها المأمومة في أرشها، وقيل: فيها مع ذلك حكومة؛ لخرق جلدة الدماغ. ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب.

[فصل أوضحه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة]

(٦٩٧٨) فصل: فإن أوضحه رجل، ثم هشمه الثاني، ثم جعلها الثالث منقلة، ثم جعلها الرابع مأمومة، فعلى الأول أرش موضحته، وعلى الثاني خمس تمام أرش الهاشمة، وعلى الثالث خمس، تمام أرش المنقلة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٧٢

وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث، تمام أرش المأمومة.

[مسألة الدية في الجائفة]

(٦٩٧٩) مسألة؛ قال: (وفي الجائفة ثلث الدية، وهي التي تصل إلى الجوف) وهذا قول عامة أهل العلم، منهم أهل المدينة، وأهل الكوفة، وأهل الحديث، وأصحاب الرأي، إلا مكحولا، قال فيها: في العمد ثلثا الدية. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في كتاب عمرو بن حزم: «وفي الجائفة ثلث الدية» . وعن ابن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مثل ذلك. ولأنها جراحة فيها مقدر، فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطإ، كالموضحة، ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدرا غير الجائفة، والجائفة: ما وصل إلى الجوف من بطن، أو ظهر، أو صدر، أو ثغرة نحر، أو ورك، أو غيره. وذكر ابن عبد البر، أن مالكا، وأبا حنيفة، والشافعي، والبتي، وأصحابهم، اتفقوا على أن الجائفة لا تكون إلا في الجوف. قال ابن القاسم: الجائفة ما أفضى إلى الجوف ولو بمغرز إبرة، فأما إن خرق شدقه. فوصل إلى باطن الفم، فليس بجائفة؛ لأن داخل الفم حكمه حكم الظاهر، لا حكم الباطن. وإن طعنه في وجنته، فكسر العظم. ووصل إلى فيه، فليس بجائفة؛ لما ذكرنا. وقال الشافعي، في أحد قوليه: هو جائفة؛ لأنه قد وصل إلى جوف. وهذا ينتقض بما إذا خرق شدقه. فعلى هذا يكون عليه دية هاشمة، لكسر العظم، وفيما زاد حكومة.

وإن جرحه في أنفه فأنفذه، فهو كما لو جرحه في وجنته فأنقذه إلى فيه، في الحكم والخلاف. وإن جرحه في ذكره، فوصل إلى مجرى البول من الذكر، فليس بجائفة؛ لأنه ليس بجوف يخاف التلف من الوصول إليه، بخلاف غيره.

[فصل أجافه جائفتين بينهما حاجز]

(٦٩٨٠) فصل: وإن أجافه جائفتين، بينهما حاجز، فعليه ثلثا الدية. وإن خرق الجاني ما بينهما، أو ذهب بالسراية، صار جائفة واحدة، فيها ثلث الدية لا غير. وإن خرق ما بينهما أجنبي، أو المجني عليه، فعلى الأول ثلثا الدية، وعلى." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٧٤

"ابن عبد البر: لا أعلمهم يختلفون في ذلك. وحكي عن بعض أصحاب الشافعي، أنه قال: هي جائفة واحدة. وحكي أيضا عن أبي حنيفة؛ لأن الجائفة هي التي تنفذ من ظاهر البدن إلى الجوف، وهذه الثانية إنما نفذت من الباطن إلى الظاهر.

ولنا، ما روى سعيد بن المسيب، أن رجلا رمى رجلا بسهم، فأنفذه، فقضى أبو بكر - رضي الله عنه - بثلثي الدية. ولا مخالف له، فيكون إجماعا. أخرجه سعيد بن منصور في " سننه ". وروي عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن عمر - رضي الله عنه - قضى في الجائفة إذا نفذت الجوف، بأرش جائفتين. لأنه أنفذه من موضعين، فكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين. وما ذكروه غير صحيح، فإن الاعتبار بوصول الجرح إلى الجوف، لا بكيفية إيصاله، إذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوي في المعنى، ولأن ما ذكروه من الكيفية ليس بمذكور في خبر، وإنما العادة في الغالب وقوع الجائفة هكذا، فلا يعتبر، كما أن العادة في الغالب حصولها بالحديد، ولو حصلت بغيره لكانت جائفة. ثم ينتقض ما ذكروه بما لو أدخل يده في جائفة إنسان، فخرق بطنه من موضع آخر، فإنه يلزمه أرش جائفة بغير خلاف نعلمه. وكذلك يخرج فيمن أوضح إنسانا في رأسه، ثم أخرج رأس السكين من موضع آخر، فهي موضحتان. فإن هشمه هاشمة لها مخرجان، فهي هاشمتان. وكذلك ما أشبهه.

[فصل أدخل إصبعه في فرج بكر فأذهب بكارتها]

(٦٩٨٤) فصل: فإن أدخل إصبعه في فرج بكر، فأذهب بكارتها، فليس بجائفة، لأن ذلك ليس بجوف.

[مسألة وطئ زوجته وهي صغيرة ففتقها]

(٦٩٨٥) مسألة؛ قال: (ومن وطئ زوجته، وهي صغيرة، ففتقها، لزمه ثلث الدية) . معنى الفتق، خرق ما بين مسلك البول والمني. وقيل: بل معناه خرق ما بين القبل والدبر، إلا أن هذا بعيد؛ لأنه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز، فإنه حاجز غليظ قوي. والكلام في هذه المسألة: في فصلين؛ (٦٩٨٦) الفصل الأول، في أصل وجوب الضمان. والثاني: في قدره: أما الأول، فإن الضمان إنما يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التي لا تحمل الوطء، دون الكبيرة المحتملة له. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: يجب الضمان في الجميع؛ لأنه جناية، فيجب الضمان به، كما لو كان في أجنبية. ولنا، أنه وطء مستحق، فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة، ولأنه فعل مأذون فيه ممن يصح إذنه، فلم يضمن

ما تلف بسرايته، كما لو أذنت في مداواتها بما يفضي إلى ذلك، وكقطع السارق، أو استيفاء القصاص، وعكسه الصغيرة والمكرهة على الزنا.." (١)

"إذا ثبت هذا، فإنه يلزمه المهر المسمى في النكاح، مع أرش الجناية، ويكون أرش الجناية في ماله، إن كان عمدا محضا، وهو أن يعلم أنها لا تطيقه، وأن وطأه يفضيها.

فأما إن لم يعلم ذلك، وكان مما يحتمل أن لا يفضي إليه، فهو عمد الخطإ، فيكون على عاقلته، إلا على قول من قال: إن العاقلة لا تحمل عمد الخطإ، فإنه يكون في ماله.

(٦٩٨٧) الفصل الثاني: في قدر الواجب، وهو ثلث الدية. وبهذا قال قتادة، وأبو حنيفة. وقال الشافعي: تجب الدية كاملة. وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز؛ لأنه أتلف منفعة الوطء، فلزمته الدية، كما لو قطع إسكتيها. **ولنا**، ما روي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قضى في الإفضاء بثلث الدية. ولم نعرف له في الصحابة مخالفا. ولأن هذه جناية تخرق الحاجز بين مسلك البول والذكر، فكان موجبها ثلث الدية، كالجائفة. ولا نسلم أنها تمنع الوطء، وأما قطع الإسكتين، فإنما أوجب الدية؛ لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال، فأشبه قطع الشفتين.

(٦٩٨٨) فصل: وإن استطلق بولها مع ذلك، لزمته دية من غير زيادة. وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: تجب دية وحكومة؛ لأنه فوت منفعتين، فلزمه أرشهما، كما لو فوت كلامه وذوقه. **ولنا**، أنه أتلف عضوا واحدا، فلم يفت غير منافعه، فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة، كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه. وما قاله لا يصح؛ لأنه لو أوجب دية المنفعتين، لأوجب ديتين؛ لأن استطلاق البول موجب الدية، والإفضاء عنده موجب الدية منفردا، ولم يقل به، وإنما أوجب الحكومة، ولم يوجد مقتضيها، فإننا لا نعلم أحدا أوجب في الإفضاء حكومة.

(٦٩٨٩) فصل: وإن اندمل الحاجز، وانسد، وزال الإفضاء، لم يجب ثلث الدية، ووجبت حكومة، لجبر ما حصل من النقص.

[فصل أكره امرأة على الزنى فأفضاها]

(٦٩٩٠) فصل: وإن أكره امرأة على الزنى، فأفضاها، لزمه ثلث ديتها، ومهر مثلها؛ لأنه حصل بوطء غير مستحق، ولا مأذون فيه، فلزمه ضمان ما أتلف به، كسائر الجنايات. وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك؟ فيه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٧٦

روايتان؛ إحداهما، لا يلزمه؛ لأن أرش البكارة داخل في مهر المثل، فإن مهر البكر أكثر من مهر الثيب،." (١)

"فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة، فلم يضمنه مرتين، كما في حق الزوجة. والثانية، يضمنه؛ لأنه محل أتلفه بعدوانه، فلزمه أرشه، كما لو أتلفه بإصبعه. فأما المطاوعة على الزنى، إذا كانت كبيرة ففتقها، فلا ضمان عليه في فتقها.

وقال الشافعي: يضمن؛ لأن المأذون فيه الوطء دون الفتق، فأشبه ما لو قطع يدها. **ولنا**، أنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه، فلم يضمنه، كأرش بكارتها، ومهر مثلها، وكما لو أذنت في قطع يدها، فسرى القطع إلى نفسها. وفارق ما إذا أذنت في وطئها، فقطع يدها؛ لأن ذلك ليس من المأذون فيه، ولا من ضرورته.

[فصل وطئ امرأة بشبهة فأفضاها]

(٦٩٩١) فصل: وإن وطئ امرأة بشبهة فأفضاها، فعليه أرش إفضائها، مع مهر مثلها؛ لأن الفعل إنما أذن فيه اعتقادا أن المستوفي له هو المستحق، فإذا كان غيره، ثبت في حقه وجوب الضمان لما أتلف، كما لو أذن في أخذ الدين لمن يعتقد أنه مستحقه، فبان أنه غيره. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجب لها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو أرش إفضائها؛ لأن الأرش لإتلاف العضو، فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته، كما لو قلع عينا.

ولنا، أن هذه جناية تنقل عن الوطء، فلم يدخل بدله فيها، كما لو كسر صدرها. وما ذكروه غير صحيح؛ فإن المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع، والأرش يجب لإتلاف الحاجز، فلا تدخل المنفعة فيه.

[فصل استطلق بول المكرهة على الزنى والموطوءة بشبهة مع إفضائهما.]

(٦٩٩٢) فصل: وإن استطلق بول المكرهة على الزنى، والموطوءة بشبهة، مع إفضائهما، فعليه ديتهما والمهر. وقال أبو حنيفة في الموطوءة بشبهة: لا يجمع بينهما، ويجب أكثرهما. وقد سبق الكلام معه في ذلك.

[مسألة دية الضلع والترقوة]

(٦٩٩٣) مسألة: قال: (وفي الضلع بعير، وفي الترقوة بعيران) ظاهر هذا أن في كل ترقوة بعيرين، فيكون في

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٧٧

الترقوتين أربعة أبعرة. وهذا قول زيد بن ثابت. والترقوة: هو العظم المستدير حول العنق من النحر إلى الكتف. ولكل واحد ترقوتان، ففيهما أربعة أبعرة، في ظاهر قول الخرقي. وقال القاضي: المراد بقول الخرقي الترقوتان معا، وإنما اكتفى بلفظ الواحد." (١)

"لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق، فيكون في كل ترقوة بعير.

وهذا قول عمر بن الخطاب. وبه قال سعيد بن المسيب، ومجاهد، وعبد الملك بن مروان، وسعيد بن جبير، وقتادة، وإسحاق. وهو قول للشافعي، والمشهور من قوليه عند أصحابه، أن في كل واحد مما ذكرنا حكومة، وهو قول مسروق، وأبي حنيفة، ومالك، وابن المنذر؛ لأنه عظم باطن، لا يختص بجمال ومنفعة، فلم يجب فيه أرش مقدر، كسائر أعضاء البدن، ولأن التقدير إنما يكون بتوقيف أو قياس صحيح، وليس في هذا توقيف ولا قياس. وروي عن الشعبي، أن في الترقوة أربعين دينارا، وقال عمرو بن شعيب: في الترقوتين الدية، وفي إحداهما نصفها؛ لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة، وليس في البدن غيرهما من جنسهما، فكملت فيهما الدية، كاليدين.

ولنا، قول عمر – رضي الله عنه –، وزيد بن ثابت. وما ذكروه ينتقض بالهاشمة؛ فإنها كسر عظام باطنة، وفيها مقدر. ولا يصح قولهم: إنه لا تختص بجمال ومنفعة. فإن جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها، ولا مشارك لها فيه. وأما قول عمرو بن شعيب، فمخالف للإجماع، فإننا لا نعلم أحدا قبله ولا بعده وافقه فيه.

[مسألة دية الزند]

(٦٩٩٤) مسألة: قال: (وفي الزند أربعة أبعرة؛ لأنه عظمان) قال القاضي: يعني به الزندين فيهما أربعة أبعرة؛ لأن فيهما أربعة عظام، ففي كل عظم بعير. وهذا يروى عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: فيه حكومة؛ لما تقدم. **ولنا**، ما روى سعيد، حدثنا هشيم، حدثنا يحيى بن سعيد، عن عمرو بن شعيب، أن عمرو بن العاص كتب إلى عمر في أحد الزندين إذا كسر، فكتب إليه عمر: إن فيه بعيرين، وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل. ورواه أيضا من طريق آخر مثل ذلك. وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابة، فكان إجماعا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٧٨

[فصل دية العظام]

(٦٩٩٥) فصل: ولا مقدر في غير هذه العظام، في ظاهر كلام الخرقي. وهو قول أكثر أهل العلم. وقال القاضي: في عظم الساق بعيران، وفي الساقين أربعة أبعرة، وفي عظم الفخذ بعيران، وفي الفخذين أربعة، فهذه تسعة عظام فيها مقدر؛ الضلع، والترقوتان؛ والزندان، والساقان، والفخذان، وما عداها لا مقدر فيه. وقال ابن عقيل، وأبو الخطاب، وجماعة من أصحاب القاضي: في كل واحد من الذراع والعضد بعيران. وزاد أبو الخطاب عظم القدم؛ لما روى سليمان بن يسار، أن عمر - رضي الله عنه - قضى في الذراع والعضد والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منها فجبر، ولم يكن به دحور يعني عوجا بعير، وإن كان فيها دحور،." (١)

"[مسألة ما هي الحكومة في الجناية]

(٦٩٩٨) مسألة: قال: (والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به، ثم يقوم وهي به قد برأت، فما نقصته الجناية، فله مثله من الدية، كأن تكون قيمته وهو عبد صحيح عشرة، وقيمته وهو عبد به الجناية تسعة، فيكون فيه عشر ديته) هذا الذي ذكره الخرقي، - رحمه الله -، في تفسير الحكومة، قول أهل العلم كلهم، لا نعلم بينهم فيه خلافا. وبه قال الشافعي، والعنبري، وأصحاب الرأي، وغيرهم.

قال ابن المنذر: كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم: حكومة، أن يقال إذا أصيب الإنسان بجرح لا عقل له معلوم: كم قيمة هذا المجروح؟ لو كان عبدا لم يجرح هذا الجرح، فإذا قيل: مائة دينار. قيل: وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح، وانتهى برؤه؟ قيل: خمسة وتسعون. فالذي يجب على الجاني نصف عشر الدية. وإن قالوا: تسعون. فعشر الدية. وإن زاد أو نقص، فعلى هذا المثال. وإنما كان كذلك؛ لأن جملته مضمونة بالدية، فأجزاؤه مضمونة منها، كما أن المبيع لما كان مضمونا على البائع بالثمن، كان أرش عيبه مقدرا من الثمن، فيقال: كم قيمته لا عيب فيه؟ فقالوا: عشرة. فيقال: كم قيمته وفيه العيب؟ فإذا قيل: تسعة، علم أنه نقص عشر قيمته، فيجب أن نرد من الثمن عشره، أي قدر كان، ونقدره عبدا ليمكن تقويمه، ونجعل العبد أصلا للحر فيما لا موقت فيه، والحر أصلا للعبد فيما فيه توقيت.

[مسألة ما زاد في الحكومة أو نقص]

(٦٩٩٩) مسألة: قال (وعلى هذا ما زاد من الحكومة أو نقص، إلا أن تكون الجناية في رأس أو وجه،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٩/٨

فيكون أسهل مما وقت فيه، فلا يجاوز به أرش الموقت) يعني لو نقصته الجناية أكثر من عشر قيمته، لوجب أكثر من عشر ديته، ولو نقصته أقل من العشر، مثل أن نقصته نصف عشر قيمته؛ لوجب نصف عشر ديته، إلا إذا شجه دون الموضحة، فبلغ أرش الجراح بالحكومة أكثر من أرش الموضحة، لم يجب الزائد، فلو جرحه في وجهه سمحاقا، فنقصته عشر قيمته، فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الإبل، ودية الموضحة خمس، فهاهنا يعلم غلط المقوم؛ لأن الجراحة لو كانت موضحة، لم تزد على خمس، مع أنها سمحاق وزيادة عليها؛ فلأن لا يجب في بعضها زيادة على خمس أولى. وهذا قول أكثر أهل العلم. وبه يقول الشافعي، وأصحاب الرأي.

وحكي عن مالك، أنه يجب ما تخرجه الحكومة، كائنا ما كان؛ لأنها جراحة لا مقدر فيها، فوجب فيها ما نقص، كما لو كانت في سائر البدن. **ولنا**، أنها بعض الموضحة؛ لأنه لو أوضحه، لقطع ما قطعته هذه الجراحة، ولا يجوز أن يجب في بعض." [١]

"هذه الأعضاء فيها مقدر، فوجب ذلك فيها مع بقاء ملك السيد في العبد، كاليد الواحدة، وسائر الأعضاء، ولأن من ضمنت يده بمقدر، ضمنت يداه بمثليه، من غير أن يملكه كالحر. وقولهم: إنه اجتمع البدل والمبدل لواحد. ليس بصحيح؛ لأن القيمة هاهنا بدل العضو وحده، ولو كان بدلا عن الجملة، لكان بدل اليد الواحدة بدلا عن نصفه، وبدل تسع أصابع بدلا عن تسعة أعشاره، والأمر بخلافه.

والأمة مثل العبد في ذلك، إلا أنها تشبه بالحرة، وإذا بلغت ثلث قيمتها، احتمل أن جنايتها ترد إلى النصف، فيكون في ثلاث أصابع ثلاثة أعشار قيمتها، وفي أربعة أصابع خمسها، كما أن المرأة تساوي الرجل في الجراح إلى ثلث ديتها، فإذا بلغت الثلث، ردت إلى النصف، والأمة امرأة، فيكون أرشها من قيمتها كأرش الحرة ويحتمل أن لا يرد إلى النصف لأن ذلك في الحرة على خلاف الأصل؛ لكون الأصل زيادة الأرش بزيادة الجناية، وأنه كلما زاد نقصها وضررها، زاد في ضمانها، فإذا خولف هذا في الحرة، بقينا في الأمة على وفق الأصل. (٧٠٠٤) فصل: وإذا جني على العبد في رأس أو وجه دون الموضحة، فنقصته أكثر من أرشها، وجب ما نقصته. ويحتمل أن يرد إلى نصف عشر قيمته، كالحر إذا زاد أرش شجته التي دون الموضحة على نصف عشر ديته. والأول أولى؛ لأن هذه جراحة لا موقت فيها، فكان الواجب فيها ما نقص، كما لو كانت في غير رأسه، ولأن الأصل وجوب ما نقص، خولف في المقدر، ففي هذا يبقى على الأصل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٨٢

[مسألة كان المقتول خنثى مشكلا]

(٧٠٠٥) مسألة؛ قال: (وإن كان المقتول خنثى مشكلا، ففيه نصف دية ذكر، ونصف دية أنثى) وهذا قول أصحاب الرأي. وقال الشافعي: الواجب دية أنثى؛ لأنها اليقين، فلا يجب الزائدة بالشك. **ولنا**: أنه يحتمل الذكورية والأنوثية احتمالا واحدا، وقد يئسنا من انكشاف حاله، فيجب التوسط بينهما، والعمل بكلا الاحتمالين. (٧٠٠٦) فصل: فأما جراحه، فما لم يبلغ ثلث الدية، ففيه دية جرح الذكر؛ لاستواء الذكر والأنثى في ذلك، وإن زاد على الثلث، مثل أن قطع يده، ففيه ثلاثة أرباع دية يد الذكر، سبعة وثلاثون بعيرا ونصف، ويقاد به الذكر والأنثى؛ لأنهما لا يختلفان في القود، ويقاد هو بكل واحد منهما.

[مسألة كان المجني عليه نصفه حر ونصفه عبد]

(٧٠٠٧) مسألة: قال: (وإن كان المجني عليه نصفه حر، ونصفه عبد، فلا قود، وعلى الجاني إن كان عمدا نصف دية حر ونصف قيمته، وهكذا في جراحه، وإن كان خطأ، فعليه نصف قيمته، وعلى عاقلته نصف الدية)." [1]

"نقصوا على الخمسين، كررت الأيمان عليهم حتى تتم، فإذا حلفوا، وجبت الدية على باقي الخطة، فإن لم يكن، وجبت على سكان الموضع، فإن لم يحلفوا، حبسوا حتى يحلفوا أو يقروا؛ لما روي، أن رجلا وجد قتيلا بين حيين، فحلفهم عمر – رضي الله عنه – خمسين يمينا وقضى بالدية على أقربهما. يعني أقرب الحيين، فقالوا: والله ما وقت أيماننا أموالنا، ولا أموالنا أيماننا، فقال عمر: حقنتم بأموالكم دماءكم.

ولنا، حديث عبد الله بن سهل، وقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لو أعطي الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» . رواه مسلم. وقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» . ولأن الأصل في المدعى عليه براءة ذمته، ولم يظهر كذبه، فكان القول قوله، كسائر الدعاوى، ولأنه مدعى عليه، فلم تلزمه اليمين والغرم، كسائر الدعاوى، وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – أولى من قول عمر، وأحق بالاتباع، ثم قصة عمر يحتمل أنهم اعترفوا بالقتل خطأ، وأنكروا العمد، فأحلفوا على العمد، ثم إنهم لا يعملون بخبر النبي – صلى الله عليه وسلم – المخالف للأصول، وقد صاروا هاهنا إلى ظاهر قول عمر المخالف للأصول، وهو إيجاب الأيمان على غير

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٦/٨

المدعى عليه، وإلزامهم الغرم مع عدم الدعوى عليهم، والجمع بين تحليفهم وتغريمهم وحبسهم على الأيمان. قال ابن المنذر: سن النبي - صلى الله عليه وسلم - البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، وسن القسامة في القتيل الذي وجد بخيبر، وقول أصحاب الرأي خارج عن هذه السنن.

[فصل لا تسمع الدعوى على غير المعين]

(٧٠١١) فصل: ولا تسمع الدعوى على غير المعين، فلو كانت الدعوى على أهل مدينة أو محلة، أو واحد غير معين، أو جماعة منهم بغير أعيانهم، لم تسمع الدعوى. وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب الرأي: تسمع، ويستحلف خمسون منهم؛ لأن الأنصار ادعوا القتل على يهود خيبر، ولم يعينوا القاتل، فسمع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - دعواهم. **ولنا**، أنها دعوى في حق، فلم تسمع على غير معين، كسائر الدعاوى.

فأما الخبر، فإن دعوى الأنصار التي سمعها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم تكن الدعوى التي بين الخصمين المختلف فيها، فإن تلك من شرطها حضور المدعى عليه عندهم، أو تعذر حضوره عندنا، وقد بين النبي - صلى الله عليه وسلم - أن الدعوى." (١)

"لا تصح إلا على واحد، بقوله: «تقسمون على رجل منهم، فيدفع إليكم برمته» . وفي هذا بيان أن الدعوى لا تصح على غير معين

[فصل ادعى القتل من غير وجود قتل ولا عداوة]

(٧٠١٢) فصل: فأما إن ادعى القتل من غير وجود قتل ولا عداوة، فحكمها حكم سائر الدعاوى، في اشتراط تعيين المدعى عليه، وأن القول قوله. لا نعلم فيه خلافا.

[الفصل الثاني ادعى القتل ولم تكن عداوة ولا لوث]

(٧٠١٣) الفصل الثاني: إنه إذا ادعى القتل، ولم تكن عداوة، ولا لوث، ففيه عن أحمد روايتان؛ إحداهما، لا يحلف المدعى عليه، ولا يحكم عليه بشيء، ويخلى سبيله. هذا الذي ذكره الخرقي هاهنا، وسواء كانت الدعوى خطأ أو عمدا؛ لأنها دعوى فيما لا يجوز بذله، فلم يستحلف فيها، كالحدود، ولأنه لا يقضى في

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٨٩

هذه الدعوى بالنكول، فلم يستحلف فيها، كالحدود، والثانية، يستحلف. وهو الصحيح، وهو قول الشافعي؛ لعموم قوله – عليه السلام –: «اليمين على المدعى عليه» .

وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» . ظاهر في إيجاب اليمين هاهنا لوجهين؛ أحدهما، عموم اللفظ فيه، والثاني: أن النبي – صلى الله عليه وسلم – ذكره في صدر الخبر بقوله: «لادعى قوم دماء رجال وأموالهم» . ثم عقبه بقوله: «ولكن اليمين على المدعى عليه» . فيعود إلى المدعى عليه المذكور في الحديث، ولا يجوز إخراجه منه إلا بدليل أقوى منه، ولأنها دعوى في حق آدمي، فيستحلف فيها، كدعوى المال، ولأنها دعوى لو أقر بها لم يقبل رجوعه عنها، فتجب اليمين فيها، كالأصل المذكور.

إذا ثبت هذا، فالمشروع يمين واحدة. وعن أحمد، أنه يشرع خمسون يمينا؛ لأنها دعوى في القتل، فكان المشروع فيها خمسين يمينا، كما لو كان بينهم لوث. وللشافعي قولان في هذا، كالروايتين. **ولنا**، أن قوله – عليه السلام –: «ولكن اليمين على المدعى عليه» . ظاهر في أنها يمين واحدة من وجهين؛." [1]

"وبين المقتول ضغن يغلب على الظن أنه قتله. نقل مهنا عن أحمد، فيمن وجد قتيلا في المسجد الحرام، ينظر من بينه وبينه في حياته شيء. يعني ضغنا يؤخذون به.

ولم يذكر القاضي في اللوث غير العداوة، إلا أنه قال في الفريقين يقتتلان؛ فينكشفون عن قتيل، فاللوث على الطائفة واللوث على طائفة القتيل التي القتيل من غيرها، سواء كان القتلى بالتحام، أو مراماة بالسهام، وإن لم تبلغ السهام فاللوث. إذا ثبت هذا، فإنه لا يشترط مع العداوة أن لا يكون في الموضع الذي به القتيل غير العدو. نص عليه أحمد، في رواية مهنا التي ذكرناها. وكلام الخرقي يدل عليه أيضا. واشترط القاضي أن يوجد القتيل في موضع عدو لا يختلط بهم غيرهم. وهذا مذهب الشافعي؛ لأن الأنصاري قتل في خيبر ولم يكن فيها إلا اليهود، وجميعهم أعداء. ولأنه متى اختلط بهم غيرهم، احتمل أن يكون القاتل ذلك الغير.

ثم ناقض القاضي قوله، فقال في قوم ازدحموا في مضيق، فافترقوا عن قتيل: إن كان في القوم من بينه وبينهم عداوة، وأمكن أن يكون هو قتله؛ لكونه بقربه، فهو لوث. فجعل العداوة لوثا مع وجود غير العدو. **ولنا**، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يسأل الأنصار: هل كان بخيبر غير اليهود أم لا؟ مع أن الظاهر وجود غيرهم فيها؛ لأنها كانت أملاكا للمسلمين، يقصدونها لأخذ غلات أملاكهم منها، وعمارتها، والاطلاع

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٩٠

عليها، والامتيار منها، ويبعد أن تكون مدينة على جادة تخلو من غير أهلها. وقول الأنصار: ليس لنا بخيبر عدو إلا يهود. يدل على أنه قد كان بها غيرهم ممن ليس بعدو؛ ولأن اشتراكهم في العداوة، لا يمنع من وجود اللوث في حق واحد، وتخصيصه بالدعوى مع مشاركة غيره في احتمال قتله؛ فلأن لا يمنع ذلك وجود من يبعد منه القتل أولى.

وما ذكروه من الاحتمال، لا ينفي اللوث، فإن اللوث لا يشترط فيه يقين القتل من المدعى عليه، ولا ينافيه الاحتمال، ولو تيقن القتل من المدعى عليه، لما احتيج إلى الأيمان، ولو اشترط نفي الاحتمال؛ لما صحت الدعوى على واحد من جماعة؛ لأنه يحتمل أن القاتل غيره، ولا على الجماعة كلهم؛ لأنه يحتمل أن لا يشترك الجميع في قتله. والرواية الثانية، عن أحمد، أن اللوث ما يغلب على الظن صدق المدعي، وذلك في دار أو غيرها، من وجوه؛ أحدها، العداوة المذكورة.." (١)

"فكتبوا يحلفون بالله ما قتلوه، ولا يعلمون له قاتلا، فوداه رسول الله – صلى الله عليه وسلم – من عنده» .

. **ولنا** حديث سهل، وهو صحيح متفق عليه، ورواه مالك، في " موطئه "، وعمل به. وما عارضه من الحديث لا يصح لوجوه؛ أحدها، أنه نفي، فلا يرد به قول المثبت. والثاني: أن سهلا من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – شاهد القصة، وعرفها، حتى إنه قال: ركضتني ناقة من تلك الإبل والآخر يقول برأيه وظنه، من غير أن يرويه عن أحد، ولا حضر القصة. والثالث: أن حديثنا مخرج في الصحيحين، متفق عليه، وحديثهم بخلافه. الرابع، أنهم لا يعملون بحديثهم، ولا حديثنا، فكيف يحتجون بما هو حجة عليهم فيما خالفوه فيه، وحديث سليمان بن يسار، عن رجال من الأنصار، ولم يذكر لهم صحبة، فهو أدنى لهم من حديث محمد بن إبراهيم، وقد خالف الحديثين جميعا، فكيف يجوز أن يعتمد عليه، وحديث: «اليمين على المدعى عليه» . لم ترد به هذه القصة؛ لأنه يدل على أن الناس لا يعطون بدعواهم، وها هنا قد أعطوا بدعواهم، على أن حديثنا أخص منه، فيجب تقديمه، ثم هو حجة عليهم؛ لكون المدعين أعطوا بمجرد دعواهم من غير بينة ولا يمين منهم، وقد رواه ابن عبد البر، بإسناده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر، إلا في القسامة» وهذه الزيادة يتعين العمل بها، لأن الزيادة من الثقة مقبولة؛ ولأنها أيمان مكررة. فيبدأ فيها بأيمان المدعين، كاللعان. إذا ثبت هذا، فإن أيمان القسامة خمسون مرددة، على ما جاءت به الأحاديث

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٩٢/٨

الصحيحة، وأجمع عليه أهل العلم، لا نعلم أحدا خالف فيه.

[الفصل الرابع الأولياء إذا حلفوا استحقوا القود إذا كانت الدعوى عمدا]

(٧٠٢٣) الفصل الرابع: أن الأولياء إذا حلفوا استحقوا القود، إذا كانت الدعوى عمدا، إلا أن يمنع منه مانع، روي ذلك عن ابن الزبير، وعن عمر بن عبد العزيز. وبه قال مالك، وأبو ثور، وابن المنذر. وعن معاوية، وابن عباس، والحسن، وإسحاق: لا تجب بها الدية؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – لليهود: «إما أن تدوا صاحبكم، وإما أن تؤذنوا بحرب من الله» . ولأن أيمان المدعين إنما هي بغلبة الظن، وحكم الظاهر، فلا يجوز إشاطة الدم بها؛ لقيام الشبهة المتمكنة منها، ولأنها حجة لا يثبت بها النكاح، ولا يجب بها القصاص، كالشاهد واليمين. وللشافعي قولان، كالمذهبين.." (١)

"[فصل امتنع المدعى عليهم من اليمين]

(٧٠٢٦) فصل: وإن امتنع المدعى عليهم من اليمين، لم يحبسوا حتى يحلفوا. وعن أحمد رواية أخرى، أنهم يحبسون حتى يحلفوا، وهو قول أبي حنيفة. **ولنا**، أنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه، فلم يحبس عليها، كسائر الأيمان. إذا ثبت هذا، فإنه لا يجب القصاص بالنكول؛ لأنه حجة ضعيفة، فلا يشاط بها الدم، كالشاهد واليمين. قال القاضي: ويديه الإمام من بيت المال. نص عليه أحمد.

وروى عنه حرب بن إسماعيل، أن الدية تجب عليهم. وهذا هو الصحيح، وهو اختيار أبي بكر؛ لأنه حكم ثبت بالنكول، فيثبت في حقهم هاهنا، كسائر الدعاوى، ولأن وجوبها في بيت المال، يفضي إلى إهدار الدم، وإسقاط حق المدعين، مع إمكان جبره، فلم يجز، كسائر الدعاوى، ولأنها يمين توجهت في دعوى أمكن إيجاب المال بها، فلم تخل من وجوب شيء على المدعى عليه، كما في سائر الدعاوى، وها هنا لو لم يجب على المدعى عليه مال بنكوله، ولم يجبر على اليمين؛ لخلا من وجوب شيء عليه بالكلية.

وقال أصحاب الشافعي: إذا نكل المدعى عليهم ردت الأيمان على المدعين، إن قلنا: موجبها المال. فإن حلفوا، استحقوا، وإن نكلوا، فلا شيء لهم. وإن قلنا: موجبها القصاص. فهل ترد على المدعين؟ فيه قولان. وهذا القول لا يصلح؛ لأن اليمين إنما شرعت في حق المدعى عليه إذا نكل عنها المدعي، فلا ترد عليه، كما لا ترد على المدعى عليه إذا نكل المدعي عنها بعد ردها عليه في سائر الدعاوى، ولأنها يمين مردودة على أحد المتداعيين، فلا ترد على من ردها، كدعوى المال.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤٩٩

[مسألة شهدت البينة العادلة أن المجروح قال دمي عند فلان]

مسألة: قال: وإذا شهدت البينة العادلة أن المجروح قال: دمي عند فلان. فليس ذلك بموجب للقسامة، ما لم يكن لوث هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم الثوري، والأوزاعي، وأصحاب الرأي. وقال مالك، والليث: هو لوث؛ لأن قتيل بني إسرائيل قال: قتلني فلان. فكان حجة. وروي هذا القول عن عبد الملك بن مروان. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء رجال وأموالهم» ولأنه يدعي حقا لنفسه، فلم يقبل قوله، كما لو لم يمت؛ ولأنه خصم، فلم تكن دعواه لوثا، كالولي.

فأما قتيل." (١)

"بني إسرائيل، فلا حجة فيه، فإنه لا قسامة فيه، ولأن ذلك كان من آيات الله ومعجزات نبيه موسى - عليه السلام -، حيث أحياه الله تعالى بعد موته، وأنطقه بقدرته بما اختلفوا فيه. ولم يكن الله تعالى لينطقه بالكذب، بخلاف الحي، ولا سبيل إلى مثل هذا اليوم، ثم ذاك في تنزيه المتهمين، فلا يجوز تعديتها إلى تهمة البريئين.

[مسألة النساء والصبيان لا يقسمون]

(٧٠٢٨) مسألة: قال: والنساء والصبيان لا يقسمون يعني إذا كان المستحق نساء وصبيانا لم يقسموا؛ أما الصبيان فلا خلاف بين أهل العلم أنهم لا يقسمون، سواء كانوا من الأولياء، أو مدعى عليهم؛ لأن الأيمان حجة للحالف، والصبي لا يثبت بقوله حجة، ولو أقر على نفسه، لم يقبل، فلأن لا يقبل قوله في حق غيره أولى. وأما النساء فإذا كن من أهل القتيل، لم يستحلفن. وبهذا قال ربيعة، والثوري، والليث، والأوزاعي، وقال مالك: لهن مدخل في قسامة الخطإ دون العمد. قال ابن القاسم: ولا يقسم في العمد إلا اثنان فصاعدا، كما أنه لا يقتل إلا بشاهدين.

وقال الشافعي: يقسم كل وارث بالغ؛ لأنها يمين في دعوى، فتشرع في حق النساء، كسائر الأيمان. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يقسم خمسون رجلا منكم، وتستحقون دم صاحبكم» . ولأنها حجة يثبت بها قتل العمد، فلا تسمع من النساء، كالشهادة، ولأن الجناية المدعاة التي تجب القسامة عليها هي القتل، ولا مدخل للنساء في إثباته، وإنما يثبت المال ضمنا، فجرى ذلك مجرى رجل ادعى

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٠١

زوجية امرأة بعد موتها ليرثها، فإن ذلك لا يثبت بشاهد ويمين، ولا بشهادة رجل وامرأتين، وإن كان مقصودها المال. فأما إن كانت المرأة مدعى عليها القتل، فإن قلنا إنه يقسم من العصبة رجال. لم تقسم المرأة أيضا؛ لأن ذلك مختص بالرجال.

وإن قلنا: يقسم المدعى عليه. فينبغي أن تستحلف؛ لأنها لا تثبت بقولها حقا ولا قتلا، وإنما هي لتبرئتها منه، فتشرع في حقها اليمين، كما لو لم يكن لوث. فعلى هذا، إذا كان في الأولياء نساء ورجال، أقسم الرجال، وسقط حكم النساء، وإن كان فيهم صبيان ورجال بالغون، أو كان فيهم حاضرون وغائبون، فقد ذكرنا من قبل أن القسامة لا تثبت حتى يحضر الغائب، فكذا لا تثبت حتى يبلغ الصبي؛ لأن الحق لا يثبت إلا ببينته الكاملة، والبينة أيمان الأولياء كلهم، والأيمان لا تدخلها النيابة؛ ولأن الحق إن كان قصاصا، فلا يمكن تبعيضه، فلا فائدة في قسامة الحاضر البالغ، وإن كان غيره، فلا تثبت إلا بواسطة ثبوت القتل، وهو لا يتبعض أيضا.

وقال القاضي: إن كان القتل عمدا، لم يقسم الكبير حتى يبلغ الصغير، ولا الحاضر حتى يقدم الغائب؛ لأن حلف الكبير." (١)

"وهذا قول لمالك، فعلى هذا، يحلف الوارث منهم الذين يستحقون دمه، فإن لم يبلغوا خمسين، تمموا من سائر العصبة، يؤخذ الأقرب منهم فالأقرب من قبيلته التي ينتسب إليها، ويعرف كيفية نسبه من المقتول، فأما من عرف أنه من القبيلة، ولم يعرف وجه النسب، لم يقسم؛ مثل أن يكون الرجل قرشيا والمقتول قرشي، ولا يعرف كيفية نسبه منه، فلا يقسم؛ لأننا نعلم أن الناس كلهم من آدم ونوح، وكلهم يرجعون إلى أب واحد، ولو قتل من لا يعرف نسبه، لم يقسم عنه سائر الناس، فإن لم يوجد من نسبه خمسون، رددت الأيمان عليهم، وقسمت بينهم، فإن انكسرت عليهم، جبر كسرها عليهم حتى تبلغ خمسين؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - للأنصار: «يحلف خمسون رجلا منكم، وتستحقون دم صاحبكم» . وقد علم النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه لم يكن لعبد الله بن سهل خمسون رجلا وارثا، فإنه لا يرثه إلا أخوه، أو من هو في درجته، أو أقرب منه نسبا، ولأنه خاطب بهذا بني عمه، وهم غير وارثين.

والرواية الثانية، لا يقسم إلا الوارث، وتعرض الأيمان على ورثة المقتول دون غيرهم، على حسب مواريثهم. هذا ظاهر قول الخرقي، واختيار ابن حامد، وقول الشافعي؛ لأنها يمين في دعوى حق، فلا تشرع في حق

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٠٢

غير المتداعيين، كسائر الأيمان. فعلى هذه الرواية، تقسم بين الورثة من الرجال من ذوي الفروض والعصبات على قدر إرثهم، فإن انقسمت من غير كسر، مثل أن يخلف المقتول اثنين، أو أخا وزوجا، حلف كل واحد منهم خمسة وعشرين يمينا، وإن كانوا ثلاثة بنين، وجدا أو أخوين، جبر الكسر عليهم، فحلف كل واحد منهم سبع عشرة يمينا؛ لأن تكميل الخمسين واجب، ولا يمكن تبعيض اليمين، ولا حمل بعضهم لها عن بعض، فوجب تكميل اليمين المنكسرة في حق كل واحد منهم. وإن خلف أخا من أب وأخا من أم، فعلى الأخ من الأم سدس الأيمان، ثم يجبر الكسر، فيكون عليه تسع أيمان، وعلى الأخ من ا لأب اثنتان وأربعون. وهذا أحد قولي الشافعي.

وقال في الآخر: يحلف كل واحد من المدعين خمسين يمينا، سواء تساووا في الميراث أو اختلفوا فيه؛ لأن ما حلفه الواحد إذا انفرد، حلفه كل واحد من الجماعة، كاليمين الواحدة في سائر الدعاوى، وعن مالك، أنه قال: ينظر إلى من عليه أكثر اليمين. فيجبر عليه، ويسقط عن الآخر. **ولنا**، على أن الخمسين تقسم بينهم، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – للأنصار: «تحلفون خمسين يمينا، وتستحقون دم صاحبكم» .

وأكثر ما روي عنه في الأيمان خمسون، ولو حلف كل واحد خمسين، لكانت مائة ومائتين، وهذا خلاف النص؛ ولأنها حجة للمدعين، فلم تزد على ما يشرع في حق الواحد، كالبينة." (١)

"ويفارق الموت؛ لأن الموت يتعذر معه إتمام الأيمان منه، وغيره لا يبني على يمينه، وها هنا يمكنه أن يتمها إذا أفاق، ولا تبطل بالتفريق؛ بدليل أن الحاكم إذا حلفه بعض الأيمان، ثم تشاغل عنه، لم تبطل، ويتمها، وما لا يبطله التفريق، لا يبطله تخلل الجنون له كالسعي بين الصفا والمروة، وإن حلف بعض الأيمان، ثم عزل الحاكم، وولي غيره، أتمها عند الثاني: ولم يلزمه استئنافها؛ لأن الأيمان وقعت موقعها. وكذلك لو حلف بعضها، ثم سأل الحاكم إنظاره، فأنظره، بنى على ما مضى، ولم يلزمه الاستئناف؛ لما ذكرنا.

[فصل ردت الأيمان على المدعى عليهم، وكان عمدا]

(٧٠٣٤) فصل: إذا ردت الأيمان على المدعى عليهم، وكان عمدا، لم تجز على أكثر من واحد، فيحلف خمسين يمينا، وإن كانت عن غير عمد، كالخطإ وشبه العمد، فظاهر كلام الخرقي، أنه لا قسامة في هذا؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٠٤

لأن القسامة من شرطها اللوث، والعداوة، إنما أثرها في تعمد القتل، لا في خطئه، فإن احتمال الخطإ في العمد وغيره سواء. وقال غيره من أصحابنا: فيه قسامة. وهو قول الشافعي؛ لأن اللوث لا يختص العداوة عندهم. فعلى هذا تجوز الدعوى على جماعة، فإذا ادعي على جماعة، لزم كل واحد منهم خمسون يمينا. وقال بعض أصحابنا: تقسم الأيمان بينهم بالحصص، كقسمها بين المدعين، إلا أنها هاهنا تقسم بالسوية؛ لأن المدعى عليهم متساوون فيها، فهم كبني الميت. وللشافعي قولان، كالوجهين. والحجة لهذا القول، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «تبرئكم يهود بخمسين يمينا» . وفي لفظ قال: «فيحلفون لكم خمسين يمينا، ويبرءون من دمه» . ولأنهم أحد المتداعيين في القسامة، فتسقط الأيمان على عددهم، كالمدعين. وقال مالك: يحلف من المدعى عليهم خمسون رجلا خمسين يمينا، فإن لم يبلغوا خمسين رجلا، رددت على من حلف منهم حتى تكمل خمسين يمينا، فإن لم يوجد أحد يحلف إلا الذي ادعي عليه، حلف وحده خمسين يمينا؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «فتبرئكم يهود بخمسين يمينا» . **ولنا**، أن هذه أيمان يبرئ بها كل واحد نفسه من القتل، فكان على كل واحد خمسون، كما لو ادعي على كل واحد وحده قتيل؛ ولأنه لا يبرئ المدعى عليه حال الاشتراك إلا ما يبرئه حال الانفراد، ولأن كل واحد منهم يحلف على غير ما حلف عليه صاحبه، بخلاف المدعين، فإن أيمانهم على شيء واحد، فلا يلزم من تلفيقها تلفيق ما يختلف مدلوله أو مقصوده.

[مسألة كان المقتول مسلما أو كافرا حرا أو عبدا]

(٧٠٣٥) مسألة: قال: وسواء كان المقتول مسلما أو كافرا، حرا أو عبدا، إذا كان المقتول يقتل به المدعى عليه، إذا ثبت عليه القتل؛ لأن القسامة توجب القود، إلا أن يحب الأولياء أخذ الدية." (١)

"[فصل لا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجوارح]

(٧٠٣٩) فصل: ولا قسامة فيما دون النفس من الأطراف والجوارح. ولا أعلم بين أهل العلم في هذا خلافا، وممن قال: لا قسامة في ذلك. مالك، وأبو حنيفة، والشافعي؛ وذلك لأن القسامة تثبت في النفس لحرمتها، فاختصت بها دون الأطراف، كالكفارة؛ ولأنها تثبت حيث كان المجني عليه لا يمكنه التعبير عن نفسه، وتعيين قاتله، ومن قطع طرفه، يمكنه ذلك، وحكم الدعوى فيه حكم الدعوى في سائر الحقوق، والبينة على المدعي، واليمين على من أنكر يمينا واحدة؛ ولأنها دعوى لا قسامة فيها، فلا تغلظ بالعدد، كالدعوى في

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٠٦

المال.

[مسألة ليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد]

(٧٠٤٠) مسألة: قال: وليس للأولياء أن يقسموا على أكثر من واحد لا يختلف المذهب أنه لا يستحق بالقسامة أكثر من قتل واحد. وبهذا قال الزهري، ومالك، وبعض أصحاب الشافعي. وقال بعضهم: يستحق بها قتل الجماعة؛ لأنها بينة موجبة للقود، فاستوى فيها الواحد والجماعة، كالبينة. وهذا نحو قول أبي ثور. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «يقسم خمسون منكم على رجل منهم، فيدفع إليكم برمته» . فخص بها الواحد؛ ولأنها بينة ضعيفة، خولف بها الأصل في قتل الواحد، فيقتصر عليه، ويبقى على الأصل فيما عداه.

وبيان مخالفة الأصل بها، أنها تثبت باللوث، واللوث شبهة مغلبة على الظن صدق المدعي، والقود يسقط بالشبهات، فكيف يثبت بها، ولأن الأيمان في سائر الدعاوى تثبت ابتداء في جانب المدعى عليه، وهذا بخلافه. وبيان ضعفها، أنها تثبت بقول المدعي ويمينه، مع التهمة في حقه، والشك في صدقه، وقيام العداوة المانعة من صحة الشهادة عليه في إثبات حق لغيره، فلأن يمنع من قبول قوله وحده في إثبات حقه لنفسه أولى وأحرى. وفارق البينة، فإنها قويت بالعدد، وعدالة الشهود، وانتفاء التهمة في حقهم من الجهتين، في كونهم لا يثبتون لأنفسهم حقا ولا نفعا، ولا يدفعون عنها ضرا، ولا عداوة بينهم وبين المشهود عليه، ولهذا يثبت بها سائر الحقوق والحدود التي تنتفي بالشبهات.

إذا ثبت هذا، فلا قسامة فيما لا قود فيه، في قول الخرقي، فيطرد قوله في أن القسامة لا تشرع إلا في حق واحد. وعند غيره أن القسامة تجري فيما لا قود فيه، فيجوز أن يقسموا في هذا على جماعة. وهذا قول مالك، والشافعي. فعلى هذا، إن ادعى على اثنين، على أحدهما لوث، حلف على من عليه اللوث خمسين يمينا،." (١)

"السكين، وشهادة الزور. وبهذا قال مالك. والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تجب بالتسبب؛ لأنه ليس بقتل، ولأنه ضمن بدله بغير مباشرة للقتل، فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة. **ولنا**، أنه كالمباشرة في الضمان، فكان كالمباشرة في الكفارة، ولأنه سبب لإتلاف الآدمي، يتعلق به ضمانه، فتعلقت به الكفارة، كما لو كان راكبا فأوطأ دابته إنسانا. وقياسهم ينتقض بالأب إذا أكره إنسانا على قتل ابنه؛ فإن الكفارة تجب عليه من

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٠٩/٨

غير مباشرة، وفارق العاقلة؛ فإنها تتحمل عن غيرها. ولم يصدر منها قتل، ولا تسبب إليه. وقولهم: ليس بقتل. ممنوع.

قال القاضي: ويلزم الشهود الكفارة، سواء قالوا: أخطأنا، أو تعمدنا. وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال، ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد؛ لأنه إن قصد به القتل، فهو جار مجرى الخطإ، في أنه لا يجب به القصاص.

[فصل تجب الكفارة بقتل العبد]

(٧٠٤٦) فصل: وتجب الكفارة بقتل العبد. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: لا تجب به، لأنه مضمون بالقيمة، أشبه البهيمة. **ولنا**، عموم قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . ولأنه يجب القصاص بقتله، فتجب الكفارة به، كالحر، ولأنه مؤمن، فأشبه الحر، ويفارق البهائم بذلك.

[فصل كفارة قتل الكافر]

(٧٠٤٧) فصل: وتجب بقتل الكافر المضمون، سواء كان ذميا أو مستأمنا. وبهذا قال أكثر أهل العلم. وقال الحسن، ومالك: لا كفارة فيه؛ لقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . فمفهومه أن لا كفارة في غير المؤمن. **ولنا**، قوله تعالى: ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . والذمي له ميثاق، وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب، ولأنه آدمي مقتول ظلما، فوجبت الكفارة بقتله، كالمسلم.

[فصل قتل الصبي أو المجنون]

(٧٠٤٨) فصل: وإذا قتل الصبي والمجنون، وجبت الكفارة في أموالهما، وكذلك الكافر. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا كفارة على واحد منهم؛ لأنها عبادة محضة، تجب بالشرع، فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر، كالصلاة والصيام.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥١٣/٨

"**ولنا**، عموم قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . ولأنه آدمي مؤمن مقتول خطأ، فوجبت الكفارة على قاتله، كما لو قتله غيره. والأول أقرب إلى الصواب، إن شاء الله، فإن «عامر بن الأكوع، قتل نفسه خطأ، ولم يأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - فيه بكفارة» . وقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ﴾ [النساء: ٩٢] إنما أريد بها إذا قتل غيره، بدليل قوله: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] . وقاتل نفسه لا تجب فيه دية؛ بدليل قتل عامر بن الأكوع. والله أعلم.

[فصل شارك في قتل يوجب الكفارة]

(٧٠٥٢) فصل: ومن شارك في قتل يوجب الكفارة، لزمته كفارة، ويلزم كل واحد من شركائه كفارة. هذا قول أكثر أهل العلم، منهم الحسن، وعكرمة، والنخعي، والحارث العكلي، والثوري، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وحكى أبو الخطاب، عن أحمد، رواية أخرى، أن على الجميع كفارة واحدة. وهو قول أبي ثور.

وحكي عن الأوزاعي، وحكاه أبو علي الطبري عن الشافعي، وأنكره سائر أصحابه. واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . و ﴿من﴾ [النساء: ٩٢] يتناول الواحد والجماعة، ولم يوجب إلا كفارة واحدة، ودية، والدية لا تتعدد، فكذلك الكفارة؛ ولأنها كفارة قتل، فلم تتعدد بتعدد القاتلين مع اتحاد المقتول، ككفارة الصيد الحرمي. **ولنا**، أنها لا تتبعض، وهي من موجب قتل الآدمي، فكملت في حق كل واحد من المشتركين، كالقصاص. وتخالف كفارة الصيد؛ فإنها تجب بدلا، ولهذا تجب في أبعاضه، وكذلك الدية.

[فصل ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا]

(٧٠٥٣) فصل: إذا ضرب بطن امرأة، فألقت جنينا ميتا، فعليه الكفارة. وبه قال الحسن، وعطاء، والزهري، والنخعي، والحكم، وحماد، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وقال أبو حنيفة: لا تجب. وقد مضت هذه المسألة في دية الجنين.

[فصل لا كفارة في قتل العمد]

(٧٠٥٤) فصل: والمشهور في المذهب: أنه لا كفارة في قتل العمد. وبه قال الثوري، ومالك، وأبو ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. وعن أحمد، رواية أخرى، تجب فيه الكفارة. وحكي ذلك عن الزهري. وهو

قول الشافعي؛ لما روى واثلة بن الأسقع، قال: «أتينا النبي – صلى الله عليه وسلم – بصاحب لنا، قد." (١)

"لأن الفعل واحد، والخلاف في نيته وقصده، وقد يخفى ذلك على أحدهما دون الآخر.

وإن شهد أحدهما أنه قتله، وشهد الآخر أنه أقر بقتله، ثبت القتل. نص عليه أحمد، واختاره أبو بكر. واختار القاضي أنه لا يثبت. وهو مذهب الشافعي؛ لأن أحدهما شهد بغير ما شهد به الآخر، فلم تتفق شهادتهما على فعل واحد. **ولنا**، أن الذي أقر به هو القتل الذي شهد به الشاهد، فلا تنافي بينهما، فيثبت بشهادتهما، كما لو شهد أحدهما بالقتل عمدا، والآخر بالقتل خطأ، أو كما لو شهد أحدهما أن له عليه ألفا، وشهد الآخر أنه أقر بألف له.

[فصل قتل رجل عمدا قتلا يوجب القصاص سواء كان الشاهد عدلا أو فاسقا]

(٧٠٦٢) فصل: إذا قتل رجل عمدا قتلا يوجب القصاص فشهد أحد الورثة على واحد منهم أنه عفا عن القود سقط القصاص، سواء كان الشاهد عدلا، أو فاسقا؛ لأن شهادته تضمنت سقوط حقه من القصاص، وقوله مقبول في ذلك؛ فإن أحد الوليين إذا عفا عن حقه، سقط القصاص كله. ويشبه هذا ما لو كان عبد بين شريكين، فشهد أحدهما أن شريكه أعتق نصيبه، وهو موسر، عتق نصيبه وإن أنكره الآخر. فإن كان الشاهد بالعفو شهد بالعفو عن القصاص والمال، لم يسقط المال؛ لأن الشاهد اعترف أن نصيبه سقط بغير اختياره، فأما نصيب المشهود عليه، فإن كان الشاهد ممن لا تقبل شهادته، فالقول قول المشهود عليه مع يمينه، فإذا حلف ثبتت حصته من الدية، وإن كان الشاهد مقبول القول، حلف الجاني معه، وسقط عنه الحق المشهود عليه، ويحلف الجاني أنه عفا عن الدية، ولا يحتاج إلى ذكر العفو عن القصاص؛ لأنه قد أسقط بشهادة الشاهد، فلا يحتاج إلى ذكره في اليمين؛ ولأنه إنما يحلف على ما يدعى عليه، ولا يدعى عليه غير الدية.

[فصل جرح رجل فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين]

فصل: وإذا جرح رجل، فشهد له رجلان من ورثته غير الوالدين والمولودين، نظرت؛ فإن كانت الجراح مندملة، فشهادتهما مقبولة؛ لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعا، وإن كانت غير مندملة، لم يحكم

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥١٥

بشهادتهما؛ لجواز أن تصير نفسا، فتجب الدية لهما بشهادتهما، فإن شهدا في تلك الحال، وردت شهادتهما، ثم اندملت، فأعادا شهادتهما، فهل تقبل؟ على وجهين؛ أحدهما، لا تقبل؛ لأن الشهادة ردت للتهمة، فلا تقبل؛ وإن زالت التهمة، كالفاسق إذا أعاد شهادته المردودة بعد عدالته. والثاني: تقبل؛ لأن سبب التهمة قد تحقق زواله. وللشافعي وجهان، كهذين.

وإن شهد وارثا المريض بمال، ففي قبول شهادتهما له وجهان؛." (١)

"منهم.

وإن خاف الإمام على الفئة العادلة الضعف عنهم، أخر قتالهم إلى أن تمكنه القوة عليهم؛ لأنه لا يؤمن الاصطلام والاستئصال، فيؤخرهم حتى تقوى شوكة أهل العدل، ثم يقاتلهم. وإن سألوه أن ينظرهم أبدا، ويدعهم وما هم عليه، ويكفوا عن المسلمين، نظرت، فإن لم يعلم قوته عليهم، وخاف قهرهم له إن قاتلهم، تركهم. وإن قوي عليهم، لم يجز إقرارهم على ذلك؛ لأنه لا يجوز أن يترك بعض المسلمين طاعة الإمام، ولا تؤمن قوة شوكتهم، بحيث يفضي إلى قهر الإمام العادل ومن معه. ثم إن أمكن دفعهم بدون القتل، لم يجز قتلهم؛ لأن المقصود دفعهم لأهلهم؛ ولأن المقصود إذا حصل بدون القتل، لم يجز القتل من غير حاجة.

وإن حضر معهم من لا يقاتل، لم يجز قتله.

وقال أصحاب الشافعي: فيه وجه آخر، يجوز؛ لأن عليا - رضي الله عنه - نهى أصحابه عن قتل محمد بن طلحة السجاد، وقال: إياكم وصاحب البرنس. فقتله رجل، وأنشأ يقول:

وأشعث قوام بآيات ربه ... قليل الأذى فيما ترى العين مسلم

هتكت له بالرمح جيب قميصه ... فخر صريعا لليدين وللفم

على غير شيء غير أن ليس تابعا ... عليا ومن لم يتبع الحق يظلم

يناشدني ﴿حم﴾ [الشورى: ١] ، والرمح شاجر ... فهلا تلا ﴿حم﴾ [الشورى: ١] قبل التقدم

وكان السجاد حامل راية أبيه، ولم يكن يقاتل، فلم ينكر علي قتله، ولأنه صار ردءا لهم. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها﴾ [النساء: ٩٣] .

والأخبار الواردة في تحريم قتل المسلم، والإجماع على تحريمه، وإنما خص من ذلك ما حصل ضرورة دفع الباغي والصائل، ففيما عداه يبقى على العموم والإجماع فيه؛ ولهذا حرم قتل مدبرهم وأسيرهم، والإجهاز على جريحهم، مع أنهم إنما تركوا القتال عجزا عنه، ومتى ما قدروا عليه، عادوا إليه، فمن لا يقاتل تورعا عنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٢٠

مع قدرته عليه ولا يخاف منه القتال بعد ذلك أولى، ولأنه مسلم، لم يحتج إلى دفعه، ولا صدر منه أحد الثلاثة، فلم يحل دمه؛ لقوله – عليه السلام –: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث» .

فأما حديث علي، في نهيه عن قتل السجاد، فهو حجة عليه، فإن نهي علي أولى من فعل من خالفه، ولا يمتثل قول الله تعالى، ولا قول رسوله، ولا قول إمامه. وقولهم: لم ينكر قتله؛ قلنا: لم ينقل إلينا أن عليا علم حقيقة الحال في قتله، ولا حضر قتله فينكره، وقد جاء أن عليا – رضي الله عنه – حين طاف في القتلى رآه، فقال: السجاد ورب الكعبة، هذا الذي قتله." (١)

"بره بأبيه. وهذا يدل على أنه لم يشعر بقتله. ورأى كعب بن سور، فقال: يزعمون إنما خرج إلينا الرعاع، وهذا الحبر بين أظهرهم، ويجوز أن يكون تركه الإنكار عليهم اجتزاء بالنهي المتقدم؛ ولأن القصد من قتالهم كفهم، وهذا كاف لنفسه، فلم يجز قتله كالمنهزم. (٧٠٦٦) فصل: وإذا قاتل معهم عبيد ونساء وصبيان، فهم كالرجل البالغ الحر، يقاتلون مقبلين، ويتركون مدبرين؛ لأن قتالهم للدفع، ولو أراد أحد هؤلاء قتل إنسان، جاز دفعه وقتاله، وإن أتى على نفسه؛ ولذلك قلنا في أهل الحرب إذا كان معهم النساء والصبيان، يقاتلون: قوتلوا، وقتلوا.

[فصل لا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه]

(٧٠٦٧) فصل: ولا يقاتل البغاة بما يعم إتلافه، كالنار، والمنجنيق، والتغريق، من غير ضرورة؛ لأنه لا يجوز قتل من لا يقاتل، وما يعم إتلافه يقع على من يقاتل ومن لا يقاتل. فإن دعت إلى ذلك ضرورة، مثل أن يحتاط بهم البغاة، ولا يمكنهم التخلص إلا برميهم بما يعم إتلافه، جاز ذلك. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا تحصن الخوارج، فاحتاج الإمام إلى رميهم بالمنجنيق، فعل ذلك بهم ما كان لهم عسكر، وما لم ينهزموا، وإن رماهم البغاة بالمنجنيق والنار، جاز رميهم بمثله.

[فصل إذا اقتتلت طائقتان من أهل البغي]

(٧٠٦٨) فصل: قال أبو بكر: وإذا اقتتلت طائفتان من أهل البغي، فقدر الإمام على قهرهما، لم يعن واحدة منهما؛ لأنهما جميعا على الخطإ، وإن عجز عن ذلك، وخاف اجتماعهما على حربه، ضم إليه أقربهما إلى الحق، فإن استويا، اجتهد برأيه في ضم إحداهما، ولا يقصد بذلك معونة إحداهما، بل الاستعانة على

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٨/٨

الأخرى، فإذا هزمها، لم يقاتل من معه حتى يدعوهم إلى الطاعة؛ لأنهم قد حصلوا في أمانه. وهذا مذهب الشافعي. ولا يستعين على قتالهم بالكفار بحال، ولا بمن يرى قتلهم مدبرين. وبهذا قال الشافعي.

وقال أصحاب الرأي: لا بأس أن يستعين عليهم بأهل الذمة والمستأمنين وصنف آخر منهم، إذا كان أهل العدل هم الظاهرين على من يستعينون به. **ولنا**، أن القصد كفهم، وردهم إلى الطاعة، دون قتلهم، وإن دعت الحاجة إلى الاستعانة بهم، فإن كان يقدر على كفهم، استعان بهم، وإن لم يقدر، لم يجز.." (١)

"وجملته أن أهل البغي إذا تركوا القتال؛ إما بالرجوع إلى الطاعة، وإما بإلقاء السلاح، وإما بالهزيمة إلى فئة أو إلى غير فئة، وإما بالعجز؛ لجراح أو مرض أو أسر، فإنه يحرم قتلهم، واتباع مدبرهم. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة، إذا هزموا ولا فئة لهم كق**ولنا**، وإن كانت لهم فئة يلجئون إليها، جاز قتل مدبرهم وأسيرهم، والإجازة على جريحهم، وإن لم يكن لهم فئة، لم يقتلوا، لكن يضربون ضربا وجيعا، ويحبسون حتى يقلعوا عما هم عليه، ويحدثوا توبة. ذكروا هذا في الخوارج. ويروى عن ابن عباس نحو هذا. واختاره بعض أصحاب الشافعي؛ لأنه متى لم يقتلهم، اجتمعوا ثم عادوا إلى المحاربة. **ولنا**، ما روي عن علي – رضي الله عنه – أنه قال يوم الجمل: لا يذفف على جريح، ولا يهتك ستر، ولا يفتح باب، ومن أغلق بابا أو بابه فهو آمن، ولا يتبع مدبر. وقد روي نحو ذلك عن عمار.

وعن علي، – رضي الله عنه – أنه ودى قوما من بيت مال المسلمين، قتلوا مدبرين. وعن أبي أمامة، أنه قال: شهدت صفين، فكانوا لا يجيزون على جريح، ولا يقتلون موليا، ولا يسلبون قتيلا. وقد ذكر القاضي، في " شرحه "، عن عبد الله بن مسعود، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: يا ابن أم عبد، ما حكم من بغى على أمتي؟ فقلت: الله ورسوله أعلم. فقال: لا يتبع مدبرهم، ولا يجاز على جريحهم، ولا يقتل أسيرهم، ولا يقسم فيؤهم» . ولأن المقصود دفعهم وكفهم، وقد حصل، فلم يجز قتلهم، كالصائل. ولا يقتلون لما يخاف في الثاني: كما لو لم تكن لهم فئة.

إذا ثبت هذا، فإن قتل إنسان من منع من قتله، ضمنه؛ لأنه قتل معصوما، لم يؤمر بقتله. وفي القصاص وجهان؛ أحدهما، يجب، لأنه مكافئ معصوم. والثاني: لا يجب؛ لأن في قتلهم اختلافا بين الأئمة، فكان ذلك شبهة دارئة للقصاص؛ لأنه مما يندرئ بالشبهات. وأما أسيرهم، فإن دخل في الطاعة، خلي سبيله،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٩/٨

وإن أبى ذلك، وكان رجلا جلدا من أهل القتال، حبس ما دامت الحرب قائمة، فإذا انقضت الحرب، خلي سبيله، وشرط عليه أن لا يعود إلى القتال، وإن لم يكن الأسير من أهل القتال، كالنساء والصبيان والشيوخ الفانين، خلي سبيلهم، ولم يحبسوا، في أحد الوجهين. وفي الآخر، يحبسون؛ لأن فيه كسرا لقلوب البغاة. وإن أسر كل واحد من الفريقين أسارى من الفريق الآخر، جاز فداء أسارى أهل العدل بأسارى أهل البغي. وإن قتل أهل البغي أسارى أهل العدل، لم." (١)

"[مسألة قال ومن قتل منهم غسل وكفن وصلي عليه]

(٧٠٧٤) مسألة: قال: (ومن قتل منهم، غسل وكفن، وصلي عليه) يعني من أهل البغي. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أصحاب الرأي: إن لم يكن لهم فئة، صلي عليهم، وإن كانت لهم فئة، لم يصل عليهم؛ لأنه يجوز قتلهم في هذه الحال، فلم يصل عليهم، كالكفار. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صلوا على من قال: لا إله إلا الله» . رواه الخلال، في " جامعه ". ولأنهم مسلمون لم يثبت لهم حكم الشهادة، فيغسلون، ويصلى عليهم، كما لو لم يكن لهم فئة. وما ذكروه ينتقض بالزاني المحصن، والمقتص منه، والقاتل في المحاربة

(٧٠٧٥) فصل: لم يفرق أصحابنا بين الخوارج وغيرهم في هذا. وهو مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي. وظاهر كلام أحمد، - رحمه الله -، أنه لا يصلى على الخوارج فإنه قال: أهل البدع، إن مرضوا فلا تعودوهم، وإن ماتوا فلا تصلوا عليهم. وقال أحمد: الجهمية والرافضة لا يصلى عليهم، قد ترك النبي - صلى الله عليه وسلم - الصلاة بأقل من هذا. وذكر أن «النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى أن تقاتل خيبر من ناحية من نواحيها، فقاتل رجل من تلك الناحية، فقتل، فلم يصل عليه النبي - صلى الله عليه وسلم -. فقيل: إنه كان في قرية أهلها نصارى، ليس فيها من يصلي عليه. قال: أنا لا أشهده، يشهده من شاء» . وقال مالك: لا يصلى على الإباضية، ولا القدرية، وسائر أصحاب الأهواء، ولا تتبع جنائزهم، ولا تعاد مرضاهم. والإباضية صنف من الخوارج، نسبوا إلى عبد الله بن إباض، صاحب مقالتهم. والأزارقة أصحاب نافع بن الأزرق. والنجدات أصحاب نجدة الحروري. والبيهسية أصحاب بيهس. والصفرية قيل: إنهم نسبوا إلى صفرة ألوانهم، وأصنافهم كثيرة. والحرورية نسبوا إلى أرض يقال لها: حروراء خرجوا بها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٣٣

وقال أبو بكر بن عياش: لا أصلي على الرافضي؛ لأنه زعم أن عمر كافر، ولا على الحروري؛ لأنه يزعم أن عليا كافر. وقال الفريابي: من شتم أبا بكر فهو كافر، لا يصلى عليه.." [١]

"ووجه ترك الصلاة عليهم، أنهم يكفرون أهل الإسلام، ولا يرون الصلاة عليهم، فلا يصلى عليهم، كالكفار من أهل الذمة وغيرهم، ولأنهم مرقوا من الدين، فأشبهوا المرتدين.

[فصل البغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع ليسوا بفاسقين]

(٧٠٧٦) فصل: والبغاة إذا لم يكونوا من أهل البدع، ليسوا بفاسقين، وإنما هم يخطئون في تأويلهم، والإمام وأهل العدل مصيبون في قتالهم، فهم جميعا كالمجتهدين من الفقهاء في الأحكام، من شهد منهم قبلت شهادته إذا كان عدلا. وهذا قول الشافعي. ولا أعلم في قبول شهادتهم خلافا. فأما الخوارج، وأهل البدع، إذا خرجوا على الإمام، فلا تقبل شهادتهم، لأنهم فساق. وقال أبو حنيفة: يفسقون بالبغي، وخروجهم على الإمام، ولكن تقبل شهادتهم؛ لأن فسقهم من جهة الدين، فلا ترد به الشهادة، وقد قبل شهادة الكفار بعضهم على بعض. ويذكر ذلك في كتاب الشهادة، إن شاء الله تعالى.

[فصل لا يكره للعادل قتل ذي رحمه الباغي]

(٧٠٧٧) فصل: ذكر القاضي أنه لا يكره للعادل قتل ذي رحمه الباغي؛ لأنه قتل بحق، فأشبه إقامة الحد عليه. وكرهت طائفة من أهل العلم القصد إلى ذلك. وهو أصح، إن شاء الله تعالى؛ لقول الله تعالى: ﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾ [لقمان: ١٥] . وقال الشافعي: «كف النبي - صلى الله عليه وسلم - أبا حذيفة وعتبة عن قتل أبيه» . وقال بعضهم: لا يحل ذلك؛ لأن الله تعالى أمر بمصاحبته بالمعروف، وليس هذا من المعروف.

فإن قتله، فهل يرثه؟ على روايتين؛ إحداهما، يرثه. هذا قول أبي بكر، ومذهب أبي حنيفة؛ لأنه قتل بحق، فلم يمنع الميراث، كالقصاص والقتل في الحج. والثانية: لا يرثه. وهو قول ابن حامد، ومذهب الشافعي؛ لعموم قوله - عليه السلام -: «ليس لقاتل شيء» . فأما الباغي إذا قتل العادل، فلا يرثه. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: يرثه؛ لأنه قتله بتأويل، أشبه قتل العادل الباغي. **ولنا** أنه قتله بغير حق، فلم يرثه، كالقاتل خطأ، وفارق ما إذا قتله العادل، لأنه قتله بحق. وقال قوم: إذا تعمد العادل قتل قريبه، فقتله ابتداء؛

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٣٥

لم يرثه، وإن قصد ضربه، ليصير غير ممتنع، فجرحه، ومات من هذا الضرب، ورثه؛ لأنه قتله بحق. وهذا قول ابن المنذر. وقال: هو أقرب الأقاويل.." (١)

"[مسألة قال وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة]

(٧٠٧٨) مسألة: قال: (وما أخذوا في حال امتناعهم؛ من زكاة، أو خراج، لم يعد عليهم) وجملته أن أهل البغي إذا غلبوا على بلد، فجبوا الخراج والزكاة والجزية، وأقاموا الحدود، وقع ذلك موقعه، فإذا ظهر أهل العدل بعد على البلد، وظفروا بأهل البغي، لم يطالبوا بشيء مما جبوه، ولم يرجع به على من أخذ منه. روي نحو هذا عن ابن عمر، وسلمة بن الأكوع. وهو قول الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وسواء كان من الخوارج أو من غيرهم.

وقال أبو عبيد: على من أخذوا منه الزكاة الإعادة، لأنه أخذها ممن لا ولاية له صحيحة، فأشبه ما لو أخذها آحاد الرعية. **ولنا**، أن عليا، - رضي الله عنه - لما ظهر على أهل البصرة، لم يطالبهم بشيء مما جبوه. وكان ابن عمر إذا أتاه ساعي نجدة الحروري، دفع إليه زكاته. وكذلك سلمة بن الأكوع. ولأن في ترك الاحتساب بها ضررا عظيما، ومشقة كثيرة، فإنهم قد يغلبون على البلاد السنين الكثيرة، فلو لم يحتسب بما أخذوه، أدى إلى ثنا الصدقات في تلك المدة كلها. فإذا ثبت هذا، فإذا ذكر أرباب الصدقات أنهم قد أخذوا صدقاتهم، قبل قولهم بغير يمين. قال أحمد: لا يستحلف الناس على صدقاتهم. وإن ادعى أهل الذمة دفع جزيتهم، لم تقبل بغير بينة؛ لأنهم غير مأمونين، ولأن ما يجب عليهم عوض، وليس بمواساة، فلم يقبل قولهم، كأجرة الدار.

ويحتمل أن يقبل قولهم إذا مضى الحول؛ لأن الظاهر أن البغاة لا يدعون الجزية لهم، فكان القول قولهم؛ لأن الظاهر معهم، ولأنه إذا مضى لذلك سنون كثيرة، شق عليهم إقامة البينة على كل عام، فيؤدي ذلك إلى تغريمهم الجزية مرتين. وإن ادعى من عليه الخراج دفعه إليهم، ففيه وجهان؛ أحدهما، يقبل؛ لأنه حق على مسلم، فقبل قوله فيه كالزكاة. والثاني: لا يقبل؛ لأنه عوض، فأشبه الجزية. وإن كان من عليه الخراج ذميا، فهو كالجزية؛ لأنه عوض على غير مسلم، فهو كالجزية؛ ولأنه أحد الخراجين، فأشبه الجزية.

[مسألة قال: لا ينقض من حكم حاكمهم إلا ما ينقض من حكم غيره]

(٧٠٧٩) مسألة: قال: (ولا ينقض من حكم حاكمهم، إلا ما ينقض من حكم غيره) يعني إذا نصب أهل

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٣٦

البغي قاضيا يصلح للقضاء، فحكمه حكم أهل العدل، ينفذ من أحكامه ما ينفذ من أحكام أهل العدل، ويرد منه ما يرد. فإن كان ممن يستحل دماء أهل العدل وأموالهم، لم يجز قضاؤه؛ لأنه." (١)

"ليس بعدل. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز قضاؤه بحال؛ لأن أهل البغي يفسقون ببغيهم، والفسق ينافي القضاء. **ولنا** أنه اختلاف في الفروع بتأويل سائغ، فلم يمنع صحة القضاء، ولم يفسق كاختلاف الفقهاء. فإذا ثبت هذا، فإنه إذا حكم بما لا يخالف إجماعا، نفذ حكمه، وإن خالف ذلك، نقض حكمه لأن قاضي أهل العدل إذا حكم نقض حكمه؛ فقاضي أهل البغي أولى.

وإن حكم بسقوط الضمان عن أهل البغي فيما أتلفوه حال الحرب، جاز حكمه؛ لأنه موضع اجتهاد. وإن كان حكمه فيما أتلفوه قبل قيام الحرب، لم ينفذ؛ لأنه مخالف للإجماع. وإن حكم على أهل العدل بوجوب الضمان فيما أتلفوه حال الحرب، لم ينفذ حكمه؛ لمخالفته الإجماع. وإن حكم بوجوب ضمان ما أتلفوه في غير حال الحرب، نفذ حكمه. وإن كتب قاضيهم إلى قاضي أهل العدل، جاز قبول كتابه؛ لأنه قاض ثابت القضايا، نافذ الأحكام. والأولى أن لا يقبله، كسرا لقلوبهم.

وقال أصحاب الرأي: لا يقبله؛ لأن قضاءه لا يجوز. وقد سبق الكلام في هذا. فأما الخوارج إذا ولوا قاضيا، لم يجز قضاؤه؛ لأن أقل أحوالهم الفسق، والفسق ينافي القضاء. ويحتمل أن يصح قضاؤه، وتنفذ أحكامه؛ لأن هذا مما يتطاول، وفي القضاء بفساد قضاياه وعقوده - الأنكحة وغيرها - ضرر كثير، فجاز دفعا للضرر، كما لو أقام الحدود، وأخذ الجزية والخراج والزكاة.

[فصل إن ارتكب أهل البغي في حال امتناعهم ما يوجب الحد]

فصل: وإن ارتكب أهل البغي في حال امتناعهم ما يوجب الحد، ثم قدر عليهم، أقيمت فيهم حدود الله تعالى، ولا تسقط باختلاف الدار. وبهذا قال مالك، والشافعي، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة: إذا امتنعوا بدار، لم يجب الحد على أحد منهم، ولا على من عندهم من تاجر أو أسير؛ لأنهم خارجون عن دار الإمام، فأشبهوا من في دار الحرب. **ولنا**، عموم الآيات والأخبار؛ ولأن كل موضع تجب فيه العبادات في أوقاتها، تجب الحدود فيه عند وجود أسبابها، كدار أهل العدل؛ ولأنه زان أو سارق، لا شبهة في زناه وسرقته، فوجب عليه الحد، كالذي في دار العدل. وهكذا نقول فيمن أتى حدا في دار الحرب، فإنه يجب عليه، لكن لا يقام إلا في دار الإسلام، على ما ذكرناه في موضعه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣٧/٨

[فصل إذا استعان أهل البغي بالكفار]

(٧٠٨١) فصل: وإذا استعان أهل البغي بالكفار، فلا يخلو من ثلاثة أصناف؛ أحدهم: أهل الحرب، فإذا استعانوا بهم، أو آمنوهم، أو عقدوا لهم ذمة، لم يصح واحد منها؛ لأن الأمان من شرط صحته إلزام كفهم عن المسلمين، وهؤلاء يشترطون عليهم قتال المسلمين، فلا يصح. ولأهل." (١)

"العدل قتالهم، كمن لم يؤمنوه سواء. وحكم أسيرهم حكم أسير سائر أهل الحرب قبل الاستعانة بهم، فأما أهل البغي، فلا يجوز لهم قتلهم؛ لأنهم آمنوهم، فلا يجوز لهم الغدر بهم.

الصنف الثاني: المستأمنون، فمتى استعانوا بهم فأعانوهم، نقضوا عهدهم، وصاروا كأهل الحرب؛ لأنهم تركوا الشرط، وهو كفهم عن المسلمين، فإن فعلوا ذلك مكرهين، لم ينتقض عهدهم؛ لأن لهم عذرا، وإن ادعوا الإكراه، لم يقبل قولهم إلا ببينة؛ لأن الأصل عدمه. الصنف الثالث: أهل الذمة، فإذا أعانوهم، وقاتلوا معهم، ففيهم وجهان، ذكرهما أبو بكر؛ أحدهما، ينتقض عهدهم؛ لأنهم قاتلوا أهل الحق، فينتقض عهدهم، كما لو انفردوا بقتالهم. والثاني: لا ينتقض؛ لأن أهل الذمة لا يعرفون المحق من المبطل، فيكون ذلك شبهة لهم. وللشافعي قولان، كالوجهين. فإن قلنا: ينتقض عهدهم. صاروا كأهل الحرب فيما ذكرنا. وإن قلنا: لا ينتقض عهدهم. فحكمهم حكم أهل البغي، في قتل مقبلهم، والكف عن أسيرهم، ومدبرهم وجريحهم، إلا أنهم يضمنون ما أتلفوا على أهل العدل حال القتال وغيره، بخلاف أهل البغي، فإنهم لا يضمنون ما أتلفوا حال الحرب؛ لأنهم أتلفوه بتأويل سائغ، وهؤلاء لا تأويل لهم، ولأنه سقط الضمان عن المسلمين كي لا يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة، وأهل الذمة لا حاجة بنا إلى ذلك فيهم.

وإن أكرههم البغاة على معونتهم، لم ينتقض عهدهم، وإن ادعوا ذلك، قبل قولهم؛ لأنهم تحت أيديهم وقدرتهم. وإن قالوا ظننا أن من استعان بنا من المسلمين لزمتنا معونته. لم ينتقض عهدهم. وإن فعل ذلك المستأمنون، انتقض عهدهم. والفرق بينهما أن أهل الذمة أقوى حكما؛ لأن عهدهم مؤبد، ولا يجوز نقضه لخوف الخيانة منهم، ويلزم الإمام الدفع عنهم، والمستأمنون بخلاف ذلك.

[فصل إذا ارتد قوم فأتلفوا مالا للمسلمين]

فصل: وإذا ارتد قوم فأتلفوا مالا للمسلمين، لزمهم ضمان ما أتلفوه، سواء تحيزوا، أو صاروا في منعة، أو لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٣٨

يصيروا. ذكره أبو بكر. قال القاضي: وهو ظاهر كلام أحمد. وقال الشافعي: حكمهم حكم أهل البغي، فيما أتلفوه من الأنفس والأموال؛ لأن تضمينهم، يؤدي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الإسلام، فأشبهوا أهل البغي. **ولنا**، ما روي عن أبي بكر - رضي الله عنه - أنه قال لأهل الردة، حين رجعوا: تردون علينا ما أخذتم منا، ولا نرد عليكم ما أخذنا منكم، وأن تدوا قتلانا، ولا ندي قتلاكم. قالوا: نعم يا خليفة رسول الله. فقال عمر: كل ما قلت كما قلت، إلا أن يدوا ما قتل منا، فلا؛ لأنهم قوم قتلوا في سبيل الله واستشهدوا. ولأنهم أتلفوه بغير تأويل، فأشبهوا أهل الذمة.

فأما القتلى، فحكمهم فيهم حكم أهل البغي؛ لما ذكرنا من خبر أبي بكر وعمر، ولأن طليحة الأسدي قتل عكاشة بن محصن الأسدي، وثابت بن أثرم، فلم يغرمهما." (١)

"[كتاب المرتد] [مسألة ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء وكان بالغا عاقلا] [الفصل الأول لا فرق بين الرجال والنساء في وجوب القتل]

المرتد: هو الراجع عن دين الإسلام إلى الكفر، قال الله تعالى: ﴿ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون﴾ [البقرة: ٢١٧] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من بدل دينه فاقتلوه» .

وأجمع أهل العلم على وجوب قتل المرتد. وروي ذلك عن أبي بكر، وعمر وعثمان، وعلي، ومعاذ، وأبي موسى، وابن عباس، وخالد، وغيرهم، ولم ينكر ذلك، فكان إجماعا. (٧٠٨٣) مسألة: قال: ومن ارتد عن الإسلام من الرجال والنساء، وكان بالغا عاقلا، دعي إليه ثلاثة أيام، وضيق عليه، فإن رجع، وإلا قتل.

في هذه المسألة فصول خمسة: (٧٠٨٤) الفصل الأول: أنه لا فرق بين الرجال والنساء في وجوب القتل. روي ذلك عن أبي بكر، وعلي - رضي الله عنهما -. وبه قال الحسن، والزهري، والنخعي، ومكحول، وحماد، ومالك، والليث، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق.

وروي عن علي، والحسن، وقتادة، أنها تسترق لا تقتل؛ ولأن أبا بكر استرق نساء بني حنيفة، وذراريهم، وأعطى عليا منهم امرأة، فولدت له محمد بن الحنفية، وكان هذا بمحضر من الصحابة، فلم ينكر، فكان إجماعا. وقال أبو حنيفة: تجبر على الإسلام بالحبس والضرب، ولا تقتل؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا تقتلوا امرأة» . ولأنها لا تقتل بالكفر الأصلي، فلا تقتل بالطارئ، كالصبي. **ولنا**، قوله - عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٥٣٩

السلام -: «من بدل دينه فاقتلوه» . رواه البخاري وأبو داود.

وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -." [١]

"وهو قول عبيد بن عمير، وطاوس. ويروى ذلك عن الحسن؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من بدل دينه فاقتلوه» . ولم يذكر استتابته.

وروي أن معاذا قدم على أبي موسى، فوجد عنده رجلا موثقا، فقال: ما هذا؟ قال: رجل كان يهوديا فأسلم، ثم راجع دينه دين السوء فتهود. قال: لا أجلس حتى يقتل، قضاء الله ورسوله. قال: اجلس. قال: لا أجلس حتى يقتل، قضاء الله ورسوله. ثلاث مرات، فأمر به فقتل. متفق عليه. ولم يذكر استتابته؛ ولأنه يقتل لكفره، فلم تجب استتابته كالأصلي؛ ولأنه لو قتل قبل الاستتابة، لم يضمن، ولو حرم قتله قبله ضمن. وقال عطاء: إن كان مسلما أصليا، لم يستتب، وإن كان أسلم ثم ارتد، استتيب. ولنا حديث أم مروان، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر أن تستتاب.

وروى مالك، في " الموطأ " عن عبد الرحمن بن محمد بن عبد الله بن عبد القاري، عن أبيه أنه قدم على عمر رجل من قبل أبي موسى، فقال له عمر: هل كان من مغربة خبر؟ قال: نعم رجل كفر بعد إسلامه، فقال: ما فعلتم به؟ قال: قربناه، فضربنا عنقه. فقال عمر: فهلا حبستموه ثلاثا، فأطعمتموه كل يوم رغيفا، واستتبتموه، لعله يتوب، أو يراجع أمر الله؟ اللهم إني لم أحضر، ولم آمر، ولم أرض إذ بلغني. ولو لم تجب استتابته لما برئ من فعلهم. ولأنه أمكن استصلاحه، فلم يجز إتلافه قبل استصلاحه، كالثوب النجس. وأما الأمر بقتله، فالمراد به بعد الاستتابة، بدليل ما ذكرنا.

وأما حديث معاذ فإنه قد جاء فيه: وكان قد استتيب. ويروى أن أبا موسى استتابه شهرين قبل قدوم معاذ عليه، وفي رواية: فدعاه عشرين ليلة، أو قريبا من ذلك، فجاء معاذ، فدعاه وأبى، فضرب عنقه. رواه أبو داود. ولا يلزم من تحريم القتل وجوب الضمان، بدليل نساء أهل الحرب وصبيانهم وشيوخهم. إذا ثبت وجوب الاستتابة، فمدتها ثلاثة أيام. روي ذلك عن عمر - رضي الله عنه -. وبه قال مالك، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وهو أحد قولي الشافعي. وقال في الآخر: إن تاب في الحال، وإلا قتل." [٢]

"مكانه، وهذا أصح قوليه. وهو قول ابن المنذر؛ لحديث أم مروان، ومعاذ، ولأنه مصر على كفره، أشبه بعد الثلاث.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣

(٢) المغني لابن قدامة ٩/٥

وقال الزهري: يدعى ثلاث مرات، فإن أبى، ضربت عنقه. وهذا يشبه قول الشافعي. وقال النخعي: يستتاب أبدا. وهذا يفضي إلى أن لا يقتل أبدا، وهو مخالف للسنة والإجماع. وعن علي، أنه استتاب رجلا شهرا. **ولنا** حديث عمر، ولأن الردة إنما تكون لشبهة، ولا تزول في الحال، فوجب أن ينتظر مدة يرتئي فيها، وأولى ذلك ثلاثة أيام، للأثر فيها، وإنها مدة قريبة. وينبغي أن يضيق عليه في مدة الاستتابة، ويحبس؛ لقول عمر: هلا حبستموه، وأطعمتموه كل يوم رغيفا؟ ويكرر دعايته، لعله يتعطف قلبه، فيراجع دينه.

[الفصل الرابع المرتد إن لم يتب قتل]

(٧٠٨٧) الفصل الرابع: أنه إن لم يتب قتل؛ لما قدمنا ذكره. وهو قول عامة الفقهاء، ويقتل بالسيف؛ لأنه آلة القتل، ولا يحرق بالنار. وقد روي عن أبي بكر الصديق – رضي الله عنه –؛ أنه أمر بتحريق المرتدين، وفعل ذلك بهم خالد. والأول أولى؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من بدل دينه فاقتلوه، ولا تعذبوا بعذاب الله» . يعني النار. أخرجه البخاري، وأبو داود. وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة.»

[الفصل الخامس المرتد إذا تاب قبلت توبته ولم يقتل]

(٧٠٨٨) الفصل الخامس: أن مفهوم كلام الخرقي، أنه إذا تاب قبلت توبته، ولم يقتل، أي كفر كان، وسواء كان زنديقا يستسر بالكفر، أو لم يكن. وهذا مذهب الشافعي، والعنبري. ويروى ذلك عن علي، وابن مسعود، وهو إحدى الروايتين عن أحمد، واختيار أبي بكر الخلال، وقال: إنه أولى على مذهب أبي عبد الله. والرواية الأخرى، لا تقبل توبة الزنديق، ومن تكررت ردته. وهو قول مالك، والليث، وإسحاق. وعن أبي حنيفة روايتان، كهاتين، واختار أبو بكر أنه لا تقبل توبة الزنديق؛ لقول الله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا وأصلحوا وبينوا﴾ [البقرة: ١٦٠] .

والزنديق لا تظهر منه علامة تبين رجوعه وتوبته؛ لأنه كان." (١)

"تعالى: ﴿ويحلفون بالله إنهم لمنكم وما هم منكم ولكنهم قوم يفرقون﴾ [التوبة: ٥٦] وغيرها من الآيات. وحديث ابن مسعود حجة في قبول توبتهم، مع استسرارهم بكفرهم.

وأما قتله ابن النواحة، فيحتمل أنه قتله لظهور كذبه في توبته؛ لأنه أظهرها، وتبين أنه ما زال عما كان عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦

من كفره. ويحتمل أنه قتله لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - له حين جاء رسولا لمسيلمة: «لولا أن الرسل لا تقتل، لقتلتك» فقتله تحقيقا لقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقد روي أنه قتله لذلك. وفي الجملة، فالخلاف بين الأئمة في قبول توبتهم في الظاهر من أحكام الدنيا. من ترك قتلهم، وثبوت أحكام الإسلام في حقهم؛ وأما قبول الله تعالى لها في الباطن، وغفرانه لمن تاب وأقلع ظاهرا أم باطنا، فلا خلاف فيه، فإن الله تعالى قال في المنافقين: ﴿إلا الذين تابوا وأصلحوا واعتصموا بالله وأخلصوا دينهم لله فأولئك مع المؤمنين وسوف يؤت الله المؤمنين أجرا عظيما﴾ [النساء: ١٤٦]

[فصل قتل المرتد إلي الإمام حرا كان أو عبدا]

(٧٠٨٩) فصل: وقتل المرتد إلى الإمام، حرا كان أو عبدا. وهذا قول عامة أهل العلم، إلا الشافعي، في أحد الوجهين في العبد، فإن لسيده قتله؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» . ولأن حفصة قتلت جارية سحرتها. ولأنه حق الله تعالى، فملك السيد إقامته على عبده، كجلد الزاني. ولنا أنه قتل لحق الله تعالى، فكان إلى الإمام، كرجم الزاني، وكقتل الحر. وأما قوله: وأقيموا الحدود. فلا يتناول القتل للردة، فإنه قتل لكفره، لا حدا في حقه.

وأما خبر حفصة،." (١)

"فإن عثمان تغيظ عليها، وشق ذلك عليه. وأما الجلد في الزنى، فإنه تأديب، وللسيد تأديب عبده، بخلاف القتل. فإن قتله غير الإمام، أساء، ولا ضمان عليه؛ لأنه محل غير معصوم، وسواء قتله قبل الاستتابة أو بعدها؛ لذلك. وعلى من فعل ذلك التعزير؛ لإساءته وافتياته.

[مسألة مال المرتد فيئا بعد قضاء دينه]

(٧٠٩٠) مسألة: قال: وكان ماله فيئا بعد قضاء دينه وجملته، أن المرتد إذا قتل، أو مات على ردته، فإنه يبدأ بقضاء دينه، وأرش جنايته، ونفقة زوجته وقريبه؛ لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها، وأولى ما يوجد من ماله، وما بقي من ماله فهو فيء يجعل في بيت المال. وعن أحمد، رواية أخرى، تدل على أنه لورثته من المسلمين، وعنه أنه لقرابته من أهل الدين الذي انتقل إليه. وقد مضت هذه المسألة مستوفاة في الفرائض بما أغنى عن ذكرها هاهنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٨

[فصل لا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد ردته]

(٧٠٩١) فصل: ولا يحكم بزوال ملك المرتد بمجرد ردته في قول أكثر أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم. فعلى هذا، إن قتل أو مات، زال ملكه بموته، وإن راجع الإسلام، فملكه باق له. وقال أبو بكر: يزول ملكه بردته، وإن راجع الإسلام عاد إليه تمليكا مستأنفا؛ لأن عصمة نفسه وماله إنما تثبت بإسلامه، فزوال إسلامه يزيل عصمتهما، كما لو لحق بدار الحرب، ولأن المسلمين ملكوا إراقة دمه بردته، فوجب أن يملكوا ماله بها.

وقال أصحاب أبي حنيفة: ماله موقوف؛ إن أسلم تبينا بقاء ملكه، وإن مات أو قتل على ردته تبينا زواله من حين ردته. قال الشريف أبو جعفر: هذا ظاهر كلام أحمد. وعن الشافعي ثلاثة أقوال، كهذه الثلاثة. **ولنا**، أنه سبب يبيح دمه، فلم يزل ملكه، كزنى المحصن، والقتل لمن يكافئه عمدا، وزوال العصمة لا يلزم منه زوال الملك، بدليل الزاني المحصن، والقاتل في المحاربة، وأهل الحرب، فإن ملكهم، ثابت مع عصمتهم، ولو لحق المرتد بدار الحرب، لم يزل ملكه، لكن يباح قتله - لكل أحد من غير استتابة -، وأخذ ماله - لمن قدر عليه -، لأنه صار حربيا، حكمه حكم أهل الحرب، وكذلك لو ارتد جماعة وامتنعوا في دارهم عن طاعة إمام المسلمين، زالت عصمتهم في أنفسهم وأموالهم؛ لأن الكفار الأصليين لا عصمة لهم في دارهم، فالمرتد أولى.." (١)

"[فصل يؤخذ مال المرتد فيجعل عند ثقة من المسلمين]

(٧٠٩٢) فصل: ويؤخذ مال المرتد، فيجعل عند ثقة من المسلمين، وإن كان له إماء جعلن عند امرأة ثقة؛ لأنهن محرمات عليه، فلا يمكن منهن. وذكر القاضي أنه يؤجر عقاره، وعبيده، وإماؤه. والأولى أن لا يفعل؛ لأن مدة انتظاره قريبة، ليس في انتظاره فيها ضرر، فلا يفوت عليه منافع ملكه فيما لا يرضاه من أجلها، فإنه ربما راجع الإسلام، فيمتنع عليه التصرف في ماله بإجارة الحاكم له. وإن لحق بدار الحرب، أو تعذر قتله مدة طويلة، فعل الحاكم ما يرى الحظ فيه، من بيع الحيوان الذي يحتاج إلى النفقة وغيره، وإجارة ما يرى إبقاءه، والمكاتب يؤدي إلى الحاكم، فإذا أدى عتق؛ لأنه نائب عنه.

[فصل تصرفات المرتد في ردته بالبيع والهبة والعتق والتدبير والوصية]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩

(٧٠٩٣) فصل: وتصرفات المرتد في ردته بالبيع والهبة والعتق والتدبير والوصية ونحو ذلك موقوف؛ إن أسلم تبين، أن تصرفه كان صحيحا، وإن قتل أو مات على ردته، كان باطلا. وهذا قول أبي حنيفة. وعلى قول أبي بكر، تصرفه باطل؛ لأن ملكه قد زال بردته. وهذا أحد أقوال الشافعي. وقال في الآخر: إن تصرف قبل الحجر عليه، انبنى على الأقوال الثلاثة، وإن تصرف بعد الحجر عليه، لم يصح تصرفه كالسفيه. **ولنا**، أن ملكه تعلق به حق غيره مع بقاء ملكه فيه، فكان تصرفه موقوفا، كتبرع المريض.

[فصل إن تزوج المرتد لم يصح تزوجه]

(٧٠٩٤) فصل: وإن تزوج، لم يصح تزوجه؛ لأنه لا يقر على النكاح، وما منع الإقرار على النكاح، منع انعقاده، كنكاح الكافر المسلمة. وإن زوج، لم يصح تزويجه؛ لأن ولايته على موليته قد زالت بردته. وإن زوج أمته، لم يصح؛ لأن النكاح لا يكون موقوفا، ولأن النكاح وإن كان في الأمة فلا بد في عقده من ولاية صحيحة، بدليل أن المرأة لا يجوز أن تزوج أمتها، وكذلك الفاسق، والمرتد لا ولاية له، فإنه أدنى حالا من الفاسق الكافر.

[فصل إن وجد من المرتد سبب يقتضي الملك]

(٧٠٩٥) فصل: وإن وجد من المرتد سبب يقتضي الملك، كالصيد، والاحتشاش، والاتهاب، والشراء، وإيجار نفسه إجارة خاصة، أو مشتركة، ثبت الملك له؛ لأنه أهل للملك، وكذلك تثبت أملاكه. ومن قال: إن ملكه يزول لم يثبت له ملكا؛ لأنه ليس بأهل للملك، ولهذا زالت أملاكه الثابتة له، فإن راجع." (١)

"الإسلام، احتمل أن لا يثبت له شيء أيضا؛ لأن السبب لم يثبت حكمه.

واحتمل أن يثبت الملك له حينئذ؛ لأن السبب موجود، وإنما امتنع ثبوت حكمه، لعدم أهليته، فإذا وجدت، تحقق الشرط، فيثبت الملك حينئذ، كما تعود إليه أملاكه التي زالت عنه عند عدم أهليته. فعلى هذا، إن مات، أو قتل، ثبت الملك لمن ينتقل إليه ملكه؛ لأن هذا في معناه.

[فصل إن لحق المرتد بدار الحرب]

(٧٠٩٦) فصل: وإن لحق المرتد بدار الحرب، فالحكم فيه كالحكم فيمن هو في دار الإسلام، إلا أن ما

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٠

كان معه من ماله، يصير مباحا لمن قدر عليه، كما أبيح دمه، وأما أملاكه وماله الذي في دار الإسلام فملكه ثابت فيه، ويتصرف فيه الحاكم بما يرى المصلحة فيه. وقال أبو حنيفة: يورث ماله، كما لو مات؛ لأنه قد صار في حكم الموتى، بدليل حل دمه وماله الذي معه لكل من قدر عليه. **ولنا** أنه حي فلم يورث، كالحربي الأصلي، وحل دمه لا يوجب توريث ماله، بدليل الحربي الأصلي، وإنما حل ماله الذي معه؛ لأنه زال العاصم له، فأشبه مال الحربي الذي في دار الحرب، وأما الذي في دار الإسلام، فهو باق على العصمة، كمال الحربي الذي مع مضاربه في دار الإسلام، أو عند مودعه.

[مسألة من ترك الصلاة دعي إليها ثلاثة أيام]

(٧٠٩٧) مسألة: قال: ومن ترك الصلاة، دعي إليها ثلاثة أيام، فإن صلى، وإلا قتل، جاحدا تركها أو غير جاحد قد سبق شرح هذه المسألة: في باب مفرد لها، ولا خلاف بين أهل العلم في كفر من تركها جاحدا لوجوبها، إذا كان ممن لا يجهل مثله ذلك، فإن كان ممن لا يعرف الوجوب، كحديث الإسلام، والناشئ بغير دار الإسلام أو بادية بعيدة عن الأمصار وأهل العلم، لم يحكم بكفره، وعرف ذلك، وتثبت له أدلة وجوبها، فإن جحدها بعد ذلك كفر. وأما إذا كان الجاحد لها ناشئا في الأمصار بين أهل العلم، فإنه يكفر بمجرد جحدها، وكذلك الحكم في مباني الإسلام كلها، وهي الزكاة والصيام والحج؛ لأنها مباني الإسلام، وأدلة وجوبها لا تكاد تخفى، إذ كان الكتاب والسنة مشحونين بأدلتها، والإجماع منعقد عليها، فلا يجحدها إلا معاند للإسلام، يمتنع من التزام الأحكام، غير قابل لكتاب الله تعالى ولا سنة رسوله ولا إجماع أمته.

[فصل اعتقد حل شيء أجمع على تحريمه]

(٧٠٩٨) فصل: ومن اعتقد حل شيء أجمع على تحريمه، وظهر حكمه بين المسلمين، وزالت الشبهة فيه للنصوص الواردة فيه، كلحم الخنزير، والزنى، وأشباه هذا، مما لا خلاف فيه، كفر؛ لما ذكرنا في تارك الصلاة. وإن استحل." (١)

"بردته بمجرد ذلك، سواء فعله في دار الحرب أو دار الإسلام؛ لأنه يجوز أن يكون فعله معتقدا تحريمه، كما يفعل غير ذلك من المحرمات.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١١

[مسألة ذبيحة المرتد حرام]

(٧٠٩٩) مسألة: قال: وذبيحة المرتد حرام، وإن كانت ردته إلى دين أهل الكتاب هذا قول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال إسحاق: إن تدين بدين أهل الكتاب، حلت ذبيحته. ويحكى ذلك عن الأوزاعي؛ لأن عليا - رضي الله عنه - قال: من تولى قوما فهو منهم. **ولنا**، أنه كافر، لا يقر على دينه، فلم تحل ذبيحته، كالوثني؛ ولأنه لا تثبت له أحكام أهل الكتاب إذا تدين بدينهم؛ فإنه لا يقر بالجزية، ولا يسترق. ولا يحل نكاح المرتدة.

وأما قول علي: فهو منهم. فلم يرد به أنه منهم في جميع الأحكام، بدليل ما ذكرنا، ولأنه لم يكن يرى حل ذبائح نصارى بني تغلب، ولا نكاح نسائهم، مع توليتهم للنصارى، ودخولهم في دينهم، ومع إقرارهم بما صولحوا عليه، فلأن لا يعتقد ذلك في المرتدين أولى. إذا ثبت هذا، فإنه إذا ذبح حيوانا لغيره بغير إذنه، ضمنه بقيمته حيا؛ لأنه أتلفه عليه، وحرمه، وإن ذبحه بإذنه، لم يضمنه؛ لأنه أذن في إتلافه.

[مسألة قال والصبي إذا كان له عشر سنين وعقل الإسلام فأسلم فهو مسلم]

(٧١٠٠) مسألة: قال: (والصبي إذا كان له عشر سنين، وعقل الإسلام، فأسلم، فهو مسلم) وجملته أن الصبي يصح إسلامه في الجملة. وبهذا قال أبو حنيفة، وصاحباه، وإسحاق، وابن أبي شيبة، وأبو أيوب. وقال الشافعي وزفر: لا يصح إسلامه حتى يبلغ؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «رفع القلم عن ثلاثة؛ عن الصبي حتى يبلغ» . حديث حسن. ولأنه قول تثبت به الأحكام، فلم يصح من الصبي كالهبة؛ ولأنه أحد من رفع القلم عنه، فلم يصح إسلامه، كالمجنون، والنائم، ولأنه ليس بمكلف، أشبه الطفل.

ولنا، عموم قوله - عليه السلام -: «من قال: لا إله إلا الله. دخل الجنة» . وقوله: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على." (١)

"**ولنا**، أنها دار كفار، فيها أحكامهم، فكانت دار حرب - كما لو اجتمع فيها هذه الخصال -، أو دار الكفرة الأصليين.

[فصل قتل المرتد من يكافئه عمدا]

(٧١٠٦) فصل: وإن قتل المرتد من يكافئه عمدا، فعليه القصاص. نص عليه أحمد. والولي مخير بين قتله

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣/٩

والعفو عنه، فإن اختار القصاص، قدم على قتل الردة، سواء تقدمت الردة أو تأخرت؛ لأنه حق آدمي، وإن عفا على مال وجبت الدية في ماله. وإن كان القتل خطأ، وجبت الدية في ماله؛ لأنه لا عاقلة له. قال القاضي: وتؤخذ منه الدية في ثلاث سنين؛ لأنها دية الخطإ، فإن قتل أو مات، أخذت من ماله في الحال؛ لأن الدين المؤجل يحل بالموت في حق من لا وارث له. ويحتمل أن تجب الدية عليه حالة؛ لأنها إنما أجلت في حق العاقلة تخفيفا عليهم، لأنهم يحملون عن غيرهم على سبيل المواساة، فأما الجاني، فتجب عليه حالة؛ لأنها بدل عن متلف، فكانت حالة، كسائر أبدال المتلفات.

[مسألة من أسلم من الأبوين كان أولاده الأصاغر تبعا له]

(٧١٠٧) مسألة: قال: (ومن أسلم من الأبوين، كان أولاده الأصاغر تبعا له) وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب الرأي: إذا أسلم أبواه أو أحدهما، وأدرك فأبى الإسلام، أجبر عليه، ولم يقتل. وقال مالك: إن أسلم الأب، تبعه أولاده، وإن أسلمت الأم لم يتبعوها؛ لأن ولد الحربيين يتبع أباه دون أمه، بدليل الموليين إذا كان لهما ولد، كان ولاؤه لمولى أبيه دون مولى أمه، ولو كان الأب عبدا أو الأم مولاة، فأعتق العبد، لجر ولاء ولده إلى مواليه، ولأن الولد يشرف بشرف أبيه، وينتسب إلى قبيلته دون قبيلة أمه، فوجب أن يتبع أباه في دينه أي دين كان.

وقال الثوري إذا بلغ خير بين دين أبيه ودين أمه، فأيهما اختاره كان على دينه. ولعله يحتج بحديث الغلام الذي أسلم أبوه، وأبت أمه أن تسلم، فخيره النبي - صلى الله عليه وسلم - بين أبيه وأمه. **ولنا** أن الولد يتبع أبويه في الدين، فإن اختلفا، وجب أن يتبع المسلم منهما، كولد المسلم من الكتابية، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى، ويترجح الإسلام بأشياء؛ منها أنه دين الله الذي رضيه لعباده، وبعث به رسله دعاة لخلقه إليه، ومنها أنه تحصل به السعادة في الدنيا والآخرة، ويتخلص به في الدنيا من القتل والاسترقاق وأداء الجزية، وفي الآخرة من سخط الله وعذابه، ومنها أن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها، ومن لا يعرف حاله فيها، وإذا كان محكوما بإسلامه، أجبر عليه إذا امتنع منه بالقتل، كولد المسلمين." [١]

"نحكم بإسلامه؛ لأنه يحتمل أن يريد غير نبينا.

وإن قال: أنا مؤمن أو أنا مسلم. فقال القاضي: يحكم بإسلامه بهذا، وإن لم يلفظ بالشهادتين؛ لأنهما اسمان لشيء معلوم معروف وهو الشهادتان، فإذا أخبر عن نفسه بما تضمن الشهادتين، كان مخبرا بهما.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٨

وروى المقداد، أنه قال: «يا رسول الله أرأيت إن لقيت رجلا من الكفار، فقاتلني، فضرب إحدى يدي بالسيف، فقطعها، ثم لاذ مني بشجرة، فقال: أسلمت. أفأقتله يا رسول الله بعد أن قالها؟ قال: لا تقتله، فإن قتلته، فإنه بمنزلتك قبل أن تقتله، وإنك بمنزلته قبل أن يقول كلمته التي قالها» .

وعن عمران بن حصين. قال: «أصاب المسلمون رجلا من بني عقيل، فأتوا به النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: يا محمد، إني مسلم. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: لو كنت قلت وأنت تملك أمرك، أفلحت كل الفلاح» . رواهما مسلم. ويحتمل أن هذا في الكافر الأصلي، أو من جحد الوحدانية أما من كفر بجحد نبي أو كتاب أو فريضة ونحوها، فلا يصير مسلما بذلك؛ لأنه ربما اعتقد أن الإسلام ما هو عليه، فإن أهل البدع كلهم يعتقدون أنهم هم المسلمون، ومنهم من هو كافر.

[فصل أتى الكافر بالشهادتين ثم قال لم أرد الإسلام]

(٧١١٣) فصل: وإذا أتى الكافر بالشهادتين، ثم قال: لم أرد الإسلام فقد صار مرتدا، ويجبر على الإسلام. نص عليه أحمد في رواية جماعة. ونقل عن أحمد، أنه يقبل منه، ولا يجبر على الإسلام؛ لأنه يحتمل الصدق، فلا يراق دمه بالشبهة، والأول أولى؛ لأنه قد حكم بإسلامه، فيقتل إذا رجع كما لو طالت مدته.

[فصل صلاة الكافر]

(٧١١٤) فصل: وإذا صلى الكافر، حكم بإسلامه، سواء كان في دار الحرب أو دار الإسلام أو صلى جماعة أو فرادى. وقال الشافعي: إن صلى في دار الحرب، حكم بإسلامه، وإن صلى في دار الإسلام، لم يحكم بإسلامه؛ لأنه يحتمل أنه صلى رياء وتقية. **ولنا** أن ما كان إسلاما في دار الحرب كان إسلاما في دار الإسلام، كالشهادتين، ولأن الصلاة ركن يختص به الإسلام، فحكم بإسلامه به كالشهادتين. واحتمال التقية والرياء، يبطل بالشهادتين. وسواء كان أصليا أو مرتدا. وأما سائر الأركان، من الزكاة والصيام والحج، فلا يحكم بإسلامه به، فإن المشركين كانوا يحجون في عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حتى منعهم النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: «لا يحج بعد العام مشرك.» والزكاة صدقة، وهم يتصدقون. وقد فرض على نصارى بني تغلب من الزكاة مثلي ما يؤخذ من المسلمين، ولم يصيروا بذلك مسلمين، وأما

الصيام فلكل أهل دين صيام، ولأن الصيام ليس بفعل، إنما هو إمساك عن أفعال مخصوصة في وقت مخصوص، وقد يتفق هذا من الكافر، كاتفاقه من المسلم، ولا عبرة." (١)

"بنية الصيام؛ لأنها أمر باطن لا علم لنا به، بخلاف الصلاة، فإنها أفعال تتميز عن أفعال الكفار، ويختص بها أهل الإسلام، ولا يثبت الإسلام حتى يأتي بصلاة يتميز بها عن صلاة الكفار، من استقبال قبلتنا، والركوع، والسجود، ولا يحصل بمجرد القيام؛ لأنهم يقومون في صلاتهم.

ولا فرق بين الأصلي والمرتد في هذا؛ لأن ما حصل به الإسلام في الأصلي، حصل به في حق المرتد كالشهادتين. فعلى هذا، لو مات المرتد فأقام ورثته بينة أنه صلى بعد ردته، حكم لهم بالميراث، إلا أن يثبت أنه ارتد بعد صلاته أو تكون ردته بجحد فريضة، أو كتاب، أو نبي، أو ملك، أو نحو ذلك من البدع التي ينتسب أهلها إلى الإسلام، فإنه لا يحكم بإسلامه بصلاته؛ لأنه يعتقد وجوب الصلاة، ويفعلها مع كفره، فأشبه فعله غيرها. والله أعلم.

[فصل أكره على الإسلام من لا يجوز إكراهه]

(٧١١٥) فصل: وإذا أكره على الإسلام من لا يجوز إكراهه، كالذمي والمستأمن، فأسلم، لم يثبت له حكم الإسلام، حتى يوجد منه ما يدل على إسلامه طوعا، مثل أن يثبت على الإسلام بعد زوال الإكراه عنه. فإن مات قبل ذلك، فحكمه حكم الكفار. وإن رجع إلى دين الكفر، لم يجز قتله ولا إكراهه على الإسلام.

وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وقال محمد بن الحسن: يصير مسلما في الظاهر، وإن رجع عنه قتل إذا امتنع عن الإسلام لعموم قوله: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله. فإذا قالوها، عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها.» ولأنه أتى بقول الحق، فلزمه حكمه كالحربي إذا أكره عليه. **ولنا**، أنه أكره على ما لا يجوز إكراهه عليه، فلم يثبت حكمه في حقه، كالمسلم إذا أكره على الكفر، والدليل على تحريم الإكراه قوله تعالى: ﴿لا إكراه في الدين﴾ [البقرة: ٢٥٦] . وأجمع أهل العلم على أن الذمي – إذا أقام على ما عوهد عليه –، والمستأمن لا يجوز نقض عهده، ولا إكراهه على ما لم يلتزمه.

ولأنه أكره على ما لا يجوز إكراهه عليه، فلم يثبت حكمه في حقه، كالإقرار والعتق. وفارق الحربي والمرتد؛ فإنه يجوز قتلهما، وإكراههما على الإسلام، بأن يقول: إن أسلمت وإلا قتلناك. فمتى أسلم، حكم بإسلامه

(١) المغني لابن قدامة ٢٢/٩

ظاهرا. وإن مات قبل زوال الإكراه عنه، فحكمه حكم المسلمين؛ لأنه أكره بحق، فحكم بصحة ما يأتي به، كما لو أكره المسلم على الصلاة فصلى،." [١]

"وأما في الباطن، فيما بينهم وبين ربهم، فإن من اعتقد الإسلام بقلبه، وأسلم فيما بينه وبين الله تعالى، فهو مسلم عند الله، موعود بما وعد به من أسلم طائعا، ومن لم يعتقد الإسلام بقلبه، فهو باق على كفره، لا حظ له في الإسلام، سواء في هذا من يجوز إكراهه، ومن لا يجوز إكراهه، فإن الإسلام لا يحصل بدون اعتقاده من العاقل، بدليل أن المنافقين كانوا يظهرون الإسلام، ويقومون بفرائضه، ولم يكونوا مسلمين.

[فصل أكره على الكفر فأتى بكلمة الكفر]

(٧١١٦) فصل: ومن أكره على الكفر، فأتى بكلمة الكفر، لم يصر كافرا. وبهذا قال مالك، وأبو حنيفة، والشافعي. وقال محمد بن الحسن: هو كافر في الظاهر، تبين منه امرأته، ولا يرثه المسلمون إن مات، ولا يغسل، ولا يصلى عليه، وهو مسلم فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه نطق بكلمة الكفر، فأشبه المختار. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله﴾ [النحل: ١٠٦] وروي «أن عمارا أخذه المشركون، فضربوه حتى تكلم بما طلبوا منه، ثم أتى النبي - صلى الله عليه وسلم -، وهو يبكي، فأخبره، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم -: إن عادوا فعد» .

وروي أن الكفار كانوا يعذبون المستضعفين من المؤمنين، فما منهم أحد إلا أجابهم، إلا بلال، فإنه كان يقول: أحد. أحد. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطإ والنسيان، وما استكرهوا عليه.» ولأنه قول أكره عليه بغير حق، فلم يثبت حكمه، كما لو أكره على الإقرار، وفارق ما إذا أكره بحق، فإنه خير بين أمرين يلزمه أحدهما، فأيهما اختاره ثبت حكمه في حقه. فإذا ثبت أنه لم يكفر، فمتى زال عنه الإكراه، أمر بإظهار إسلامه، فإن أظهره فهو باق على إسلامه، وإن أظهر الكفر حكم أنه كفر من حين نطق به؛ لأننا تبينا بذلك أنه كان منشرح الصدر بالكفر من حين نطق به، مختارا له.

وإن قامت عليه بينة أنه نطق بكلمة الكفر، وكان محبوسا عند الكفار، ومقيدا عندهم في حالة خوف، لم يحكم بردته؛ لأن ذلك ظاهر في الإكراه. وإن شهدت أنه كان آمنا حال نطقه به، حكم بردته. فإن ادعى ورثته رجوعه إلى الإسلام، لم يقبل إلا ببينة؛ لأن الأصل بقاؤه على ما هو عليه. وإن شهدت البينة عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٣

بأكل لحم الخنزير، لم يحكم بردته؛ لأنه قد يأكله معتقدا تحريمه، كما يشرب الخمر من يعتقد تحريمها. وإن." (١)

"لأنه يقتل بالإصرار على الردة، والمجنون لا يوصف بالإصرار، ولا يمكن استتابته. ولو وجب عليه القصاص فجن قتل؛ لأن القصاص لا يسقط عنه بسبب من جهته، وها هنا يسقط برجوعه، ولأن القصاص إنما يسقط بسبب من جهة المستحق له، فنظير مسألتنا أن يجن المستحق للقصاص، فإنه لا يستوفي حال جنونه.

[فصل أصاب حدا ثم ارتد ثم أسلم]

(٧١٢١) فصل: ومن أصاب حدا ثم ارتد ثم أسلم، أقيم عليه حده. وبهذا قال الشافعي، سواء لحق بدار الحرب في ردته، أو لم يلحق بها. وقال قتادة، في مسلم أحدث حدثا، ثم لحق بالروم، ثم قدر عليه: إن كان ارتد درئ عنه الحد، وإن لم يكن ارتد، أقيم عليه. ونحو هذا قال أبو حنيفة، والثوري، إلا حقوق الناس؛ لأن ردته أحبطت عمله، فأسقطت ما عليه من حقوق الله تعالى، كمن فعل ذلك في حال شركه، ولأن الإسلام يجب ما قبله. **ولنا**، أنه حق عليه، فلم يسقط بردته، كحقوق الآدميين.

وفارق ما فعله في شركه، فإنه لم يثبت حكمه في حقه. وأما قوله: «الإسلام يجب ما قبله» . فالمراد به ما فعله في كفره؛ لأنه لو أراد ما قبل ردته، أفضى إلى كون الردة - التي هي أعظم الذنوب - مكفرة للذنوب، وأن من كثرت ذنوبه ولزمته حدود يكفر ثم يسلم فتكفر ذنوبه، وتسقط حدوده.

[فصل حكم ما فعله المرتد حال ردته]

(٧١٢٢) فصل: فأما ما فعله في ردته، فقد نقل مهنا عن أحمد، قال: سألته عن رجل ارتد عن الإسلام فقطع الطريق، وقتل النفس، ثم لحق بدار الحرب، فأخذه المسلمون. فقال: تقام فيه الحدود ويقتص منه. وسألته عن رجل ارتد فلحق بدار الحرب، فقتل بها مسلما، ثم رجع تائبا، وقد أسلم، فأخذه وليه، يكون عليه القصاص؟ فقال: قد زال عنه الحكم؛ لأنه إنما قتل وهو مشرك، وكذلك إن سرق وهو مشرك. ثم توقف بعد ذلك. وقال: لا أقول في هذا شيئا.

وقال القاضي: ما أصاب في ردته من نفس أو مال أو جرح، فعليه ضمانه سواء كان في منعة وجماعة أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤

لم يكن؛ لأنه التزم حكم الإسلام بإقراره، فلم يسقط بجحده، كما لا يسقط ما التزمه عند الحاكم بجحده. والصحيح أن ما أصابه المرتد بعد لحوقه بدار الحرب أو كونه في جماعة ممتنعة، لا يضمنه؛ لما ذكرناه في آخر الباب الذي قبل هذا، وما فعله قبل هذا، أخذ به، إذا كان مما يتعلق به حق آدمي، كالجناية على." (١)

"ولم يكفر؛ لأن عائشة - رضي الله عنها - باعت مدبرة لها سحرتها، بمحضر من الصحابة. ولو كفرت لصارت مرتدة يجب قتلها، ولم يجز استرقاقها، ولأنه شيء يضر بالناس، فلم يكفر بمجرده كأذاهم.
ولنا قول الله تعالى: ﴿واتبعوا ما تتلو الشياطين على ملك سليمان وما كفر سليمان ولكن الشياطين كفروا﴾ [البقرة: ١٠٢] . إلى قوله: ﴿وما يعلمان من أحد حتى يقولا إنما نحن فتنة فلا تكفر﴾ [البقرة: ١٠٢] . أي وما كفر سليمان، أي وما كان ساحرا كفر بسحره.
وقولهما: إنما نحن فتنة فلا تكفر. أي لا تتعلمه فتكفر بذلك، وقد روى هشام بن عروة عن أبيه، عن عائشة، أن امرأة جاءتها، فجعلت تبكي بكاء شديدا، وقالت: يا أم المؤمنين، إن عجوزا ذهبت بي إلى هاروت وماروت. فقلت: علماني السحر. فقالا: اتقي الله ولا تكفري، فإنك على رأس أمرك. فقلت: علماني السحر. فقالا: اذهبي إلى ذلك التنور، فبولي فيه. ففعلت، فرأيت كأن فارسا مقنعا في الحديد خرج مني حتى طار، فغاب في السماء، فرجعت إليهما، فأخبرتهما، فقالا: ذلك إيمانك. فذكرت باقي القصة إلى أن قالت: والله يا أم المؤمنين ما صنعت شيئا غير هذا، ولا أصنعه أبدا فهل لي من توبة؟ قالت عائشة: ورأيتها تبكي بكاء شديدا، فطافت في أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهم متوافرون - تسألهم، هل لها من توبة؟ فما أفتاها أحد، إلا أن ابن عباس قال لها: إن كان أحد من أبويك حيا، فبريه، وأكثري من عمل البر ما استطعت.
وقول عائشة قد خالفها فيه كثير من الصحابة، وقال علي - رضي الله عنه - الساحر كافر ويحتمل أن المدبرة تابت فسقط عنها القتل والكفر بتوبتها. ويحتمل أنها سحرتها، بمعنى أنها ذهبت إلى ساحر سحر لها.

[فصل حد الساحر]

(٧١٢٦) فصل: وحد الساحر القتل. روي ذلك عن عمر، وعثمان بن عفان، وابن عمر، وحفصة، وجندب

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٧

بن عبد الله، وجندب بن كعب وقيس بن سعد، وعمر بن عبد العزيز. وهو قول أبي حنيفة ومالك. ولم ير الشافعي عليه القتل بمجرد السحر. وهو قول ابن المنذر، ورواية عن أحمد قد ذكرناها فيما تقدم، ووجه ذلك، أن عائشة - رضي الله عنها -، باعت مدبرة سحرتها، ولو وجب قتلها لما حل بيعها، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث؛ كفر بعد إيمان أو زنى بعد إحصان، أو قتل نفس بغير حق» . ولم يصدر منه أحد الثلاثة، فوجب أن لا يحل دمه.

ولنا، ما روى جندب بن عبد الله، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «حد الساحر، ضربه." [١]

"[فصل ساحر أهل الكتاب]

(٧١٣٠) فصل: فأما ساحر أهل الكتاب، فلا يقتل لسحره، إلا أن يقتل به - وهو مما يقتل به غالبا - فيقتل قصاصا. وقال أبو حنيفة: يقتل؛ لعموم ما تقدم من الأخبار، ولأنه جناية أوجبت قتل المسلم، فأوجبت قتل الذمي كالقتل. ولنا، «أن لبيد بن الأعصم سحر النبي - صلى الله عليه وسلم - فلم يقتله» . ولأن الشرك أعظم من سحره، ولا يقتل به، والأخبار وردت في ساحر المسلمين؛ لأنه يكفر بسحره، وهذا كافر أصلي. وقياسهم ينتقض باعتقاد الكفر، والمتكلم به، وينتقض بالزنى من المحصن؛ فإنه لا يقتل به الذمي عندهم، ويقتل به المسلم. والله أعلم.." [٢]

"لا تأخذون إلا بما في كتاب الله؟ قالوا: نعم. قال: فأخبروني عن عدد الصلوات المفروضات، وعدد أركانها وركعاتها ومواقيتها، أين تجدونه في كتاب الله تعالى؟ وأخبروني عما تجب الزكاة فيه، ومقاديرها ونصبها؟ فقالوا: أنظرنا فرجعوا يومهم ذلك، فلم يجدوا شيئا مما سألهم عنه في القرآن. فقالوا: لم نجده في القرآن. قال: فكيف ذهبتم إليه؟ قالوا: لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - فعله وفعله المسلمون بعده. فقال لهم فكذلك الرجم، وقضاء الصوم، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - رجم ورجم خلفاؤه بعده والمسلمون، وأمر النبي بقضاء الصوم دون الصلاة، وفعل ذلك نساؤه ونساء أصحابه. إذا ثبت هذا، فمعنى الرجم أن يرمى بالحجارة وغيرها حتى يقتل بذلك.

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن المرجوم يدام عليه الرجم حتى يموت. ولأن إطلاق الرجم يقتضي القتل به، كقوله تعالى: ﴿لتكونن من المرجومين﴾ [الشعراء: ١١٦] . وقد «رجم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - اليهوديين اللذين زنيا، وماعزا، والغامدية، حتى ماتوا.»

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٠

(٢) المغني لابن قدامة ٩/٣٣

[فصل كيف يقام الحد على الزاني الرجل]

فصل: وإذا كان الزاني رجلا أقيم قائما، ولم يوثق بشيء ولم يحفر له، سواء ثبت الزنى ببينة أو إقرار. لا نعلم فيه خلافا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحفر لماعز. قال أبو سعيد: «لما أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - برجم ماعز خرجنا به إلى البقيع، فوالله ما حفرنا له، ولا أوثقناه، ولكنه قام لنا» . رواه أبو داود. ولأن الحفر له، ودفن بعضه، عقوبة لم يرد بها الشرع في حقه، فوجب أن لا تثبت. وإن كان امرأة، فظاهر كلام أحمد، أنها لا يحفر لها أيضا. وهو الذي ذكره القاضي في " الخلاف "، وذكر في " المجرد " أنه إن ثبت الحد بالإقرار، لم يحفر لها، وإن ثبت بالبينة، حفر لها إلى الصدر.

قال أبو الخطاب: وهذا أصح عندي. وهو قول أصحاب الشافعي؛ لما روى أبو بكر وبريدة، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رجم امرأة، فحفر لها إلى الثندوة» . رواه أبو داود. ولأنه أستر لها، ولا حاجة إلى تمكينها من الهرب، لكون الحد ثبت بالبينة، فلا يسقط بفعل من جهتها، بخلاف الثابت بالإقرار، فإنها تترك على حال لو أرادت الهرب تمكنت منه؛ لأن رجوعها عن إقرارها مقبول. **ولنا**، أن أكثر الأحاديث على ترك الحفر، فإن «النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحفر للجهنية، ولا لماعز، ولا لليهوديين» ، والحديث الذي احتجوا به غير معمول به، ولا يقولون به، فإن التي نقل عنه الحفر لها، ثبت حدها بإقرارها، ولا خلاف بيننا فيها، فلا يسوغ لهم الاحتجاج به مع مخالفتهم له. إذا ثبت هذا، فإن ثياب المرأة تشد عليها، كي لا تنكشف.

وقد روى أبو داود، بإسناده عن عمران بن حصين، قال: فأمر بها النبي - صلى الله عليه وسلم -، فشدت عليها ثيابها. ولأن ذلك أستر لها.." (١)

"الليث، والأوزاعي؛ لأن الصحيح والفاسد سواء في أكثر الأحكام، مثل وجوب المهر والعدة، وتحريم الربيبة وأم المرأة، ولحاق الولد، فكذلك في الإحصان. **ولنا**، أنه وطء في غير ملك. فلم يحصل به الإحصان، كوطء الشبهة، ولا نسلم ثبوت ما ذكروه من الأحكام، وإنما ثبتت بالوطء فيه، وهذه ثبتت في كل وطء، وليست مختصة بالنكاح، إلا أن النكاح هاهنا صار شبهة، فصار الوطء فيه كوطء الشبهة سواء. الرابع، الحرية وهي شرط في قول أهل العلم كلهم، إلا أبا ثور: قال العبد والأمة هما محصنان، يرجمان إذا زنيا، إلا أن يكون إجماع يخالف ذلك. وحكي عن الأوزاعي في العبد تحته حرة: هو محصن، يرجم إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٦

زنى، وإن كان تحته أمة، لم يرجم. وهذه أقوال تخالف النص والإجماع، فإن الله تعالى قال: ﴿فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] .

والرجم لا ينتصف، وإيجابه كله يخالف النص مع مخالفة الإجماع المنعقد قبله، إلا أن يكون إذا عتقا بعد الإصابة، فهذا فيه اختلاف سنذكره إن شاء الله تعالى. وقد وافق الأوزاعي على أن العبد إذا وطئ الأمة، ثم عتقا، لم يصيرا محصنين، وهو قول الجمهور، وزاد فقال في المملوكين إذا أعتقا، وهما متزوجان، ثم وطئها الزوج: لا يصيران محصنين بذلك الوطء. وهو أيضا قول شاذ، خالف أهل العلم به؛ فإن الوطء وجد منهما حال كمالهما، فحصنهما، كالصبيين إذا بلغا. الشرط الخامس والسادس، البلوغ والعقل، فلو وطئ وهو صبي أو مجنون، ثم بلغ أو عقل، لم يكن محصنا. هذا قول أكثر أهل العلم، ومذهب الشافعي، ومن أصحابه من قال: يصير محصنا، وكذلك العبد إذا وطئ في رقه، ثم عتق، يصير محصنا؛ لأن هذا وطء يحصل به الإحلال للمطلق ثلاثا، فحصل به الإحصان كالموجود حال الكمال.

ولنا، قوله – عليه السلام –: «والثيب بالثيب، جلد مائة والرجم.» فاعتبر الثيوبة خاصة، ولو كانت تحصل قبل ذلك، لكان يجب عليه الرجم قبل بلوغه وعقله، وهو خلاف الإجماع، ويفارق الإحصان الإحلال، لأن اعتبار الوطء في حق المطلق، يحتمل أن يكون عقوبة له بتحريمها عليه حتى يطأها غيره، ولأن هذا مما تأباه الطباع ويشق على النفوس، فاعتبره الشارع زجرا عن الطلاق ثلاثا، وهذا يستوي فيه العاقل والمجنون، بخلاف الإحصان، فإنه اعتبر لكمال النعمة في حقه، فإن من كملت النعمة في حقه، كانت جنايته أفحش وأحق بزيادة العقوبة، والنعمة في العاقل البالغ أكمل. والله أعلم. الشرط السابع، أن يوجد الكمال فيهما جميعا حال الوطء، فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة. وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه، ونحوه، قول عطاء، والحسن، وابن سيرين، والنخعي، وقتادة، والثوري،." (١)

"وإسحاق. قالوه في الرقيق.

وقال مالك: إذا كان أحدهما كاملا صار محصنا، إلا الصبي إذا وطئ الكبيرة، لم يحصنها، ونحوه عن الأوزاعي. واختلف عن الشافعي، فقيل: له قولان، أحدهما، كقولنا. والثاني: أن الكامل يصير محصنا. وهذا قول ابن المنذر؛ لأنه حر، بالغ عاقل، وطئ في نكاح صحيح، فصار محصنا، كما لو كان الآخر مثله. وقال بعضهم: إنما القولان في الصبي دون العبد، فإنه يصير محصنا، قولا واحدا، إذا كان كاملا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩/٩

ولنا، أنه وطء لم يحصن به أحد المتواطئين، فلم يحصن الآخر، كالتسري، ولأنه متى كان أحدهما ناقصا، لم يكمل الوطء، فلا يحصل به الإحصان، كما لو كانا غير كاملين، وبهذا فارق ما قاسوا عليه.

[فصل هل يشترط الإسلام في الإحصان]

(٧١٣٧) فصل: ولا يشترط الإسلام في الإحصان. وبهذا قال الزهري، والشافعي. فعلى هذا يكون الذميان محصنين، فإن تزوج المسلم ذمية، فوطئها، صارا محصنين. وعن أحمد، رواية أخرى أن الذمية: لا تحصن المسلم. وقال عطاء، والنخعي، والشعبي، ومجاهد، والثوري: هو شرط في الإحصان. فلا يكون الكافر محصنا، ولا تحصن الذمية مسلما؛ لأن ابن عمر روى، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من أشرك بالله، فليس بمحصن» . ولأنه إحصان من شرطه الحرية، فكان الإسلام شرطا فيه، كإحصان القذف. وقال مالك كقولهم، إلا أن الذمية تحصن المسلم، بناء على أصله في أنه لا يعتبر الكمال في الزوجين، وينبغي أن يكون ذلك قولا للشافعي. ولنا، ما روى مالك عن نافع، عن ابن عمر، أنه قال: «جاء اليهود إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا. وذكر الحديث، فأمر بهما رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرجما» . متفق عليه. ولأن الجناية بالزنى استوت من المسلم والذمي، فيجب أن يستويا في الحد. وحديثهم لم يصح، ولا نعرفه في مسند. وقيل: هو موقوف على ابن عمر. ثم يتعين حمله على إحصان القذف، جمعا بين الحديثين، فإن راويهما واحد، وحديثنا صريح في الرجم، فيتعين حمل خبرهم على الإحصان الآخر.

فإن قالوا: إنما رجم النبي - صلى الله عليه وسلم - اليهوديين بحكم التوراة، بدليل أنه راجعها، فلما تبين له أن ذلك حكم الله عليهم، أقامه فيهم، وفيها أنزل الله تعالى: ﴿إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا﴾ [المائدة: ٤٤] . قلنا: إنما حكم عليهم بما أنزل الله إليه، بدليل قوله تعالى:." (١)

"﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا﴾ [المائدة: ٤٨] . ولأنه لا يسوغ للنبي - صلى الله عليه وسلم - الحكم بغير شريعته، ولو ساغ ذلك لساغ لغيره، وإنما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم، وأنهم تاركون لشريعتهم، مخالفون لحكمهم، ثم هذا حجة لنا، فإن حكم الله في وجوب الرجم إن كان ثابتا في حقهم يجب أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠

يحكم به عليهم، فقد ثبت وجود الإحصان فيهم، فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الإحصان منه، وإن منعوا ثبوت الحكم في حقهم، فلم حكم به النبي – صلى الله عليه وسلم –؟ . ولا يصح القياس على إحصان القذف؛ لأن من شرطه العفة، وليست شرطا هاهنا.

[فصل ارتداد المحصن الزاني]

(٧١٣٨) فصل: ولو ارتد المحصن، لم يبطل إحصانه، فلو أسلم بعد ذلك كان محصنا. وقال أبو حنيفة – رضي الله عنه –: يبطل؛ لأن الإسلام عنده شرط في الإحصان. وقد بينا أنه ليس بشرط، ثم هذا داخل في عموم قوله – عليه السلام –: «أو زنا بعد إحصان» . ولأنه زنى بعد الإحصان، فكان حده الرجم، كالذي لم يرتد. فأما إن نقض الذمي العهد، ولحق بدار الحرب بعد إحصانه، فسبي واسترق، ثم أعتق، احتمل أن لا يبطل إحصانه، لأنه زنى بعد إحصانه فأشبه من ارتد. واحتمل أن يبطل؛ لأنه بطل بكونه رقيقا، فلا يعود إلا بسبب جديد، بخلاف من ارتد.

[فصل زنى وله زوجة له منها ولد فقال ما وطئتها]

فصل: وإذا زنى وله زوجة له منها ولد، فقال: ما وطئتها. لم يرجم. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يرجم؛ لأن الولد لا يكون إلا من وطء. فقد حكم بالوطء ضرورة الحكم بالولد. **ولنا**، أن الولد يلحق بإمكان الوطء واحتماله، والإحصان لا يثبت إلا بحقيقة الوطء، فلا يلزم من ثبوت ما يكتفى فيه بالإمكان وجود ما تعتبر فيه الحقيقة وهو أحق الناس بهذا، فإنه قال: لو تزوج امرأة في مجلس الحاكم، ثم طلقها فيه، فأتت بولد لحقه. مع العلم بأنه لم يطأها في الزوجية، فكيف يحكم بحقيقة الوطء مع تحقق انتفائه، وهكذا لو كان لامرأة ولد من زوج، فأنكرت أن يكون وطئها لم يثبت إحصانها لذلك.

[فصل شهدت بينة الإحصان على من أنكره أنه دخل بزوجته]

(٧١٤٠) فصل: ولو شهدت بينة الإحصان أنه دخل بزوجته، فقال أصحابنا: يثبت الإحصان به؛ لأن المفهوم من لفظ." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤١

"الدخول كالمفهوم من لفظ المجامعة. وقال محمد بن الحسن: لا يكتفى به حتى تقول: جامعها أو باضعها. أو نحوه؛ لأن الدخول يطلق على الخلوة بها، ولهذا تثبت بها أحكامه. وهذا أصح القولين، إن شاء الله تعالى. فأما إذا قالت: جامعها أو باضعها. فلم نعلم خلافا في ثبوت الإحصان، وهكذا ينبغي إذا قالت: وطئها. فإن قالت: باشرها، أو مسها، أو أصابها، أو أتاها. فينبغي أن لا يثبت به الإحصان؛ لأن هذا يستعمل فيما دون الجماع في الفرج كثيرا، فلا يثبت به الإحصان الذي يندرئ بالاحتمال

[فصل جلد الزاني على أنه بكر ثم بان محصنا]

(٧١٤١) فصل: وإذا جلد الزاني على أنه بكر، ثم بان محصنا، رجم؛ لما روى جابر، «أن رجلا زنى بامرأة، فأمر به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فجلد الحد، ثم أخبر أنه محصن، فرجم» . رواه أبو داود. ولأنه وجب الجمع بينهما، فقد أتى ببعض الواجب، فيجب إتمامه، وإن لم يجب الجمع بينهما تبين أنه لم يأت بالحد الواجب، فيجب أن يأتي به.

[مسألة ويغسلان ويكفنان ويصلى عليهما الزاني البكر والمحصن]

(٧١٤٢) مسألة: قال: (ويغسلان، ويكفنان، ويصلى عليهما ويدفنان) لا خلاف في تغسيلهما ودفنهما، وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما. قال الإمام أحمد: سئل علي - رضي الله عنه - عن شراحة وكان رجمها، فقال: اصنعوا بها كما تصنعون بموتاكم. وصلى علي على شراحة. وقال مالك: من قتله الإمام في حد لا نصلي عليه؛ لأن جابرا قال في حديث ماعز: فرجم حتى مات، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم - خيرا، ولم يصل عليه. متفق عليه. **ولنا**، ما روى أبو داود، بإسناده عن عمران بن حصين، في حديث الجهنية: «فأمر بها النبي - صلى الله عليه وسلم - فرجمت، ثم أمرهم فصلوا عليها، فقال عمر: يا رسول الله أتصلي عليها وقد زنت؟ فقال: والذي نفسي بيده، لقد تابت توبة، لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت أفضل من أن جادت بنفسها؟» ورواه الترمذي وفيه: فرجمت، وصلى عليها. وقال: حديث حسن صحيح. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «صلوا على من قال: لا إله إلا الله» . ولأنه مسلم لو مات قبل الحد صلي عليه، فيصلى عليه بعده، كالسارق.

وأما خبر ماعز، فيحتمل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يحضره، أو اشتغل عنه بأمر، أو غير ذلك، فلا يعارض ما رويناه

[مسألة زنى الحر البكر]

مسألة؛ قال: (وإذا زنى الحر البكر، جلد مائة، وغرب عاما)." [(١)]

"يعني لم يحصن وإن كان ثيبا، وقد ذكرنا الإحصان وشروطه، ولا خلاف في وجوب الجلد على الزاني إذا لم يكن محصنا، وقد جاء بيان ذلك في كتاب الله تعالى، بقوله سبحانه: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢] .

وجاءت الأحاديث عن النبي - صلى الله عليه وسلم - موافقة لما جاء به الكتاب. ويجب مع الجلد تغريبه عاما، في قول جمهور العلماء. روي ذلك عن الخلفاء الراشدين. وبه قال أبي، وأبو داود، وابن مسعود، وابن عمر - رضي الله عنهم -، وإليه ذهب عطاء، وطاوس، والثوري، وابن أبي ليلى، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور.

وقال مالك، والأوزاعي: يغرب الرجل دون المرأة؛ لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة، ولأنها لا تخلو من التغريب بمحرم أو بغير محرم، لا يجوز التغريب بغير محرم؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر، أن تسافر مسيرة يوم وليلة، إلا مع ذي محرم» . ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور، وتضييع لها، وإن غربت بمحرم، أفضى إلى تغريب من ليس بزان، ونفي من لا ذنب له، وإن كلفت أجرته، ففي ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد الشرع به، كما لو زاد ذلك على الرجل، والخبر الخاص في التغريب إنما هو في حق الرجل، وكذلك فعل الصحابة - رضي الله عنهم -، والعام يجوز تخصيصه؛ لأنه يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه، فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزاني أكثر من العقوبة المذكورة فيه، وإيجاب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك، وفوات حكمته؛ لأن الحد وجب زجرا عن الزنا، وفي تغريبها إغراء به، وتمكين منه، مع أنه قد يخصص في حق الثيب بإسقاط الجلد، في قول الأكثرين، فتخصيصه هاهنا أولى.

وقال أبو حنيفة، ومحمد بن الحسن: لا يجب التغريب؛ لأن عليا - رضي الله عنه - قال: حسبهما من الفتنة أن ينفيا. وعن ابن المسيب، أن عمر غرب ربيعة بن أمية بن خلف في الخمر إلى خيبر، فلحق بهرقل فتنصر، فقال عمر: لا أغرب مسلما بعد هذا أبدا. ولأن الله تعالى أمر بالجلد دون التغريب، فإيجاب التغريب زيادة على النص. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «: البكر بالبكر، جلد مائة وتغريب عام» . وروى أبو هريرة، وزيد بن خالد، «أن رجلين اختصما إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٢

أحدهما: إن ابني كان عسيفا على هذا، فزنى بامرأته، وإنني افتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت رجالا من أهل العلم، فقالوا: إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام، والرجم على امرأة هذا. فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: والذي نفسي بيده، لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل، على ابنك جلد مائة، وتغريب عام. وجلد ابنه مائة، وغربه عاما وأمر أنيسا الأسلمي أن يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها، فاعترفت فرجمها» . متفق عليه. وفي الحديث،." (١)

"أنه قال: فسألت رجالا من أهل العلم، فقالوا: إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام. وهذا يدل على أن هذا كان مشهورا عندهم، من حكم الله تعالى، وقضاء رسوله – صلى الله عليه وسلم –.

وقد قيل: إن الذي قال له هذا هو أبو بكر وعمر – رضي الله عنهما –. ولأن التغريب فعله الخلفاء الراشدون، ولا نعرف لهم في الصحابة مخالفا، فكان إجماعا، ولأن الخبر يدل على عقوبتين في حق الثيب، وكذلك في حق البكر، وما رووه عن علي لا يثبت؛ لضعف رواته وإرساله. وقول عمر: لا أغرب بعده مسلما. فيحتمل أنه أراد تغريبه في الخمر الذي أصابت الفتنة ربيعة فيه. وقول مالك يخالف عموم الخبر والقياس؛ لأن ما كان حدا في الرجل، يكون حدا في المرأة كسائر الحدود.

وقول مالك فيما يقع لي، أصح الأقوال وأعدلها، وعموم الخبر مخصوص بخبر النهي عن سفر المرأة بغير محرم، والقياس على سائر الحدود لا يصح؛ لأنه يستوي الرجل والمرأة في الضرر الحاصل بها، بخلاف هذا الحد، ويمكن قلب هذا القياس، بأنه حد، فلا تزاد فيه المرأة على ما على الرجل، كسائر الحدود

[فصل تغريب البكر الزاني]

(٧١٤٤) فصل: ويغرب البكر الزاني حولا كاملا، فإن عاد قبل مضي الحول، أعيد تغريبه، حتى يكمل الحول مسافرا، ويبني على ما مضى. ويغرب الرجل إلى مسافة القصر؛ لأن ما دونها في حكم الحضر، بدليل أنه لا يثبت في حقه أحكام المسافرين، ولا يستبيح شيئا من رخصهم. فأما المرأة، فإن خرج معها محرمها نفيت إلى مسافة القصر، وإن لم يخرج معها محرمها، فقد نقل عن أحمد، أنها تغرب إلى مسافة القصر، كالرجل. وهذا مذهب الشافعي. وروي عن أحمد أنها تغرب إلى دون مسافة القصر؛ لتقرب من أهلها، فيحفظوها. ويحتمل كلام أحمد أن لا يشترط في التغريب مسافة القصر، فإنه قال، في رواية الأثرم: ينفى من عمله إلى عمل غيره. وقال أبو ثور، وابن المنذر: لو نفي إلى قرية أخرى، بينهما ميل أو أقل،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٣

جاز.

وقال إسحاق: يجوز أن ينفى من مصر إلى مصر. ونحوه قال ابن أبي ليلى؛ لأن النفي ورد مطلقا غير مقيد، فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم، والقصر يسمى سفرا، ويجوز فيه التيمم، والنافلة على الراحلة. ولا يحبس في البلد الذي نفي إليه. وبهذا قال الشافعي وقال مالك يحبس. **ولنا**، أنه زيادة لم يرد بها الشرع، فلا تشرع، كالزيادة على العام.

[فصل زنى الغريب]

(٧١٤٥) فصل: وإذا زنى الغريب غرب إلى بلد غير وطنه. وإن زنى في البلد الذي غرب إليه، غرب منه إلى غير البلد الذي غرب منه؛ لأن الأمر بالتغريب يتناوله حيث كان، ولأنه قد أنس بالبلد الذي سكنه، فيبعد عنه.." (١)

"ولا يجب أن يحضر الإمام، ولا الشهود. وبهذا قال الشافعي، وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة: إن ثبت الحد ببينة، فعليها الحضور، والبداءة بالرجم، وإن ثبت باعتراف، وجب على الإمام الحضور، والبداءة بالرجم؛ لما روي عن علي، - رضي الله عنه - أنه قال: الرجم رجمان؛ فما كان منه بإقرار، فأول من يرجم الإمام، ثم الناس، وما كان ببينة، فأول من يرجم البينة، ثم الناس. رواه سعيد، بإسناده. ولأنه إذا لم تحضر البينة ولا الإمام، كان ذلك شبهة، والحد يسقط بالشبهات. **ولنا**، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر برجم ماعز والغامدية، ولم يحضرهما» والحد ثبت باعترافهما. وقال: «يا أنيس، اذهب إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» . ولم يحضرها. ولأنه حد، فلم يلزم أن يحضره الإمام، ولا البينة، كسائر الحدود، ولا نسلم أن تخلفهم عن الحضور، ولا امتناعهم من البداءة بالرجم، شبهة. وأما قول علي - رضي الله عنه - فهو على سبيل الاستحباب والفضيلة.

قال أحمد: سنة الاعتراف أن يرجم الإمام ثم الناس. ولا نعلم خلافا في استحباب ذلك، والأصل فيه قول علي، - رضي الله عنه - وقد روي في حديث، رواه أبو بكر، عن «النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ أنه رجم امرأة، فحفر لها إلى الثندوة، ثم رماها بحصاة مثل الحمصة، ثم قال: ارموا، واتقوا الوجه» . أخرجه أبو داود.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤

[فصل إقامة الحد على الحامل]

(٧١٤٨) فصل: ولا يقام الحد على حامل حتى تضع، سواء كان الحمل من زنى أو غيره. لا نعلم في هذا خلافا. قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الحامل لا ترجم حتى تضع. وقد روى بريدة، «أن امرأة من بني غامد قالت: يا رسول الله، طهرني. قال: وما ذاك؟ قالت: إنها حبلى من زنى. قال: أنت؟ قالت: نعم. فقال لها: ارجعي حتى تضعين ما في بطنك. قال، فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت، قال: فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: قد وضعت الغامدية. فقال: إذا لا نرجمها، وندع ولدها صغيرا ليس له من ترضعه. فقام رجل من الأنصار، فقال: إلي إرضاعه يا نبي الله، قال: فرجمها» . رواه مسلم، وأبو داود. وروي أن امرأة زنت في أيام عمر - رضي الله عنه - فهم عمر برجمها وهي حامل، فقال له معاذ: إن كان لك سبيل عليها، فليس لك سبيل على حملها. فقال: عجز النساء أن يلدن مثلك. ولم يرجمها. وعن علي مثله.

ولأن في إقامة الحد عليها في حال حملها إتلافا لمعصوم، ولا سبيل إليه، وسواء كان الحد رجما أو غيره،." (١)

"لأنه لا يؤمن تلف الولد من سراية الضرب والقطع، وربما سرى إلى نفس المضروب والمقطوع، فيفوت الولد بفواته. فإذا وضعت الولد، فإن كان الحد رجما، لم ترجم حتى تسقيه اللبأ؛ لأن الولد لا يعيش إلا به، ثم إن كان له من يرضعه، أو تكفل أحد برضاعه رجمت، وإلا تركت حتى تفطمه؛ لما ذكرنا من حديث الغامدية، ولما روى أبو داود بإسناده عن بريدة، «أن امرأة أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - فقالت: إني فجرت، فوالله إني لحبلى. فقال لها: ارجعي حتى تلدي. فرجعت، فلما ولدت، أتته بالصبي، فقال: ارجعي فأرضعيه حتى تفطميه. فجاءت به وقد فطمته، وفي يده شيء يأكله، فأمر بالصبي، فدفع إلى رجل من المسلمين، فأمر بها فحفر لها، وأمر بها فرجمت، وأمر بها فصلي عليها ودفنت.»

وإن لم يظهر حملها، لم تؤخر؛ لاحتمال أن تكون حملت من الزنى، «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - رجم اليهودية والجهنية، ولم يسأل عن استبرائهما.» وقال لأنيس: «اذهب إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها» . ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها. ورجم علي شراحة، ولم يستبرئها. وإن ادعت الحمل قبل قولها، كما قبل النبي - صلى الله عليه وسلم - قول الغامدية. وإن كان الحد جلدا، فإذا وضعت الولد، وانقطع النفاس، وكانت قوية يؤمن تلفها، أقيم عليها الحد، وإن كانت في نفاسها، أو ضعيفة يخاف تلفها، لم يقم

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦/٩

عليها الحد حتى تطهر وتقوى. وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة.

وذكر القاضي، أنه ظاهر كلام الخرقي. وقال أبو بكر: يقام عليها الحد في الحال، بسوط يؤمن معه التلف، فإن خيف عليها من السوط، أقيم بالعثكول. يعني شمراخ النخل، وأطراف الثياب؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر بضرب المريض الذي زنى، فقال: «خذوا له مائة شمراخ، فاضربوه بها ضربة واحدة» .

ولنا، ما روي عن علي – رضي الله عنه – أنه قال: «إن أمة لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – زنت، فأمرني أن أجلدها، فإذا هي حديثة عهد بنفاس، فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها، فذكرت ذلك لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: أحسنت» . رواه مسلم، والنسائي، وأبو داود. ولفظه، قال: «فأتيته، فقال: يا علي، أفرغت؟ فقلت: أتيتها ودمها يسيل. فقال: دعها حتى ينقطع عنها الدم، ثم أقم عليها الحد» .

وفي حديث أبي بكرة، «أن المرأة انطلقت، فولدت غلاما، فجاءت به النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال لها: انطلقي، فتطهري من الدم» . رواه أبو داود. ولأنه لو توالى عليه حدان، فاستوفى أحدهما، لم يستوف الثاني حتى يبرأ من الأول، ولأن في تأخيره إقامة الحد على الكمال، من غير إتلاف، فكان أولى.." (١)

"[فصل إقامة الحد على المريض]

(٧١٤٩) فصل: والمريض على ضربين؛ أحدهما، يرجى برؤه، فقال أصحابنا: يقام عليه الحد، ولا يؤخر. كما قال أبو بكر في النفساء. وهذا قول إسحاق، وأبي ثور، لأن عمر – رضي الله عنه – أقام الحد على قدامة بن مظعون في مرضه، ولم يؤخره، وانتشر ذلك في الصحابة، فلم ينكروه، فكان إجماعا، ولأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة. قال القاضي: وظاهر قول الخرقي تأخيره؛ لقوله فيمن يجب عليه الحد: وهو صحيح عاقل. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لحديث علي – رضي الله عنه – في التي هي حديثة عهد بنفاس، وما ذكرناه من المعنى.

وأما حديث عمر في جلد قدامة، فإنه يحتمل أنه كان مرضا خفيفا، لا يمنع من إقامة الحد على الكمال، ولهذا لم ينقل عنه أنه خفف عنه في السوط، وإنما اختار له سوطا وسطا، كالذي يضرب به الصحيح، ثم إن فعل النبي – صلى الله عليه وسلم – يقدم على فعل عمر، مع أنه اختيار علي وفعله، وكذلك الحكم في تأخيره لأجل الحر والبرد المفرط. الضرب الثاني: المريض الذي لا يرجى برؤه. فهذا يقام عليه الحد في

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٧

الحال ولا يؤخر، بسوط يؤمن معه التلف، كالقضيب الصغير، وشمراخ النخل، فإن خيف عليه من ذلك، جمع ضغث فيه مائة شمراخ، فضرب به ضربة واحدة. وبهذا قال الشافعي.

وأنكر مالك هذا، وقال: قد قال الله تعالى: ﴿فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢] . وهذا جلدة واحدة. ولنا، ما روى أبو أمامة بن سهل بن حنيف، «عن بعض أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم - أن رجلا منهم اشتكى حتى ضني، فدخلت عليه امرأة فهش لها، فوقع بها، فسئل له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه ضربة واحدة» . رواه أبو داود، والنسائي. وقال ابن المنذر: في إسناده مقال. ولأنه لا يخلو من أن يقام الحد على ما ذكرنا، أو لا يقام أصلا، أو يضرب ضربا كاملا لا يجوز تركه بالكلية؛ لأنه يخالف الكتاب والسنة ولا يجوز جلده جلدا تاما؛ لأنه يفضي إلى إتلافه، فتعين ما ذكرناه. وقولهم: هذا جلدة واحدة. قلنا: يجوز أن يقام ذلك في حال العذر مقام مائة، كما قال الله تعالى في حق أيوب: ﴿وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث﴾ [ص: ٤٤] . وهذا أولى من ترك حده بالكلية، أو قتله بما لا يوجب القتل.." (١)

"[مسألة زنى العبد والأمة]

(٧١٥٠) مسألة: قال: (وإذا زنى العبد والأمة، جلد كل واحد منهما خمسين جلدة، ولم يغربا) وجملته أن حد العبد والأمة خمسون جلدة بكرين كانا أو ثيبين. في قول أكثر الفقهاء؛ منهم عمر، وعلي، وابن مسعود، والحسن، والنخعي، ومالك، والأوزاعي، وأبو حنيفة والشافعي، والبتي، والعنبري وقال ابن عباس، وطاوس، وأبو عبيد: إن كانا مزوجين فعليهما نصف الحد، ولا حد على غيرهما؛ لقول الله تعالى: ﴿فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] . فدليل خطابه أنه لا حد على غير المحصنات.

وقال داود على الأمة نصف الحد إذا زنت بعدما زوجت، وعلى العبد جلد مائة بكل حال، وفي الأمة إذا لم تزوج روايتان؛؟ إحداهما، لا حد عليها. والأخرى، تجلد مائة؛ لأن قول الله تعالى: ﴿فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ [النور: ٢] . عام، خرجت منه الأمة المحصنة بقوله: ﴿فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] . فيبقى العبد والأمة التي لم تحصن على مقتضى العموم.

ويحتمل دليل الخطاب في الأمة أن لا حد عليها، لقول ابن عباس. وقال أبو ثور: إذا لم يحصنا بالتزويج،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨/٩

فعليهما نصف الحد، وإن أحصنا فعليهما الرجم؛ لعموم الأخبار فيه، ولأنه حد لا يتبعض، فوجب تكميله، كالقطع في السرقة. **ولنا**، ما روى ابن شهاب، عن عبيد الله بن عبد الله، عن أبي هريرة وزيد بن خالد، وسئل، قالوا: «سئل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – عن الأمة إذا زنت ولم تحصن، فقال: إذا زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت فبيعوها ولو بضفير» . متفق عليه. قال ابن شهاب: وهذا نص في جلد الأمة إذا لم تحصن، وهو حجة على ابن عباس، وموافقيه وداود.

وجعل داود عليها مائة إذا لم تحصن، وخمسين إذا كانت محصنة، خلاف ما شرع الله تعالى، فإن الله ضاعف عقوبة المحصنة على غيرها، فجعل الرجم على المحصنة، والجلد على البكر وداود ضاعف عقوبة البكر على المحصنة، واتباع شرع الله أولى. وأما دليل الخطاب، فقد روي عن ابن مسعود، رحمة الله عليه، أنه قال: إحصانها إسلامها وأقراؤها. بفتح الألف. ثم دليل الخطاب إنما يكون دليلا إذا لم يكن للتخصيص بالذكر فائدة، سوى اختصاصه بالحكم، ومتى كانت له فائدة أخرى، لم يكن دليلا، مثل أن يخرج مخرج الغالب، أو للتنبيه، أو لمعنى من المعاني، وقد قال الله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم﴾ [النساء: ٢٣] . ولم يختص التحريم باللاتي في." (١)

"الزانيين رقيقا، والآخر حرا، فعلى كل واحد منهما حده. ولو زنى بكر بثيب، حد كل واحد منهما حده؛ لأن كل واحد منهما إنما تلزمه عقوبة جنايته. ولو زنى بعد العتق، وقبل العلم به، فعليه حد الأحرار؛ لأنه زنى وهو حر. وإن أقيم عليه حد الرقيق قبل العلم بحريته، ثم علمت بعد تمم عليه حد الأحرار. وإن عفا السيد عن عبده، لم يسقط عنه الحد، في قول عامة أهل العلم، إلا الحسن، قال: يصح عفوه. وليس بصحيح؛ لأنه حق لله تعالى، فلا يسقط بإسقاط سيده، كالعبادات، وكالحر إذا عفا عنه الإمام.

[فصل هل للسيد إقامة الحد بالجلد على رقيقة القن]

(٧١٥٣) فصل: وللسيد إقامة الحد بالجلد على رقيقه القن، في قول أكثر العلماء. روي نحو ذلك عن علي، وابن مسعود، وابن عمر، وأبي حميد وأبي أسيد الساعديين، وفاطمة ابنة النبي – صلى الله عليه وسلم – وعلقمة، والأسود، والزهري، وهبيرة بن مريم، وأبي ميسرة، ومالك، والثوري، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر. وقال ابن أبي ليلى: أدركت بقايا الأنصار يجلدون ولائدهم في مجالسهم الحدود إذا زنوا. وعن الحسن بن محمد، أن فاطمة حدت جارية لها زنت. وعن إبراهيم، أن علقمة والأسود كانا يقيمان الحدود

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٩

على من زنى من خدم عشائرهم. روى ذلك سعيد، في " سننه ".

وقال أصحاب الرأي: ليس له ذلك؛ لأن الحدود إلى السلطان، ولأن من لا يملك إقامة الحد على الحر لا يملكه على العبد، كالصبي، ولأن الحد لا يجب إلا ببينة أو إقرار، ويعتبر لذلك شروط، من عدالة الشهود، ومجيئهم مجتمعين، أو في مجلس واحد، وذكر حقيقة الزنى، وغير ذلك من الشروط التي تحتاج إلى فقيه يعرفها، ويعرف الخلاف فيها، والصواب منها، وكذلك الإقرار، فينبغي أن يفوض ذلك إلى الإمام أو نائبه، كحد الأحرار، ولأنه حد هو حق لله تعالى، فيفوض إلى الإمام، كالقتل والقطع **ولنا** ما روى سعيد، حدثنا سفيان عن أيوب بن موسى، عن سعيد بن أبي سعيد، عن أبي هريرة. عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا زنت أمة أحدكم، فتيقن زناها، فليجلدها، ولا يثرب بها، فإن عادت، فليجلدها، ولا يثرب بها، فإن عادت فليجلدها، ولا يثرب بها، فإن عادت الرابعة، فليجلدها، وليبعها ولو بضفير» .." [١]

"[فصل فجر بأمة ثم قتلها]

(٧١٥٤) فصل: وإن فجر بأمة، ثم قتلها، فعليه الحد وقيمتها. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور، وقال أبو يوسف: إذا أوجبت عليه قيمتها، أسقطت الحد عنه؛ لأنه يملكها بغرامته لها، فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد. **ولنا**، أن الحد وجب عليه، فلم يسقط بقتل المزني بها، كما لو كانت حرة فغرم ديتها. وقولهم: إنه يملكها. غير صحيح؛ لأنه إنما غرمها بعد قتلها، ولم يبق محلا للملك، ثم لو ثبت أنه ملكها، فإنما ملكها بعد وجوب الحد، فلم يسقط عنه الحد، كما لو اشتراها، ولو زنى بأمة، ثم اشتراها، لم يسقط عنه، الحد، مع ثبوت حقيقة الملك له، فهاهنا أولى. ولو زنى بأمة، ثم غصبها، فأبقت من يده، ثم غرمها، لم يسقط عنه الحدان لأنه إذا لم يسقط بالملك المتفق عليه، فبالمختلف فيه أولى.

[فصل زنى من نصفه حر ونصفه رقيق]

(٧١٥٥) فصل: وإذا زنى من نصفه حر، ونصفه رقيق، فلا رجم عليه؛ لأنه لم تكمل الحرية فيه، وعليه نصف حد الحر خمسون جلدة، ونصف حد العبد خمس وعشرون، فيكون عليه خمس وسبعون جلدة، ويغرب نصف عام. نص عليه أحمد. ويحتمل أن لا يغرب؛ لأن حق السيد في جميعه في جميع الزمان، ونصيبه من العبد لا تغريب عليه، فلا يلزمه ترك حقه في بعض الزمان بما لا يلزمه، ولا تأخير حقه بالمهايأة من غير رضاه. وإن قلنا بوجوب تغريبه، فينبغي أن يكون زمن التغريب محسوبا على العبد من نصيبه الحر،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥١

وللسيد نصف عام بدلا عنه، وما زاد من الحرية أو نقص منها، فبحساب ذلك، فإن كان فيها كسر، مثل أن يكون ثلثه حرا، فمقتضى ما ذكرناه أن يلزمه ثلثا جلد الحر. وهو ست وستون جلدة وثلثان، فينبغي أن يسقط الكسر؛ لأن الحد متى دار بين الوجوب والإسقاط، سقط. والمدبر والمكاتب وأم الولد، بمنزلة القن في الحد؛ لأنه رقيق كله، وقد روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.»

[مسألة الزاني من أتي الفاحشة من قبل أودبر]

(٧١٥٦) مسألة: قال: (والزاني من أتى الفاحشة من قبل أو دبر) لا خلاف بين أهل العلم، في أن من وطئ امرأة في قبلها حراما لا شبهة له في وطئها، أنه زان يجب عليه حد الزنى، إذا كملت شروطه. والوطء في الدبر مثله في كونه زنى لأنه وطء في فرج امرأة، لا ملك له فيها، ولا شبهة ملك، فكان زنى، كالوطء في القبل؛ ولأن الله تعالى قال: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم﴾ [النساء: ١٥] . الآية. ثم بين النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه «قد جعل الله لهن سبيلا: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام.»." (١)

"ثم زنى بها، ثم يبطل بالاستيلاء عليها، فإن الاستيلاء سبب للملك في المباحات، وليس بشبهة.

وأما إذا اشترى أخته من الرضاع، فلنا فيه منع، وإن سلمنا، فإن الملك المقتضي للإباحة صحيح ثابت، وإنما تخلفت الإباحة لمعارض، بخلاف مسألتنا؛ فإن المبيح غير موجود؛ لأن عقد النكاح باطل، والملك به غير ثابت، فالمقتضي معدوم، فافترقا، فأشبه ما لو اشترى خمرا فشربه، أو غلاما فوطئه. إذا ثبت هذا، فاختلف في الحد، فروي عن أحمد أنه يقتل على كل حال. وبهذا قال جابر بن زيد، وإسحاق، وأبو أيوب، وابن أبي خيثمة. وروى إسماعيل بن سعيد، عن أحمد، في رجل تزوج امرأة أبيه، أو بذات محرم، فقال: يقتل ويؤخذ ماله إلى بيت المال.

والرواية الثانية، حده حد الزاني وبه قال الحسن، ومالك، والشافعي؛ لعموم الآية والخبر. ووجه الأولى، ما روى «البراء. قال: لقيت عمي ومعه الراية، فقلت: إلى أين تريد؟ فقال: بعثني رسول الله - صلى الله عليه وسلم – إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده، أن أضرب عنقه، وآخذ ماله.» رواه أبو داود والجوزجاني، وابن ماجه، والترمذي. وقال: حديث حسن، وسمى الجوزجاني عمه الحارث بن عمرو. وروى الجوزجاني، وابن ماجه، بإسنادهما عن ابن عباس، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «من وقع على ذات

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٤

محرم، فاقتلوه» ورفع إلى الحجاج رجل اغتصب أخته على نفسها، فقال: احبسوه، وسلوا من هاهنا من أصحاب النبي - صلى الله عليه وسلم -. فسألوا عبد الله بن أبي مطرف، فقال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من تخطى المؤمنين، فخطوا وسطه بالسيف» . وهذه الأحاديث أخص ما ورد في الزنى، فتقدم. والقول في من زنى بذات محرمه من غير عقد، كالقول في من وطئها بعد العقد.

[فصل كل نكاح أجمع على بطلانه هل يعتبر زنا]

(٧١٥٩) فصل: وكل نكاح أجمع على بطلانه، كنكاح خامسة، أو متزوجة، أو معتدة، أو نكاح المطلقة ثلاثا، إذا وطئ فيه عالما بالتحريم، فهو زنى، موجب للحد المشروع فيه قبل العقد، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة وصاحباه: لا حد فيه؛ لما ذكروه في الفصل الذي قبل هذا. وقال النخعي: يجلد مائة، ولا ينفى. **ولنا**، ما ذكرناه فيما مضى، وروى أبو نصر المروذي، بإسناده عن عبيد بن نضلة، قال: رفع إلى عمر بن الخطاب امرأة تزوجت في عدتها، فقال: هل علمتما؟ فقالا: لا. قال: لو علمتما لرجمتكما. فجلده أسواطا، ثم فرق بينهما.

وروى أبو بكر، بإسناده عن خلاس، قال: رفع إلى علي، - عليه السلام -، امرأة تزوجت ولها." (١)

"زوج كتمته، فرجمها، وجلد زوجها الآخر مائة جلدة. فإن لم يعلم تحريم ذلك، فلا حد عليه، لعذر الجهل، ولذلك درأ عمر عنهما الحد؛ لجهلهما.

[فصل إقامة الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه]

(٧١٦٠) فصل: ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه، كنكاح المتعة، والشغار، والتحليل، والنكاح بلا ولي ولا شهود، ونكاح الأخت في عدة أختها البائن، ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن، ونكاح المجوسية. وهذا قول أكثر أهل العلم؛ لأن الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن الحدود تدرأ بالشبه.

[فصل وطء جارية مشتركة بينه بين غيره]

(٧١٦١) فصل: ولا يجب الحد بوطء جارية مشتركة بينه بين غيره. وبه قال مالك، والشافعي، وأصحاب

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٦

الرأي. وقال أبو ثور: يجب. **ولنا**، أنه فرج له ملك، فلا يحد بوطئه، كالمكاتبة والمرهونة.

[فصل اشترى أمه أو أخته من الرضاعة ونحوهما ووطئهما]

(٧١٦٢) فصل: وإن اشترى أمه أو أخته من الرضاعة ونحوهما، ووطئهما، فذكر القاضي عن أصحابنا، أن عليه الحد؛ لأنه فرج لا يستباح بحال، فوجب الحد بالوطء، كفرج الغلام. وقال بعض أصحابنا: لا حد فيه. وهو قول أصحاب الرأي، والشافعي؛ لأنه وطء في فرج مملوك له، يملك المعاوضة عنه، وأخذ صداقه، فلم يجب به الحد، كوطء الجارية المشتركة. فأما إن اشترى ذات محرمه من النسب، ممن يعتق عليه، ووطئها، فعليه الحد. لا نعلم فيه خلافا؛ لأن الملك لا يثبت فيها، فلم توجد الشبهة.

[فصل فيمن زفت إليه غير زوجته فوطئها يعتقدها زوجته]

(٧١٦٣) فصل: فإن زفت إليه غير زوجته، وقيل: هذه زوجتك. فوطئها يعتقدها زوجته، فلا حد عليه. لا نعلم فيه خلافا. وإن لم يقل له: هذه زوجتك. أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته، أو جاريته، فوطئها، أو دعا زوجته أو جاريته، فجاءته غيرها، فظنها المدعوة، فوطئها، أو اشتبه عليه ذلك؛ لعماه فلا حد عليه وبه قال الشافعي. وحكي عن أبي حنيفة، أن عليه الحد؛ لأنه وطئ في محل لا ملك له فيه. **ولنا**، أنه وطء اعتقد إباحته بما يعذر مثله فيه، فأشبه ما لو قيل له: هذه زوجتك. ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، وهذه من أعظمها. فأما إن دعا محرمة عليه، فأجابه غيرها، فوطئها يظنها المدعوة، فعليه الحد، سواء." (١)

"كانت المدعوة ممن له فيها شبهة، كالجارية المشتركة، أو لم يكن؛ لأنه لا يعذر بهذا، فأشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه أو عبده، فبان أجنبيا.

[فصل لم يعلم تحريم الزنى]

(٧١٦٤) فصل: ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنى. قال عمر، وعثمان، وعلي، لا حد إلا على من علمه. وبهذا قال عامة أهل العلم. فإن ادعى الزاني الجهل بالتحريم، وكان يحتمل أن يجهله، كحديث العهد بالإسلام والناشئ ببادية، قبل منه؛ لأنه يجوز أن يكون صادقا، وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك، كالمسلم الناشئ بين المسلمين، وأهل العلم، لم يقبل؛ لأن تحريم الزنى لا يخفى على من هو كذلك، فقد

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٧

علم كذبه. وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل، قبل قوله؛ لأن عمر قبل قول المدعي الجهل بتحريم النكاح في العدة، ولأن مثل هذا يجهل كثيرا، ويخفى على غير أهل العلم.

[فصل وطئ جارية غيره]

(٧١٦٥) فصل: فإن وطئ جارية غيره، فهو زان. سواء كان بإذنه أو غير إذنه؛ لأن هذا مما لا يستباح بالبذل والإباحة، وعليه الحد إلا في موضعين؛ أحدهما، الأب إذا وطئ جارية ولده، فإنه لا حد عليه. في قول أكثر أهل العلم؛ منهم مالك، وأهل المدينة، والأوزاعي، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور، وابن المنذر: عليه الحد، إلا أن يمنع منه إجماع؛ لأنه وطء في غير ملك، أشبه وطء جارية أبيه. **ولنا**، أنه وطء تمكنت الشبهة منه، فلا يجب به الحد، كوطء الجارية المشتركة، والدليل على تمكن الشبهة قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أنت ومالك لأبيك» . فأضاف مال ولده إليه، وجعله له، فإذا لم تثبت حقيقة الملك، فلا أقل من جعله شبهة دارئة للحد الذي يندرئ بالشبهات، ولأن القائلين بانتفاء الحد في عصر مالك، والأوزاعي، ومن وافقهما، قد اشتهر قولهم، ولم يعرف لهم مخالف، فكان ذلك إجماعا، ولا حد على الجارية؛ لأن الحد انتفى عن الواطئ لشبهة الملك، فينتفي عن الموطوءة، كوطء الجارية المشتركة؛ ولأن الملك من قبيل المتضايفات، إذا ثبت في أحد المتضايفين ثبت في الآخر، فكذلك شبهته، ولا يصح القياس على وطء جارية الأب؛ لأنه لا ملك للولد فيها، ولا شبهة ملك، بخلاف مسألتنا. وذكر ابن أبي موسى قولا في وطء جارية الأب والأم، أنه لا يحد؛ لأنه لا يقطع بسرقة ماله، أشبه الأب. والأول أصح، وعليه عامة أهل العلم فيما علمناه.." (١)

"أربع مرات؟ قال: نعم، على حديث ماعز، هو أحوط. قلت له: في مجلس واحد، أو في مجالس شتى؟ قال: أما الأحاديث، فليست تدل إلا على مجلس واحد، إلا ذاك الشيخ بشير بن مهاجر، عن عبد الله بن بريدة، عن أبيه، وذاك عندي منكر الحديث، وقال أبو حنيفة: لا يثبت إلا بأربع إقرارات، في أربعة مجالس؛ لأن ماعزا أقر في أربعة مجالس. **ولنا**، أن الحديث الصحيح إنما يدل على أنه أقر أربعا في مجلس واحد. وقد ذكرنا الحديث، ولأنه إحدى حجتي الزنى، فاكتفى به في مجلس واحد، كالبينة.

[فصل ما يعتبر في صحة الإقرار بالزنا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٨

(٧١٧٤) فصل: يعتبر في صحة الإقرار أن يذكر حقيقة الفعل، لتزول الشبهة؛ لأن الزنى يعبر عما ليس بموجب للحد. وقد روى ابن عباس؛ «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لماعز: لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت. قال: لا. قال: أفنكتها. لا يكني. قال: نعم. قال: فعند ذلك أمر برجمه» . رواه البخاري. وفي رواية عن أبي هريرة، «قال: أفنكتها؟ . قال: نعم. قال: حتى غاب ذاك منك في ذاك منها؟ . قال: نعم. قال: كما يغيب المرود في المكحلة، والرشاء في البئر. قال: نعم. قال: فهل تدري ما الزنى؟ . قال: نعم، أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا» . وذكر الحديث رواه أبو داود.

[فصل أقر أنه زنى بامرأة فكذبته]

(٧١٧٥) فصل: فإن أقر أنه زنى بامرأة فكذبته، فعليه الحد دونها. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: لا حد عليه؛ لأنا صدقناها في إنكارها، فصار محكوما بكذبه. **ولنا**، ما روى أبو داود، بإسناده عن سهل بن سعد الساعدي، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أن رجلا أتاه، فأقر عنده أنه زنى بامرأة، فسماها له، فبعث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إلى المرأة، فسألها عن ذلك، فأنكرت أن تكون زنت، فجلده الحد وتركها» .

ولأن انتفاء ثبوته في حقها لا يبطل إقراره، كما لو سكتت، أو كما لو لم يسأل، ولأن عموم الخبر يقتضي وجوب الحد عليه باعترافه، وهو قول عمر: إذا كان الحبل أو الاعتراف. وقولهم: إننا صدقناها في إنكارها. لا يصح، فإننا لم نحكم بصدقها، وانتفاء الحد إنما كان لعدم المقتضى، وهو الإقرار أو البينة، لا لوجود التصديق؛ بدليل ما لو سكتت، أو لم تكمل البينة. إذا ثبت هذا، فإن الحر والعبد، والبكر والثيب، في الإقرار سواء؛ لأنه أحد حجتي الزنى، فاستوى فيه الكل، كالبينة.

[مسألة اعتبار البلوغ والعقل في إقامة الحد]

(٧١٧٦) مسألة: قال: (وهو بالغ صحيح عاقل)." [١]

"الشرط الثالث: الحرية، فلا تقبل فيه شهادة العبيد.

ولا نعلم في هذا خلافا، إلا رواية حكيت عن أحمد، أن شهادتهم تقبل. وهو قول أبي ثور؛ لعموم النصوص فيه؛ ولأنه عدل ذكر مسلم فتقبل شهادته، كالحر. **ولنا** أنه مختلف في شهادته في سائر الحقوق، فيكون

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦٥

ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته في الحد؛ لأنه يندرئ بالشبهات.

الشرط الرابع: العدالة، ولا خلاف في اشتراطها؛ فإن العدالة تشترط في سائر الشهادات، فهاهنا مع مزيد الاحتياط أولى، فلا تقبل شهادة الفاسق، ولا مستور الحال الذي لا تعلم عدالته؛ لجواز أن يكون فاسقا.

الخامس: أن يكونوا مسلمين، فلا تقبل شهادة أهل الذمة فيه، سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمي؛ لأن أهل الذمة كفار، لا تتحقق العدالة فيهم، ولا تقبل روايتهم ولا أخبارهم الدينية، فلا تقبل شهادتهم، كعبدة الأوثان.

الشرط السادس، أن يصفوا الزنا، فيقولوا: رأينا ذكره في فرجها كالمرود في المكحلة، والرشاء في البئر. وهذا قول معاوية بن أبي سفيان، والزهري، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي؛ لما روي في قصة «ماعز، أنه لما أقر عند النبي – صلى الله عليه وسلم – بالزنا، فقال: أنكتها. فقال: نعم. فقال: حتى غاب ذلك منك، في ذلك منها، كما يغيب المرود في المكحلة، والرشاء في البئر؟ . قال: نعم.» وإذا اعتبر التصريح في الإقرار، كان اعتباره في الشهادة أولى.

وروى أبو داود، بإسناده عن جابر، قال: «جاءت اليهود برجل منهم وامرأة زنيا، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: ائتوني بأعلم رجلين منكم. فأتوه بابني صوريا، فنشدهما: كيف تجدان أمر هذين في التوراة؟ . قالا: نجده في التوراة إذا شهد أربعة أنهم رأوا ذكره في فرجها، مثل الميل في المكحلة، رجما. قال: فما يمنعكم أن ترجموهما؟ قالا: ذهب سلطاننا، وكرهنا القتل. فدعا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالشهود، فجاء أربعة، فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها مثل الميل في المكحلة، فأمر النبي – صلى الله عليه وسلم – برجمهما.» ولأنهم إذا لم يصفوا الزنا احتمل أن يكون المشهود به لا يوجب الحد فاعتبر كشفه.

قال بعض أهل العلم: يجوز للشهود أن ينظروا إلى ذلك منهما، لإقامة الشهادة عليهما ليحصل الردع بالحد، فإن شهدوا أنهم رأوا ذكره قد غيبه في فرجها كفى، والتشبيه تأكيد. وأما تعيينهم المزني بها أو الزاني، إن كانت الشهادة على امرأة، ومكان الزنا، فذكر القاضي أنه يشترط، لئلا تكون المرأة ممن اختلف في إباحتها، ويعتبر ذكر المكان، لئلا تكون شهادة أحدهم على غير الفعل." (١)

"الذي شهد به الآخر، ولهذا «سأل النبي – صلى الله عليه وسلم – ماعزا، فقال: إنك أقررت أربعا، فبمن؟» . وقال ابن حامد: لا يحتاج إلى ذكر هذين؛ لأنه لا يعتبر ذكرهما في الإقرار، ولم يأت ذكرهما

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٧٠

في الحديث الصحيح، وليس في حديث الشهادة في رجم اليهوديين ذكر المكان؛ ولأن ما لا يشترط فيه ذكر الزمان لا يشترط فيه ذكر المكان، كالنكاح، ويبطل ما ذكره بالزمان.

الشرط السابع، مجيء الشهود كلهم في مجلس واحد. ذكره الخرقي، فقال: وإن جاء أربعة متفرقين، والحاكم جالس في مجلس حكمه، لم يقم قبل شهادتهم، وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم، كانوا قذفة، وعليهم الحد. وبهذا قال مالك، وأبو حنيفة.

وقال الشافعي، والبتي، وابن المنذر: لا يشترط ذلك؛ لقول الله تعالى: ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء﴾ [النور: ١٣] . ولم يذكر المجلس، وقال تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت﴾ [النساء: ١٥] . ولأن كل شهادة مقبولة إن اتفقت، تقبل إذا افترقت في مجالس، كسائر الشهادات.

ولنا أن أبا بكرة ونافعا وشبل بن معبد شهدوا عند عمر، على المغيرة بن شعبة بالزنا، ولم يشهد زياد، فحد الثلاثة.

ولو كان المجلس غير مشترط، لم يجز أن يحدهم؛ لجواز أن يكملوا برابع في مجلس آخر؛ ولأنه لو شهد ثلاثة، فحدهم، ثم جاء رابع فشهد، لم تقبل شهادته، ولولا اشتراط المجلس، لكملت شهادتهم. وبهذا فارق سائر الشهادات. وأما الآية: فإنها لم تتعرض للشروط، ولهذا لم تذكر العدالة، وصفة الزنا؛ ولأن قوله: ﴿ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾ [النور: ٤] . لا يخلو من أن يكون مطلقا في الزمان كله، أو مقيدا، لا يجوز أن يكون مطلقا؛ لأنه يمنع من جواز جلدهم؛ لأنه ما من زمن إلا يجوز أن يأتي فيه بأربعة شهداء، أو بكمالهم إن كان قد شهد بعضهم، فيمتنع جلدهم المأمور به، فيكون تناقضا، وإذا ثبت أنه مقيد، فأولى ما قيد بالمجلس؛ لأن المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة، ولهذا ثبت فيه خيار المجلس، واكتفي فيه بالقبض فيما يعتبر القبض فيه.

إذا ثبت هذا، فإنه لا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم، ولو جاءوا متفرقين واحدا بعد واحد، في مجلس واحد، قبل شهادتهم. وقال مالك، وأبو حنيفة: إن جاءوا متفرقين، فهم قذفة؛ لأنهم لم يجتمعوا في مجيئهم، فلم تقبل شهادتهم، كالذين لم يشهدوا في مجلس واحد. **ولنا** قصة المغيرة، فإن الشهود جاءوا واحدا بعد واحد وسمعت شهادتهم، وإنما حدوا لعدم كمالها. وفي حديثه، أن أبا بكرة قال: أرأيت إن جاء آخر يشهد، أكنت ترجمه؟ . قال عمر: أي، والذي نفسي." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٧١

"[فصل كمل شهود الزنا أربعة غير مرضيين أو واحد منهم]

(٧١٨٦) فصل: وإن كملوا أربعة غير مرضيين، أو واحد منهم، كالعبيد والفساق والعميان، ففيهم ثلاث؛ روايات؛ إحداهن: عليهم الحد. وهو قول مالك. قال القاضي: هذا الصحيح؛ لأنها شهادة لم تكمل، فوجب الحد على الشهود، كما لو كانوا ثلاثة. والثانية: لا حد عليهم. وهو قول الحسن، والشعبي، وأبي حنيفة، ومحمد؛ لأن هؤلاء قد جاءوا بأربعة شهداء، فدخلوا في عموم الآية؛ لأن عددهم قد كمل، ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم، فأشبه ما لو شهد أربعة مستورون، ولم تثبت عدالتهم ولا فسقهم.

الثالثة: إن كانوا عميانا أو بعضهم، جلدوا، وإن كانوا عبيدا أو فساقا، فلا حد عليهم. وهو قول الثوري، وإسحاق؛ لأن العميان معلوم كذبهم؛ لأنهم شهدوا بما لم يروه يقينا، والآخرون يجوز صدقهم، وقد كمل عددهم، فأشبهوا مستوري الحال. وقال أصحاب الشافعي: إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر، كالعمى، والرق، والفسق الظاهر ففيهم قولان، وإن كان لمعنى خفي، فلا حد عليهم؛ لأن ما يخفى يخفى على الشهود، فلا يكون ذلك تفريطا منهم، بخلاف ما يظهر.

وإن شهد ثلاثة رجال وامرأتان، حد الجميع؛ لأن شهادة النساء في هذا الباب كعدمها.

وبهذا قال الثوري، وأصحاب الرأي. وهذا يقوي رواية إيجاب الحد على الأولين، وينبه على إيجاب الحد فيما إذا كانوا عميانا أو أحدهم؛ لأن المرأتين يحتمل صدقهما، وهما من أهل الشهادة في الجملة، والأعمى كاذب يقينا، وليس من أهل الشهادة على الأفعال، فوجوب الحد عليهم وعلى من معهم أولى.

[فصل رجع شهود الزنا عن الشهادة أو واحد منهم]

(٧١٨٧) فصل: وإن رجعوا عن الشهادة، أو واحد منهم، فعلى جميعهم الحد في أصح الروايتين. وهو قول أبي حنيفة. والثانية: يحد الثلاثة دون الراجع. وهذا اختيار أبي بكر وابن حامد؛ لأنه إذا رجع قبل الحد، فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله، فيسقط عنه الحد؛ ولأن في درء الحد عنه تمكينا له من الرجوع الذي يحصل به مصلحة المشهود عليه، وفي إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع، خوفا من الحد، فتفوت تلك المصلحة، وتتحقق المفسدة، فناسب ذلك نفي الحد عنه.

وقال الشافعي: يحد الراجع دون الثلاثة؛ لأنه مقر على نفسه بالكذب في قذفه، وأما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم، وإنما سقط بعد وجوبه برجوع الراجع، ومن وجب الحد بشهادته، لم يكن قاذفا، فلم يحد، كما لو لم يرجع. **ولنا** أنه نقص العدد بالرجوع قبل إقامة الحد، فلزمهم الحد، كما لو شهد ثلاثة، وامتنع

الرابع من الشهادة.

وقولهم: وجب الحد بشهادتهم. يبطل بما إذا رجعوا كلهم، وبالراجع وحده، فإن الحد وجب ثم سقط، ووجب." (١)

"أنه زنى بها في ثوب كتان، وشهد اثنان أنه زنى بها في ثوب خز، كملت شهادتهم. وقال الشافعي: لا تكمل؛ لتنافي الشهادتين. ولنا أنه لا تنافي بينهما، فإنه يمكن أن يكون عليه قميصان، فذكر كل اثنين واحدا، وتركا ذكر الآخر، ويمكن أن يكون عليه قميص أبيض وعليها قميص أحمر، وإذا أمكن التصديق، لم يجز التكذيب.

[فصل شهد اثنان أنه زنى بها مكرهة وشهد اثنان أنه زنى بها مطاوعة]

(٧١٩١) فصل: وإن شهد اثنان أنه زنى بها مكرهة، وشهد اثنان أنه زنى بها مطاوعة، فلا حد عليها إجماعا؛ فإن الشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد. وفي الرجل وجهان؛ أحدهما: لا حد عليه. وهو قول أبي بكر، والقاضي، وأكثر الأصحاب، وقول أبي حنيفة، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأن البينة لم تكمل على فعل واحد، فإن فعل المطاوعة غير فعل المكرهة، ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين؛ ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين، وذلك يمنع قبول الشهادة، أو يكون شبهة في درء الحد، ولا يخرج عن أن يكون قول واحد منهما مكذبا للآخر، إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة في أحدهما، مكرهة في الآخر، وهذا يمنع كون الشهادة كاملة على فعل واحد؛ ولأن شاهدي المطاوعة قاذفان لها، ولم تكمل البينة عليها، فلا تقبل شهادتهما على غيرها.

والوجه الثاني: يجب الحد عليه. اختاره أبو الخطاب، وهو قول أبي يوسف ومحمد، ووجه ثان للشافعي؛ لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه، واختلافهما إنما هو فعلها، لا فعله، فلا يمنع كمال الشهادة عليه. وفي الشهود ثلاثة أوجه؛ أحدها: لا حد عليهم. وهو قول من أوجب الحد على الرجل بشهادتهم. والثاني: عليهم الحد؛ لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم، فلزمهم الحد، كما لو لم يكمل عددهم. والثالث: يجب الحد على شاهدي المطاوعة؛ لأنهما قذفا المرأة بالزنا ولم تكمل شهادتهم عليها، ولا يجب على شاهدي الإكراه؛ لأنهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل، وإنما انتفى عنه الحد للشبهة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧٣/٩

[فصل تمت الشهادة بالزنا فصدقهم المشهود عليه بالزنا]

(٧١٩٢) فصل: وإذا تمت الشهادة بالزنا فصدقهم المشهود عليه بالزنا، لم يسقط الحد. وقال أبو حنيفة يسقط؛ لأن شرط صحة البينة الإنكار، وما كمل الإقرار. ولنا قول الله تعالى: ﴿فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا﴾ [النساء: ١٥] . وبين النبي – صلى الله عليه وسلم – السبيل بالحد، فتجب إقامته؛ ولأن البينة تمت عليه، فوجب الحد، كما لو لم يعترف؛." (١)

"ولأن البينة أحد حجتي الزنا، فلم يبطل بوجود الحجة الأخرى أو بعضها، كالإقرار، يحققه أن وجود الإقرار يؤكد البينة، ويوافقها، ولا ينافيها، فلا يقدح فيها، كتزكية الشهود والثناء عليهم، ولا نسلم اشتراط الإنكار، وإنما يكتفى بالإقرار في غير الحد إذا وجد بكماله، وها هنا لم يكمل، فلم يجز الاكتفاء به، ووجب سماع البينة، والعمل بها.

وعلى هذا لو أقر مرة، أو دون الأربع لم يمنع ذلك سماع البينة عليه، ولو تمت البينة عليه، وأقر على نفسه إقرارا تاما، ثم رجع عن إقراره، لم يسقط عنه الحد برجوعه، وقوله يقتضي خلاف ذلك.

[فصل شهد شاهدان واعترف هو مرتين بالزنا]

(٧١٩٣) فصل: وإن شهد شاهدان، واعترف هو مرتين، لم تكمل البينة، ولم يجب الحد. لا نعلم في هذا خلافا بين من اعتبر إقرار أربع مرات، وهو قول أصحاب الرأي؛ لأن إحدى الحجتين لم تكمل، ولا تلفق إحداهما بالأخرى، كإقرار بعض مرة.

[فصل كملت البينة ثم مات الشهود أو غابوا]

(٧١٩٤) فصل: وإن كملت البينة، ثم مات الشهود أو غابوا، جاز الحكم بها، وإقامة الحد. وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يجوز الحكم؛ لجواز أن يكونوا رجعوا وهذه شبهة تدرأ الحد. ولنا أن كل شهادة جاز الحكم بها مع حضور الشهود، جاز مع غيبتهم، كسائر الشهادات، واحتمال رجوعهم ليس بشبهة كما لو حكم بشهادتهم.

[فصل شهدوا بزنا قديم أو أقر به]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٧٥

(٧١٩٥) فصل: وإن شهدوا بزنا قديم، أو أقر به، وجب الحد. وبهذا قال مالك، والأوزاعي، والثوري، وإسحاق، وأبو ثور، وقال أبو حنيفة: لا أقبل بينة على زنا قديم، وأحده بالإقرار به. وهذا قول ابن حامد. وذكره ابن أبي موسى مذهبا لأحمد؛ لما روي عن عمر أنه قال: أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته، فإنما هم شهود ضغن؛ ولأن تأخيره للشهادة إلى هذا الوقت يدل على التهمة، فيدرأ ذلك الحد.

ولنا عموم الآية وأنه حق يثبت على الفور، فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان، كسائر الحقوق.

والحديث رواه الحسن مرسلا، ومراسيل الحسن ليست بالقوية، والتأخير يجوز أن يكون لعذر أوغيبة، والحد لا يسقط بمطلق الاحتمال، فإنه لو سقط بكل احتمال، لم يجب حد أصلا.

[فصل الشهادة بالحد من غير مدع]

(٧١٩٦) فصل: وتجوز الشهادة بالحد من غير مدع. لا نعلم فيه اختلافا، ونص عليه أحمد، واحتج بقضية أبي بكرة، حين شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم دعوى، وشهد الجارود وصاحبه على قدامة بن مظعون بشرب الخمر، ولم يتقدمه دعوى. ولأن الحد حق لله تعالى فلم تفتقر الشهادة به إلى تقدم دعوى، كالعبادات،." (١)

"يبينه أن الدعوى في سائر الحقوق إنما تكون من المستحق، وهذا لا حق فيه لأحد من الآدميين فيدعيه، فلو وقعت الشهادة على الدعوى لامتنعت إقامتها.

إذا ثبت هذا فإن من عنده شهادة على حد، فالمستحب أن لا يقيمها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «من ستر عورة مسلم في الدنيا ستره الله في الدنيا والآخرة» . وتجوز إقامتها؛ لقول الله تعالى: ﴿فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [النساء: ١٥] . ولأن الذين شهدوا بالحد في عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه، لم تنكر عليهم شهادتهم به. ويستحب للإمام وغيره التعريض بالوقوف عن الشهادة؛ بدليل قول عمر لزياد: إني لأرى رجلا أرجو أن لا يفضح الله على يديه رجلا من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. ولأن تركها أفضل، فلم يكن بأس بدلالته على الفضل.

وقد روي أن رجلا سأل عقبة بن عامر، فقال إن لي جيرانا يشربون الخمر، أفأرفعهم إلى السلطان؟ فقال عقبة بن عامر: إني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من ستر عورة مسلم، ستره الله في الدنيا والآخرة.»

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٧٦

[فصل شهد أربعة على امرأة بالزنا فشهد ثقات من النساء أنها عذراء]

(٧١٩٧) فصل: وإن شهد أربعة على امرأة بالزنا، فشهد ثقات من النساء أنها عذراء، فلا حد عليها، ولا على الشهود، وبهذا قال الشعبي، والثوري، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وقال مالك: عليها الحد؛ لأن شهادة النساء لا مدخل لها في الحدود، فلا تسقط بشهادتهن. ولنا أن البكارة تثبت بشهادة النساء، ووجودها يمنع من الزنا ظاهرا؛ لأن الزنا، لا يحصل بدون الإيلاج في الفرج، ولا يتصور ذلك مع بقاء البكارة؛ لأن البكر هي التي لم توطأ في قبلها، وإذا انتفى الزنا، لم يجب الحد، كما لو قامت البينة بأن المشهود عليه بالزنا مجبوب، وإنما لم يجب الحد على الشهود؛ لكمال عدتهم، مع احتمال صدقهم، فإنه يحتمل أن يكون وطئها ثم عادت عذرتها، فيكون ذلك شبهة في درء الحد عنهم غير موجب له عليها، فإن الحد لا يجب بالشبهات. ويجب أن يكتفى بشهادة امرأة واحدة؛ لأن شهادتها مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال.

فأما إن شهدت بأنها رتقاء، أو ثبت أن الرجل المشهود عليه مجبوب، فينبغي أن يجب الحد على الشهود؛ لأنه يتيقن كذبهم في شهادتهم بأمر لا يعلمه كثير من الناس، فوجب عليهم الحد.

[فصل شهد أربعة على رجل أنه زنى بامرأة وشهد أربعة آخرون على الشهود أنهم هم الزناة]

(٧١٩٨) فصل: إذا شهد أربعة على رجل أنه زنى بامرأة، وشهد أربعة آخرون على الشهود أنهم هم الزناة بها، لم يجب." (١)

"وكتب إلى أمراء الأجناد، أن لا يقتل أحد إلا بإذنه. وروي عن علي، وابن عباس، أنهما قالا: إذا كان في الحد لعل وعسى، فهو معطل. وروى الدارقطني بإسناده عن عبد الله بن مسعود، ومعاذ بن جبل، وعقبة بن عامر، أنهم قالوا: إذا اشتبه عليك الحد، فادرأ ما استطعت. ولا خلاف في أن الحد يدرأ بالشبهات، وهي متحققة هاهنا.

[فصل استأجر امرأة لعمل شيء فزنى بها أو استأجرها ليزني بها]

(٧٢٠٢) فصل: وإذا استأجر امرأة لعمل شيء، فزنى بها، أو استأجرها ليزني بها، وفعل ذلك، أو زنى بامرأة

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٧٧

ثم تزوجها أو اشتراها، فعليهما الحد. وبه قال أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة: لا حد عليهما في هذه المواضع؛ لأن ملكه لمنفعتها شبهة دارئة، ولا يحد بوطء امرأة هو مالك لها. **ولنا** عموم الآية، والأخبار، ووجود المعنى المقتضي لوجوب الحد. وقولهم: إن ملكه منفعتها شبهة. ليس بصحيح، فإنه إذا لم يسقط عنه الحد ببذلها نفسها له، ومطاوعتها إياه، فلأن لا يسقط بملكه نفع محل آخر أولى، وما وجب الحد عليه بوطء مملوكته، وإنما وجب بوطء أجنبية، فتغير حالها لا يسقطه، كما لو ماتت.

[فصل وطئ امرأة له عليها القصاص]

(٧٢٠٣) فصل: وإذا وطئ امرأة له عليها القصاص، وجب عليه الحد؛ لأنه حق له عليها، فلا يسقط الحد عنه، كالدين.

[مسألة رجم بإقرار فرجع قبل أن يقتل]

مسألة: قال (ولو رجم بإقرار، فرجع قبل أن يقتل، كف عنه، وكذلك إن رجع بعد أن جلد، وقبل كمال الحد خلي) قد تقدم شرح هذه المسألة، وذكرنا أن المقر بالحد متى رجع عن إقراره ترك، وكذلك إن أتى بما يدل على الرجوع، مثل الهرب، لم يطلب؛ «لأن ماعزا لما هرب، قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: هلا تركتموه؟» .

ولأن من قبل رجوعه قبل الشروع في الحد، قبل بعد الشروع فيه، كالبينة.

[فصل ما يستحب للإمام أو الحاكم الذي يثبت عنده الحد بالإقرار]

(٧٢٠٥) فصل: ويستحب للإمام، أو الحاكم، الذي يثبت عنده الحد بالإقرار، التعريض له بالرجوع إذا تم، والوقوف عن إتمامه إذا لم يتم، كما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه أعرض عن ماعز، حين أقر عنده، ثم جاءه من الناحية الأخرى، فأعرض عنه، حتى تمم إقراره أربعا، ثم قال: «لعلك قبلت، لعلك لمست» .

وروي أنه قال للذي أقر بالسرقة: «ما إخالك فعلت» . رواه سعيد، عن سفيان، عن يزيد بن خصيفة، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -. وقال: حدثنا هشيم، عن الحكم بن

عتيبة، عن يزيد بن أبي كبشة، عن أبي الدرداء، أنه أتي بجارية سوداء سرقت، فقال لها: أسرقت؟ قولي: لا. فقالت: لا. فخلى سبيلها. ولا بأس أن يعرض بعض الحاضرين له بالرجوع أو بأن لا يقر.." (١)

"والأول أولى؛ لأن من لا يحد قاذفه إذا لم يكن له ولد، لا يحد وله ولد، كالمجنونة. واختلفت الرواية عن أحمد، في اشتراط البلوغ، فروي عنه، أنه شرط. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي؛ لأنه أحد شرطي التكليف، فأشبه العقل؛ ولأن زنا الصبي لا يوجب حدا، فلا يجب الحد بالقذف به، كزنا المجنون. والثانية: لا يشترط؛ لأنه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول الممكن صدقه، فأشبه الكبير. وهذا قول مالك، وإسحاق.

فعلى هذه الرواية، لا بد أن يكون كبيرا يجامع مثله، وأدناه أن يكون للغلام عشر، وللجارية تسع. (٧٢١٠) فصل: ويجب الحد على قاذف الخصي، والمجبوب، والمريض المدنف، والرتقاء، والقرناء. وقال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي لا حد على قاذف مجبوب. قال ابن المنذر: وكذلك الرتقاء. وقال الحسن: لا حد على قاذف الخصي؛ لأن العار منتف عن المقذوف بدون الحد، للعلم بكذب القاذف، والحد إنما يجب لنفي العار. **ولنا** عموم قوله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] . والرتقاء داخلة في عموم هذا؛ ولأنه قاذف لمحصن، فيلزمه الحد، كقاذف القادر على الوطء؛ ولأن إمكان الوطء أمر خفي، لا يعلمه كثير من الناس، فلا ينتفي العار عند من لم يعلمه بدون الحد، فيجب، كقذف المريض.

[فصل الحد على القاذف في غير دار الإسلام]

(٧٢١١) فصل: ويجب الحد على القاذف في غير دار الإسلام. وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب الرأي: لا حد عليه؛ لأنه في دار لا حد على أهلها. **ولنا** عموم قوله تعالى: ﴿والذين يرمون﴾ [النور: ٤] . الآية. ولأنه مسلم مكلف، قذف محصنا، فأشبه من في دار الإسلام.

[فصل قدر حد القاذف]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٨٠

(٧٢١٢) فصل: وقدر الحد ثمانون، إذا كان القاذف حرا؛ للآية والإجماع، رجلا كان أو امرأة. ويشترط أن يكون بالغا عاقلا غير مكره؛ لأن هذه مشترطة لكل حد.." (١)

"[مسألة قال طالب المقذوف بالحد ولم يكن للقاذف بينة]

(٧٢١٣) مسألة: قال: (إذا طالب المقذوف، ولم يكن للقاذف بينة.) وجملته أن يعتبر لإقامة الحد بعد تمام القذف بشروطه شرطان؛ أحدهما: مطالبة المقذوف؛ لأنه حق له، فلا يستوفى قبل طلبه، كسائر حقوقه. الثاني: أن لا يأتي ببينة؛ لقول الله تعالى: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم﴾ [النور: ٤] . فيشترط في جلدهم عدم البينة، وكذلك يشترط عدم الإقرار من المقذوف؛ لأنه في معنى البينة. إن كان القاذف زوجا، اعتبر شرط ثالث، وهو امتناعه من اللعان. ولا نعلم خلافا في هذا كله. وتعتبر استدامة الطلب إلى إقامة الحد، فلو طلب ثم عفا عن الحد، سقط. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور.

وقال الحسن، وأصحاب الرأي: لا يسقط بعفوه؛ لأنه حد فلم يسقط بالعفو، كسائر الحدود. **ولنا** أنه حق لا يستوفى إلا بعد مطالبة الآدمي باستيفائه، فسقط بعفوه، كالقصاص، وفارق سائر الحدود، فإنه لا يعتبر في إقامتها الطلب باستيفائها، وحد السرقة إنما تعتبر فيه المطالبة بالمسروق، لا باستيفاء الحد؛ ولأنهم قالوا تصح دعواه، ويستحلف فيه، ويحكم الحاكم فيه بعلمه، ولا يقبل رجوعه عنه بعد الاعتراف. فدل على أنه حق لآدمي.

[فصل حد قذف الغائب]

(٧٢١٤) فصل: وإذا قلنا بوجوب الحد بقذف من لم يبلغ، لم تجز إقامته حتى يبلغ ويطالب به بعد بلوغه؛ لأن مطالبته قبل البلوغ لا توجب الحد؛ لعدم اعتبار كلامه، وليس لوليه المطالبة عنه؛ لأنه حق شرع للتشفي، فلم يقم غيره مقامه في استيفائه، كالقصاص، فإذا بلغ وطالب، أقيم عليه حينئذ. ولو قذف غائبا، لم يقم عليه الحد حتى يقدم ويطالب، إلا أن يثبت أنه طالب في غيبته. ويحتمل أن لا تجوز إقامته في غيبته بحال؛ لأنه يحتمل أن يعفو بعد المطالبة، فيكون ذلك شبهة في درء الحد؛ لكونه يندرئ بالشبهات. ولو قذف عاقلا، فجن بعد قذفه وقبل طلبه، لم تجز إقامته حتى يفيق ويطلب، وكذلك إن أغمي عليه، فإن كان قد طالب به قبل جنونه وإغمائه، جازت إقامته، كما لو وكل في استيفاء القصاص، ثم جن أو أغمي

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٨٤

عليه قبل استيفائه.

[مسألة قال كان القاذف عبدا أو أمة]

(٧٢١٥) مسألة: قال: (وإن كان القاذف عبدا أو أمة، جلد أربعين، بأدون من السوط الذي يجلد به الحر) أجمع أهل العلم على وجوب الحد على العبد إذا قذف الحر المحصن؛ لأنه داخل في عموم الآية، وحده أربعون، في قول أكثر أهل العلم. روي عن عبد الله بن عامر بن ربيعة؛ أنه قال: أدركت أبا بكر، وعمر،." (١)

"وعثمان، ومن بعدهم من الخلفاء، فلم أرهم يضربون المملوك إذا قذف إلا أربعين. وروى خلاس، أن عليا قال في عبد قذف حرا: نصف الجلد. وجلد أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عبدا قذف حرا ثمانين. وبه قال قبيصة، وعمر بن عبد العزيز. ولعلهم ذهبوا إلى عموم الآية. والصحيح الأول؛ للإجماع المنقول عن الصحابة - رضي الله عنهم -؛ ولأنه حد يتبعض، فكان العبد فيه على النصف من الحر، كحد الزنا، وهو يخص عموم الآية، وقد عيب على أبي بكر بن عمرو بن حزم جلده العبد ثمانين، وقال عبد الله بن عامر بن ربيعة: ما رأينا أحدا قبله جلد العبد ثمانين.

وقال سعيد: حدثنا ابن عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن أبيه، قال: حضرت عمر بن عبد العزيز، جلد عبدا ثمانين، فأنكر ذلك من حضره من الناس، وغيرهم من الفقهاء، فقال لي عبد الله بن عامر بن ربيعة: إني رأيت والله عمر بن الخطاب، ما رأيت أحدا جلد عبدا في فرية فوق أربعين. إذا ثبت أنه أربعون، فإنه يكون بأدون من السوط الذي يجلد به الحر؛ لأنه لما خفف في قدره، خفف في سوطه، كما أن الحدود في أنفسها كما قل منها، كان سوطه أخف، فالجلد في الشرب أخف منه في القذف، وفي القذف أخف منه في الزنا. ويحتمل أن يساوي العبد الحر في السوط؛ لأنه على النصف، ولا يتحقق التنصيف إلا مع المساواة في السوط.

[فصل قذف ولده وإن نزل]

(٧٢١٦) فصل: وإذا قذف ولده، وإن نزل، لم يجب الحد عليه، سواء كان القاذف رجلا أو امرأة. وبهذا قال عطاء، والحسن، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وقال عمر بن عبد العزيز، ومالك، وأبو ثور،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٨٥

وابن المنذر: عليه الحد؛ لعموم الآية؛ ولأنه حد، فلا تمنع من وجوبه قرابة الولادة، كالزنا. ولنا أنه عقوبة تجب حقا لآدمي، فلا يجب للولد على الوالد، كالقصاص، أو نقول: إنه حق لا يستوفى إلا بالمطالبة باستيفائه، فأشبه القصاص. ولأن الحد يدرأ بالشبهات، فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص؛ ولأن الأبوة معنى يسقط القصاص، فمنعت الحد، كالرق والكفر، وهذا يخص عموم الآية. وما ذكروه." [1]

"ينصرف إلى ما قاله، بدليل ما لو قال لي عليك ألف، فقال: صدقت. كان إقرارا بها. ولو قال: أعطني ثوبي هذا. فقال: صدقت. كان إقرارا. وفيه وجه آخر، لا يكون قاذفا. وهو قول زفر؛ لأنه يحتمل أن يريد بتصديقه في غير القذف. ولو قال أخبرني فلان أنك زنيت. لم يكن قاذفا، سواء كذبه المخبر عنه أو صدقه. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر، أنه يكون قاذفا إذا كذبه الآخر. وبه قال عطاء، ومالك. ونحوه عن الزهري؛ لأنه أخبر بزناه. ولنا أنه إنما أخبر أنه قد قذف، فلم يكن قذفا، كما لو شهد على رجل أنه قد قذف رجلا.

[فصل قال أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس]

(٧٢٢٧) فصل: وإن قال: أنت أزنى من فلان، أو أزنى الناس، فهو قاذف له. وهل يكون قاذفا للثاني؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يكون قاذفا له اختاره القاضي؛ لأنه أضاف الزنا إليهما، وجعل أحدهما فيه أبلغ من الآخر، فإن لفظة أفعل للتفضيل، فيقتضي اشتراك المذكورين في أصل الفعل، وتفضيل أحدهما على الآخر فيه، كقوله: أجود من حاتم. والثاني: يكون قاذفا للمخاطب خاصة؛ لأن لفظة أفعل قد تستعمل للمنفرد بالفعل، كقول الله تعالى: ﴿أفمن يهدي إلى الحق أحق أن يتبع أمن لا يهدي إلا أن يهدى﴾ [يونس: ٣٥] . وقال تعالى: ﴿فأي الفريقين أحق بالأمن﴾ [الأنعام: ٨١] . وقال لوط: ﴿بناتي هن أطهر لكم﴾ [هود: ٧٨] . أي: من أدبار الرجال، ولا طهارة فيهم.

وقال الشافعي، وأصحاب الرأي: ليس بقذف للأول ولا للثاني، إلا أن يريد به القذف. ولنا أن موضوع اللفظ يقتضي ما ذكرناه، فحمل عليه، كما لو قال: أنت زان.

[فصل قال لرجل زنأت مهموزا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٨٦

(٧٢٢٨) فصل: وإن قال: زنأت. مهموزا. فقال أبو بكر، وأبو الخطاب: هو قذف؛ لأن عامة الناس لا يفهمون من ذلك إلا القذف، فكان قذفا، كما لو قال: زنيت. وقال ابن حامد: إن كان عاميا، فهو قذف؛ لأنه لا يريد به إلا القذف، وإن كان من أهل العربية، لم يكن قذفا؛ لأن معناه في العربية، طلعت، فالظاهر أنه يريد موضوعه. ولأصحاب الشافعي في كونه قذفا وجهان.

وإن قال زنأت في الجبل. فالحكم فيه، كما لو قال:." [١]

"زنأت. ولم يقل: في الجبل. وقال الشافعي، ومحمد بن الحسن، ليس بقذف. قال الشافعي: ويستحلف على ذلك. **ولنا** أنه إذا كان عاميا لا يعرف موضوعه في اللغة، تعين مراده في القذف، ولم يفهم منه سواه، فوجب أن يكون قذفا، كما لو فسره بالقذف، أو لحن لحنا غير هذا.

[فصل قال لرجل يا زانية أو لامرأة يا زان]

(٧٢٢٩) فصل: فإن قال لرجل: يا زانية. أو لامرأة: يا زان، فهو صريح في قذفهما. اختاره أبو بكر. وهو مذهب الشافعي. واختار ابن حامد أنه ليس بقذف، إلا أن يفسره به. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه يحتمل أن يريد بقوله: يا زانية أي: يا علامة في الزنا، كما يقال للعالم: علامة. ولكثير الرواية: راوية. ولكثير الحفظ: حفظة. **ولنا** أن ما كان قذفا لأحد الجنسين، كان قذفا للآخر، كقوله: زنيت. بفتح التاء وبكسرها لهما جميعا؛ ولأن هذا اللفظ خطاب لهما، وإشارة إليهما بلفظ الزنا، وذلك يغني عن التمييز بتاء التأنيث وحذفها. وكذلك لو قال للمرأة: يا شخصا زانيا: أو للرجل: يا نسمة زانية. كان قاذفا. وقولهم: إنه يريد بذلك أنه علامة في الزنا، لا يصح، فإن ما كان اسما للفعل إذا دخلته الهاء كانت للمبالغة، كقولهم: حفظة. للمبالغة في الحفظ، وراوية للمبالغة في الرواية. وكذلك همزة ولمزة وصرعة. ولأن كثيرا من الناس يذكر المؤنث، ويؤنث المذكر، ولا يخرج بذلك عن كون المخاطب به مرادا بما يراد باللفظ الصحيح.

[فصل قال لرجل زنيت بفلانة]

(٧٢٣٠) فصل: وإن قال لرجل: زنيت بفلانة. كان قاذفا لهما. وقد نقل عن أبي عبد الله، أنه سئل عن رجل قال لرجل: يا ناكح أمه. ما عليه؟ قال: إن كانت أمه حية، فعليه الحد للرجل. ولأمه حد. وقال مهنا: سألت أبا عبد الله: إذا قال الرجل لرجل: يا زاني ابن الزاني.، قال عليه حدان قلت: أبلغك في هذا شيء؟

---

(١) المغني لابن قدامة ٩١/٩

قال: مكحول قال: فيه حدان. وإن أقر إنسان أنه زنى بامرأة، فهو قاذف لها، سواء ألزمه حد الزنا بإقراره أو لم يلزمه. وبهذا قال ابن المنذر، وأبو ثور. ويشبه مذهب الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه حد القذف؛ لأنه يتصور منه الزنا بها من غير زناها؛ لاحتمال أن تكون مكرهة، أو موطوءة بشبهة.

ولنا ما روى ابن عباس، «أن رجلا من بكر بن ليث، أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأقر أنه زنى بامرأة أربع مرات، فجلده مائة، وكان بكرا، ثم سأله البينة على المرأة، فقالت: كذب والله يا رسول الله. فجلده حد الفرية ثمانين» . والاحتمال الذي ذكره لا ينفي الحد، بدليل ما لو قال: يا نائك أمه. فإنه يلزمه الحد، مع احتمال أن يكون فعل ذلك بشبهة.

وقد روي عن أبي هريرة، أنه جلد رجل قال لرجل ذلك. ويتخرج لنا مثل قول أبي حنيفة، بناء على ما إذا قال لامرأته: يا زانية. فقالت: بك زنيت. فإن أصحابنا قالوا: لا حد." (١)

"عليها في قولها: بك زنيت؛ لاحتمال وجود الزنا به مع كونه واطئا بشبهة، ولا يجب الحد عليه؛ لتصديقها إياه. وقال الشافعي: عليه الحد دونها، وليس هذا بإقرار صحيح. **ولنا** أنها صدقته، فلم يلزمه حد، كما لو قالت: صدقت. ولو قال: يا زانية. قالت: أنت أزنى مني. فقال أبو بكر: هي كالتي قبلها في سقوط الحد عنه. ويلزمها له هاهنا حد القذف، بخلاف التي قبلها؛ لأنها أضافت إليه الزنا، وفي التي قبلها أضافته إلى نفسها.

[مسألة قذف رجلا فلم يقم الحد حتى زنى المقذوف]

(٧٢٣١) مسألة: قال: (ومن قذف رجلا، فلم يقم الحد حتى زنى المقذوف، لم يزل الحد عن القاذف) وبهذا قال الثوري، وأبو ثور، والمزني، وداود. وقال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي: لا حد عليه؛ لأن الشروط تعتبر استدامتها إلى حالة إقامة الحد؛ بدليل أنه لو ارتد أو جن، لم يقم الحد؛ ولأن وجود الزنا منه يقوي قول القاذف، ويدل على تقدم هذا الفعل منه. فأشبه الشهادة إذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها.

ولنا أن الحد قد وجب وتم بشروطه، فلا يسقط بزوال شرط الوجوب، كما لو زنى بأمة ثم اشتراها، أو سرق عينا، فنقصت قيمتها أو ملكها، وكما لو جن المقذوف بعد المطالبة. وقولهم: إن الشروط تعتبر استدامتها. لا يصح؛ فإن الشروط للوجوب، فيعتبر وجودها إلى حين الوجوب، وقد وجب الحد؛ بدليل أنه ملك

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩٢

المطالبة، ويبطل بالأصول التي قسنا عليها. وأما إذا جن من وجب له الحد، فلا يسقط الحد، وإنما يتأخر استيفاؤه؛ لتعذر المطالبة به، فأشبه ما لو غاب من له الحد. وإن ارتد من له الحد لم يملك المطالبة؛ لأن حقوقه وأملاكه تزول أو تكون موقوفة. وفارق الشهادة، فإن العدالة شرط للحكم بها، فيعتبر وجودها إلى حين الحكم بها، بخلاف مسألتنا، فإن العفة شرط للوجوب، فلا تعتبر إلا إلى حين الوجوب.

[فصل وجب الحد على ذمي أو مرتد فلحق بدار الحرب ثم عاد]

(٧٢٣٢) فصل: ولو وجب الحد على ذمي، أو مرتد، فلحق بدار الحرب، ثم عاد، لم يسقط عنه. وقال أبو حنيفة: يسقط. **ولنا** أنه حد وجب، فلم يسقط بدخول دار الحرب، كما لو كان مسلما دخل بأمان.

[مسألة قذف مشركا أو عبدا أو مسلما له دون العشر سنين أو مسلمة لها دون التسع سنين]

(٧٢٣٣) مسألة: قال: (ومن قذف مشركا أو عبدا، أو مسلما له دون العشر سنين، أو مسلمة لها دون التسع سنين، أدب، ولم يحد)." (١)

"قد ذكرنا أن الإسلام والحرية، وإدراك سن يجامع مثله في مثله شروط لوجوب الحد على قاذفه، فإذا انتفى أحدها، لم يجب الحد على قاذفه ولكن يجب تأديبه، ردعا له عن أعراض المعصومين، وكفا له عن أذاهم، وحد الصبي الذي لم يجب الحد بقذفه، أن يبلغ الغلام عشرا، والجارية تسعا، في إحدى الروايتين. وقد سبق ذكر ذلك.

[فصل اختلف القاذف والمقذوف]

(٧٢٣٤) فصل: فإن اختلف القاذف والمقذوف، فقال القاذف: كنت صغيرا حين قذفتك. وقال المقذوف: كنت كبيرا. فذكر القاضي، أن القول قول القاذف؛ لأن الأصل الصغر وبراءة الذمة من الحد. فإن أقام القاذف بينة أنه قذفه صغيرا، وأقام المقذوف بينة أنه قذفه كبيرا، وكانتا مطلقتين، أو مؤرختين تاريخين مختلفين، فهما قذفان؛ موجب أحدهما التعزير، والثاني الحد، وإن بينتا تاريخا واحدا، وقالت إحداهما: وهو صغير. وقالت الأخرى: وهو كبير تعارضتا وسقطتا. وكذلك لو كان تاريخ بينة المقذوف قبل تاريخ بينة القاذف.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩٣

[مسألة قذف من كان مشركا]

(٧٢٣٥) مسألة: قال: (ومن قذف من كان مشركا، وقال: أردت أنه زنى وهو مشرك. لم يلتفت إلى قوله، وحد القاذف، إذا طلب المقذوف. وكذلك من كان عبدا) . إنما كان كذلك؛ لأنه قذفه في حال كونه مسلما محصنا، وذلك يقتضي وجوب الحد عليه؛ لعموم الآية ووجود المعنى، فإذا ادعى ما يسقط الحد عنه، لم يقبل منه، كما لو قذف كبيرا، ثم قال: أردت أنه زنى وهو صغير، فأما إن قال له: زنيت في شركك. فلا حد عليه. وبه قال الزهري، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وحكى أبو الخطاب، عن أحمد رواية أخرى. وعن مالك، أنه يحد. وبه قال الثوري؛ لأن القذف وجد في حال كونه محصنا. **ولنا** أنه أضاف القذف إلى حال ناقصة، أشبه ما لو قذفه في حال الشرك؛ ولأنه قذفه بما لا يوجب الحد على المقذوف، فأشبه ما لو قذفه بالوطء دون الفرج. وهكذا الحكم لو قذف من كان رقيقا، فقال: زنيت في ح‍ال رقك. أو قال زنيت وأنت طفل. وإن قال: زنيت وأنت صبي أو صغير. سئل عن الصغر، فإن فسره بصغر لا يجامع في مثله، فهي كالتي قبلها، وإن فسره بصغر يجامع في مثله، فعليه الحد، في إحدى الروايتين. وإن قال: زنيت إذ كنت مشركا. أو: إذ كنت." [١]

"رقيقا. فقال المقذوف: ما كنت مشركا ولا رقيقا. نظرنا، فإن ثبت أنه كان مشركا أو رقيقا، فهي كالتي قبلها، وإن ثبت أنه لم يكن رقيقا كذلك، وجب الحد على القاذف، وإن لم يثبت واحد منهما، ففيه روايتان؛ إحداهما: يجب الحد؛ لأن الأصل عدم الشرك والرق؛ ولأن الأصل الحرية، وإسلام أهل دار الإسلام.

والثانية: القول قول القاذف؛ لأن الأصل براءة ذمة القاذف.

وإن قال: زنيت وأنت مشرك. فقال المقذوف أردت قذفي بالزنا والشرك معا. وقال القاذف: بل أردت قذفك بالزنا إذ كنت مشركا. فالقول قول القاذف. اختاره أبو الخطاب. وهو قول بعض الشافعية؛ لأن الخلاف في بينته، وهو أعلم بها. وقوله: وأنت مشرك، مبتدأ وخبر، وهو حال لقوله: زنيت. كقول الله تعالى: ﴿إلا استمعوه وهم يلعبون﴾ [الأنبياء: ٢] .

وقال القاضي: يجب الحد، وهو قول بعض الشافعية لأن قوله: زنيت. خطاب في الحال، فالظاهر أنه أراد زناه في الحال. وهكذا إن قال: زنيت وأنت عبد. وإن قذف مجهولا، وادعى أنه رقيق أو مشرك. فقال المقذوف: بل أنا حر مسلم. فالقول قوله. وقال أبو بكر: القول قول القاذف في الرق؛ لأن الأصل براءة ذمته من الحد، وهو يدرأ بالشبهات، وما ادعاه محتمل، فيكون شبهة. وعن الشافعي، كالوجهين. **ولنا** أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩٤

الأصل الحرية، وهو الظاهر، فلم يلتفت إلى ما خالفه، كما لو فسر صريح القذف بما يحيله، وكما لو ادعى أنه مشرك. فإن قيل: الإسلام يثبت بقوله: أنا مسلم. بخلاف الحرية. قلنا: إنما يثبت الإسلام بقوله في المستقبل، وأما الماضي، فلا يثبت بما جاء بعده، فلا يثبت كونه مسلما حال القذف بقوله في حال النزاع، فاستويا.

[مسألة قذف الملاعنة]

(٧٢٣٦) مسألة: قال: (ويحد من قذف الملاعنة) . نص أحمد على هذا. وهو قول ابن عمر، وابن عباس، والحسن، والشعبي، وطاوس، ومجاهد، ومالك، والشافعي، وجمهور الفقهاء. ولا نعلم فيه خلافا. وقد روى ابن عباس، »أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى في الملاعنة، أن لا ترمى، ولا يرمى ولدها.، فعليه الحد» . رواه أبو داود. ولأن حصانتها لم تسقط باللعان، ولا يبت الزنا به، ولذلك لم يلزمها به حد. ومن قذف ابن الملاعنة، فقال: هو ولد زنا. فعليه الحد للخبر والمعنى. وكذلك إن قال: هو من الذي رميت به. فأما إن قال: ليس هو ابن فلان. يعني الملاعن، وأراد أنه منفي عنه شرعا، فلا حد عليه؛ لأنه صادق.." [١]

"[فصل قذف من ثبت زناه ببينة أو إقرار أو حد]

(٧٢٣٧) فصل: فأما إن ثبت زناه ببينة، أو إقرار، أو حد بالزنا، فلا حد على قاذفه؛ لأنه صادق؛ ولأن إحصان المقذوف قد زال بالزنا. ولو قال لمن زنى في شركه، أو لمن كان مجوسيا تزوج بذات محرمه بعد أن أسلم: يا زاني. فلا حد عليه، إذا فسره بذلك. وقال مالك: عليه الحد؛ لأنه قذف مسلما لم يثبت زناه في إسلامه. ولنا أنه قذف من ثبت زناه، أشبه ما لو ثبت زناه في الإسلام؛ ولأنه صادق. والذي يقتضيه كلام الخرقي، وجوب الحد عليه؛ لقوله: ومن قذف من كان مشركا، وقال أردت أنه زنى وهو مشرك، لم يلتفت إلى قوله وحد.

[مسألة مطالبة الابن بحد القذف عن أمه]

(٧٢٣٨) مسألة: قال: (وإذا قذفت المرأة، لم يكن لولدها المطالبة، إذا كانت الأم في الحياة) . وإن قذفت أمه وهي ميتة، مسلمة كانت أو كافرة، حرة أو أمة، حد القاذف إذا طالب الابن، وكان حرا مسلما. أما إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩٥

قذفت وهي في الحياة، فليس لولدها المطالبة؛ لأن الحق لها، فلا يطالب به غيرها، ولا يقوم غيرها مقامها، سواء كانت محجورا عليها أو غير محجور عليها؛ لأنه حق يثبت للتشفي، فلا يقوم فيه غير المستحق مقامه، كالقصاص، وتعتبر حصانتها؛ لأن الحق لها، فتعتبر حصانتها، كما لو لم يكن لها ولد. وأما إن قذفت وهي ميتة، فإن لولدها المطالبة؛ لأنه قدح في نسبه؛ ولأنه بقذف أمه ينسبه إلى أنه من زنا، ولا يستحق ذلك بطريق الإرث، ولذلك تعتبر الحصانة فيه، ولا تعتبر الحصانة في أمه؛ لأن القذف له.

وقال أبو بكر: لا يجب الحد بقذف ميتة بحال. وهو قول أصحاب الرأي؛ لأنه قذف لمن لا تصح منه المطالبة، فأشبه قذف المجنون. وقال الشافعي: إن كان الميت محصنا، فلوليه المطالبة، وينقسم بانقسام الميراث، وإن لم يكن محصنا، فلا حد على قاذفه؛ لأنه ليس بمحصن، فلا يجب الحد بقذفه، كما لو كان حيا. وأكثر أهل العلم لا يرون الحد على من يقذف غير محصن حيا ولا ميتا؛ لأنه إذا لم يحد بقذف غير المحصن إذا كان حيا، فلأن لا يحد بقذفه بعد موته أولى.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – في الملاعنة: «ومن رمى ولدها، فعليه الحد» . يعني: من رماه بأنه ولد زنا. وإذا وجب بقذف ابن الملاعنة بذلك، فبقذف غيره أولى، ولأن أصحاب الرأي أوجبوا الحد على من نفى رجلا عن أبيه، إذا كان أبواه حرين مسلمين أو كانا ميتين، والحد إنما وجب للولد؛ لأن الحد لا يورث عندهم. فأما إن قذفت أمه بعد موتها، وهو مشرك أو عبد، فلا حد عليه، في ظاهر كلام الخرقي، سواء كانت الأم حرة مسلمة أو لم تكن. وقال أبو ثور، وأصحاب الرأي: إذا قال لكافر أو عبد: لست لأبيك، وأبواه حران." (١)

"مسلمان، فعليه الحد. وإن قال لعبد، أمه حرة وأبوه عبد: لست لأبيك. فعليه الحد، وإن كان العبد للقاذف عند أبي ثور.

وقال أصحاب الرأي: يصح أن يحد المولى لعبده، واحتجوا بأن هذا قذف لأمه، فيعتبر إحصانها دون إحصانه؛ لأنها لو كانت حية، كان القذف لها، فكذلك إذا كانت ميتة؛ ولأن معنى هذا أن أمك زنت، فأتت بك من الزنا، فإذا كان من الزنا منسوبا إليها، كانت هي المقذوفة دون ولدها. **ولنا**، ما ذكرناه؛ ولأنه لو كان القذف لها، لم يجب الحد؛ لأن الكافر لا يرث المسلم، والعبد لا يرث الحر؛ ولأنهم لا يوجبون الحد بقذف ميتة بحال، فيثبت أن القذف له، فيعتبر إحصانه دون إحصانها – والله أعلم –.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩٦

[فصل مطالبة الابن بحد القذف عن جدته]

(٧٢٣٩) فصل: وإن قذفت جدته، فقياس قول الخرقي، أنه كقذف أمه، إن كانت حية، فالحق لها، ويعتبر إحصانها، وليس لغيرها المطالبة عنها، وإن كانت ميتة، فله المطالبة إذا كان محصنا؛ لأن ذلك قدح في نسبه. فأما إن قذف أباه أو جده، أو أحدا من أقاربه غير أمهاته بعد موته، لم يجب الحد بقذفه في ظاهر كلام الخرقي؛ لأنه إنما أوجب بقذف أمه حقا له، لنفي نسبه، لا حقا للميت، ولهذا لم يعتبر إحصان المقذوفة، واعتبر إحصان الولد، ومتى كان المقذوف من غير أمهاته، لم يتضمن نفي نسبه، فلم يجب الحد. وهذا قول أبي بكر، وأصحاب الرأي. وقال الشافعي: إن كان الميت محصنا، فلوليه المطالبة به، وينقسم انقسام الميراث؛ لأنه قذف محصنا، فيجب الحد على قاذفه، كالحي.

ولنا أنه قذف من لا يتصور منه المطالبة، فلم يجب الحد بقذفه، كالمجنون، أو نقول: قذف من لا يجب الحد له، فلم يجب، كقذف غير المحصن، وفارق قذف الحي، فإن الحد يجب له.

[مسألة قال قذف أم النبي]

(٧٢٤٠) مسألة؛ قال: (ومن قذف أم النبي - صلى الله عليه وسلم - قتل، مسلما كان أو كافرا) يعني أن حده القتل، ولا تقبل توبته. نص عليه. أحمد. وحكى أبو الخطاب رواية أخرى، أن توبته تقبل، وبه قال أبو حنيفة، والشافعي، مسلما كان أو كافرا؛ لأن هذا منه ردة، والمرتد يستتاب، وتصح توبته.

ولنا أن هذا حد قذف، فلا يسقط بالتوبة، كقذف غير أم النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ ولأنه لو قبلت توبته، وسقط حده، لكان أخف حكما من قذف آحاد الناس؛ لأن قذف غيره لا يسقط بالتوبة، ولا بد من إقامته. واختلفت الرواية عن أحمد، فيما إذا كان القاذف كافرا فأسلم، فروي أنه لا يسقط بإسلامه؛ لأنه حد." (١)

"وروي عن أحمد - رحمه الله - رواية أخرى، أنهم إن طلبوه دفعة واحدة، فحد واحد، وكذلك إن طلبوه واحدا بعد واحد، إلا أنه إن لم يقم حتى طلبه الكل، فحد واحد وإن طلبه واحد، فأقيم له، ثم طلبه آخر أقيم له، وكذلك جميعهم، وهذا قول عروة؛ لأنهم إذا اجتمعوا على طلبه، وقع استيفاؤه بجميعهم، وإذا طلبه واحد منفردا كان استيفاؤه له وحده، فلم يسقط حق الباقين بغير استيفائهم ولا إسقاطهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٧/٩

[فصل قذف الجماعة بكلمات]

(٧٢٤٣) فصل: وإن قذف الجماعة بكلمات، فلكل واحد حد. وبهذا قال عطاء، والشعبي، وقتادة، وابن أبي ليلى، وأبو حنيفة، والشافعي وقال حماد، ومالك: لا يجب إلا حد واحد؛ لأنها جناية توجب حدا، فإذا تكررت كفى حد واحد، كما لو سرق من جماعة، أو زنى بنساء، أو شرب أنواعا من المسكر. **ولنا** أنها حقوق لآدميين، فلم تتداخل، كالديون والقصاص. وفارق ما قاسوا عليه. فإنه حق لله تعالى.

[فصل قال لرجل يا ابن الزانيين]

(٧٢٤٤) فصل: وإذا قال لرجل: يا ابن الزانيين. فهو قاذف لهما بكلمة واحدة، فإن كانا ميتين، ثبت الحق لولدهما، ولم يجب إلا حد واحد، وجها واحدا. وإن قال: يا زاني ابن الزاني. فهو قذف لهما بكلمتين، فإن كان أبوه حيا، فلكل واحد منهما حد، وإن كان ميتا، فالظاهر في المذهب أنه لا يجب الحد بقذفه. وإن قال: يا زاني ابن الزانية. وكانت أمه في الحياة، فلكل واحد حد، وإن كانت ميتة، فالقذفان جميعا له. وإن قال: زنيت بفلانة. فهو قذف لهما بكلمة واحدة. وكذلك إذا قال: يا ناكح أمه. ويخرج فيه الروايات الثلاث - والله أعلم -.

[فصل قذف رجلا مرات]

(٧٢٤٥) فصل: وإن قذف رجلا مرات، فلم يحد، فحد واحد، رواية واحدة، سواء قذفه بزنا واحد، أو بزنيات. وإن قذفه فحد، ثم أعاد قذفه، نظرت، فإن قذفه بذلك الزنا الذي حد من أجله، لم يعد عليه الحد، في قول عامة أهل العلم. وحكي عن ابن القاسم، أنه أوجب حدا ثانيا. وهذا يخالف إجماع الصحابة، فإن أبا بكرة لما حد بقذف المغيرة، أعاد قذفه فلم يروا عليه حدا ثانيا، فروى الأثرم، بإسناده عن ظبيان بن عمارة، قال: شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة نفر أنه زان، فبلغ ذلك عمر، فكبر عليه، وقال: شاط ثلاثة أرباع المغيرة بن شعبة، وجاء زياد، فقال: ما عندك؟ فلم يثبت، فأمر بهم فجلدوا، وقال: شهود زور. فقال أبو بكرة: أليس ترضى أن أتاك رجل عدل يشهد برجمه؟ قال: نعم، والذي نفسي بيده. قال أبو بكرة: فأنا أشهد أنه زان. فأراد أن يعيد عليه الجلد، فقال علي:." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٩٩

"وهذا يحكى عن الليث، وأبي ثور. وقالت عائشة: لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا. وروي هذا عن عمر، وعثمان، وعلي، - رضي الله عنهم -. وبه قال الفقهاء السبعة، وعمر بن عبد العزيز، والأوزاعي، والشافعي، وابن المنذر؛ لحديث عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا قطع إلا في ربع دينار فصاعدا.» وقال عثمان البتي: تقطع اليد في درهم، فما فوقه. وعن أبي هريرة، وأبي سعيد، أن اليد تقطع في أربعة دراهم فصاعدا. وعن عمر أن الخمس لا تقطع إلا في الخمس. وبه قال سليمان بن يسار، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة. وروي ذلك عن الحسن.

وقال أنس: قطع أبو بكر في مجن قيمته خمسة دراهم. رواه الجوزجاني بإسناده. وقال عطاء، وأبو حنيفة، وأصحابه: لا تقطع اليد إلا في دينار، أو عشرة دراهم؛ لما روى الحجاج بن أرطاة، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا قطع إلا في عشرة دراهم» . وروى ابن عباس. قال: «قطع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يد رجل في مجن، قيمته دينار، أو عشرة دراهم» . وعن النخعي: لا تقطع اليد إلا في أربعين درهما. **ولنا** ما روى ابن عمر، «أن رسول الله قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم» . متفق عليه. قال ابن عبد البر: هذا أصح حديث يروى في هذا الباب، لا يختلف أهل العلم في ذلك. وحديث أبي حنيفة الأول يرويه الحجاج بن أرطاة، وهو ضعيف، والذي يرويه عن الحجاج ضعيف أيضا. والحديث الثاني لا دلالة فيه على أنه لا يقطع بما دونه، فإن من أوجب القطع بثلاثة دراهم، أوجبه بعشرة، ويدل هذا الحديث على أن العرض يقوم بالدراهم؛ لأن المجن قوم بها؛ ولأن ما كان الذهب فيه أصلا، كان الورق فيه أصلا، كنصب الزكاة، والديات وقيم المتلفات.

وقد روى أنس، أن سارقا سرق مجنا ما يسرني أنه لي بثلاثة دراهم، أو ما يساوي ثلاثة دراهم، فقطعه أبو بكر. وأتي عثمان برجل قد سرق أترجة، فأمر بها عثمان فأقيمت، فبلغت قيمتها ربع دينار، فأمر به عثمان فقطع.." (١)

"[فصل سرق ربع دينار من المضروب الخالص]

(٧٢٥٢) فصل: وإذا سرق ربع دينار من المضروب الخالص، ففيه القطع. وإن كان فيه غش أو تبر يحتاج إلى تصفية، لم يجب القطع حتى يبلغ ما فيه من الذهب ربع دينار؛ لأن السبك ينقصه. وإن سرق ربع دينار قراضة، أو تبرا خالصا، أو حليا، ففيه القطع. نص عليه أحمد، في رواية الجوزجاني، قال قلت له: كيف يسرق ربع دينار؟ فقال: قطعة ذهب، أو خاتما، أو حليا. وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٦/٩

وذكر القاضي في وجوب القطع احتمالين؛ أحدهما: لا قطع عليه. وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأن الدينار اسم للمضروب. **ولنا** أن ذلك ربع دينار؛ لأنه يقال: دينار قراضة، ومكسر، أو دينار خالص. ولأنه لا يمكنه سرقة ربع دينار مفرد في الغالب إلا مكسورا. وقد أوجب عليه القطع بذلك؛ ولأنه حق الله تعالى تعلق بالمضروب، فتعلق بما ليس بمضروب، كالزكاة، والخلاف فيما إذا سرق من المكسور والتبر ما لا يساوي ربع دينار صحيح، فإن بلغ ذلك ففيه القطع. والدينار هو المثقال من مثاقيل الناس اليوم، وهو الذي كل سبعة منها عشرة دراهم، وهو الذي كان على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وقبله ولم يتغير، وإنما كانت الدراهم مختلفة، فجمعت وجعلت كل عشرة منها سبعة مثاقيل، فهي التي يتعلق القطع بثلاثة منها، إذا كانت خالصة، مضروبة كانت أو غير مضروبة، على ما ذكرناه في الذهب.

وعند أبي حنيفة أن النصاب إنما يتعلق بالمضروب منها، وقد ذكر ما دل عليه، ويحتمل ما قاله في الدراهم؛ لأن إطلاقها يتناول الصحاح المضروبة، بخلاف ربع الدينار، على أننا قد ذكرنا فيها احتمالا متقدما، فهاهنا أولى. وما قوم من غيرهما بهما، فلا قطع فيه، حتى يبلغ ثلاثة دراهم صحاحا؛ لأن إطلاقها ينصرف إلى المضروب دون المكسر.

الشرط الثالث: أن يكون المسروق مالا، فإن سرق ما ليس بمال، كالحر، فلا قطع فيه، صغيرا كان أو كبيرا. وبهذا قال، الشافعي، والثوري، وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وابن المنذر. وقال الحسن، والشعبي، ومالك، وإسحاق: يقطع بسرقة الحر الصغير؛ لأنه غير مميز، أشبه العبد. وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد. **ولنا** أنه ليس بمال، فلا يقطع بسرقته، كالكبير النائم. إذا ثبت هذا، فإنه إن كان عليه حلي أو ثياب تبلغ نصابا، لم يقطع. وبه قال أبو حنيفة، وأكثر أ." (١)

"صحاب الشافعي.

وذكر أبو الخطاب وجها آخر، أنه يقطع. وبه قال أبو يوسف، وابن المنذر؛ لظاهر الكتاب؛ ولأنه سرق نصابا من الحلي، فوجب فيه القطع، كما لو سرقه منفردا. **ولنا** أنه تابع لما لا قطع في سرقته، أشبه ثياب الكبير؛ ولأن يد الصبي على ما عليه؛ بدليل أن ما يوجد مع اللقيط يكون له. وهكذا لو كان الكبير نائما على متاع، فسرقه ومتاعه، لم يقطع؛ لأن يده عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٧/٩

[فصل سرق عبدا صغيرا]

(٧٢٥٣) فصل: وإن سرق عبدا صغيرا، فعليه القطع، في قول عامة أهل العلم. قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم؛ منهم الحسن، ومالك، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو حنيفة، ومحمد. والصغير الذي يقطع بسرقته، هو الذي لا يميز، فإن كان كبيرا لم يقطع سارقه، إلا أن يكون نائما، أو مجنونا، أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة، فيقطع سارقه. وقال أبو يوسف: لا يقطع سارق العبد وإن كان صغيرا؛ لأن من لا يقطع بسرقته كبيرا، لا يقطع بسرقته صغيرا، كالحر.

ولنا أنه سرق مالا مملوكا تبلغ قيمته نصابا، فوجب القطع عليه، كسائر الحيوانات. وفارق الحر، فإنه ليس بمال ولا مملوك. وفارق الكبير؛ لأن الكبير لا يسرق، وإنما يخدع بشيء، إلا أن يكون في حال زوال عقله، بنوم، أو جنون، فتصح سرقته، ويقطع سارقه. فإن كان المسروق في حال نومه أو جنونه أم ولد، ففي قطع سارقها وجهان؛ أحدهما: لا يقطع؛ لأنها لا يحل بيعها، ولا نقل الملك فيها، فأشبهت الحرة. والثاني: يقطع؛ لأنها مملوكة تضمن بالقيمة، فأشبهت القن. وحكم المدبر حكم القن؛ لأنه يجوز بيعه، ويضمن بقيمته. فأما المكاتب: فلا يقطع سارقه؛ لأن ملك سيده ليس بتام عليه، لكونه لا يملك منافعه، ولا استخدامه، ولا أخذ أرش الجناية عليه، ولو جنى السيد عليه، لزمه له الأرش، ولو استوفى منافعه كرها، لزمه عوضها، ولو حبسه لزمه أجرة مثله مدة حبسه، أو إنظاره مقدار مدة حبسه.

ولا يجب القطع لأجل ملك المكاتب في نفسه؛ لأن الإنسان لا يملك نفسه، فأشبه الحر. وإن سرق من مال المكاتب شيئا، فعليه القطع؛ لأن ملك المكاتب ثابت في مال نفسه، إلا أن يكون السارق سيده، فلا قطع عليه؛ لأن له في ماله حقا وشبهة تدرأ الحد، ولذلك لو وطئ جاريته لم يحد.

[فصل سرق ماء]

فصل: وإن سرق ماء، فلا قطع فيه. قال أبو بكر، وأبو إسحاق بن شاقلا؛ لأنه مما لا يتمول عادة ولا." (١)

"[فصل سرق الخيمة والخركاه وكان فيها أحد نائما أو منتبها]

(٧٢٥٨) فصل: والخيمة والخركاه إن نصبت، وكان فيها أحد نائما أو منتبها، فهي محرزة وما فيها؛ لأنها هكذا تحرز في العادة، وإن [لم] يكن فيها أحد، ولا عندها حافظ، فلا قطع على سارقها. وممن أوجب

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠٨/٩

القطع في السرقة من الفسطاط؛ الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي، إلا أن أصحاب الرأي قالوا: يقطع السارق من الفسطاط، دون سارق الفسطاط. **ولنا** أنه محرز بما جرت به العادة، أشبه ما فيه.

[فصل حرز البقل وقدور الباقلاء ونحوها]

(٧٢٥٩) فصل: وحرز البقل، وقدور الباقلاء، ونحوها بالشرائح من القصب أو الخشب، إذا كان في السوق حارس، وحرز الخشب والحطب والقصب في الحظائر، وتعبئة بعضه على بعض، وتقييده بقيد، بحيث يعسر أخذ شيء منه، على ما جرت به العادة، إلا أن يكون في فندق مغلق عليه، فيكون محرزا وإن لم يقيد.

[فصل حرز الإبل]

(٧٢٦٠) فصل: والإبل على ثلاثة أضراب؛ باركة، وراعية، وسائرة، فأما الباركة: فإن كان معها حافظ لها، وهي معقولة، فهي محرزة، وإن لم تكن معقولة، وكان الحافظ ناظرا إليها، أو مستيقظا بحيث يراها، فهي محرزة، وإن كان نائما، أو مشغولا عنها، فليست محرزة؛ لأن العادة أن الرعاة إذا أرادوا النوم عقلوا إبلهم؛ ولأن حل المعقولة ينبه النائم والمشتغل. وإن لم يكن معها أحد، فهي غير محرزة، سواء كانت معقولة أو لم تكن.

وأما الراعية: فحرزها بنظر الراعي إليها، فما غاب عن نظره، أو نام عنه، فليس بمحرز؛ لأن الراعية إنما تحرز بالراعي ونظره، وأما السائرة: فإن كان معها من يسوقها، فحرزها نظره إليها، سواء كانت مقطرة أو غير مقطرة. وما كان منها بحيث لا يراه، فليس بمحرز. وإن كان معها قائد، فحرزها أن يكثر الالتفات إليها، والمراعاة لها، ويكون بحيث يراها إذا التفت. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يحرز القائد إلا التي زمامها بيده؛ لأنه يوليها ظهره، ولا يراها إلا نادرا، فيمكن أخذها من حيث لا يشعر. **ولنا** أن العادة في حفظ الإبل المقطرة بمراعاتها، بالالتفات، وإمساك زمام الأول، فكان ذلك حرزا لها، كالتي زمامها في يده.

فإن سرق من أحمال الجمال السائرة المحرزة متاعا قيمته نصاب، قطع، وكذلك." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٢/٩

"يقطع به، كالسرقة من بيت المال.
وقال أحمد: لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجة منها. وقال القاضي: هذا محمول على ما ليست بمخيطة؛ لأنها إنما تحرز بخياطتها. وقال أبو حنيفة: لا قطع فيها بحال؛ لما ذكرنا في الباب.

[فصل أجر داره ثم سرق منها مال المستأجر]
(٧٢٦٤) فصل: وإذا أجر داره، ثم سرق منها مال المستأجر، فعليه القطع. وبهذا قال الشافعي، وأبو حنيفة. وقال صاحباه: لا قطع عليه؛ لأن المنفعة تحدث في ملك الآجر، ثم تنتقل إلى المستأجر. **ولنا** أنه هتك حرزا، وسرق منه نصابا لا شبهة له، فوجب القطع، كما لو سرق من ملك المستأجر. وما قالاه لا نسلمه. ولو استعار دارا فنقبها المعير، وسرق مال المستعير منها، قطع أيضا. وبهذا قال الشافعي، في أحد الوجهين. وقال أبو حنيفة: لا قطع عليه؛ لأن المنفعة ملك له، فما هتك حرز غيره؛ ولأن له الرجوع متى شاء، وهذا يكون رجوعا.
ولنا ما تقدم في التي قبلها، ولا يصح ما ذكره، لأن هذا قد صار حرزا لمال غيره، لا يجوز له الدخول إليه، وإنما يجوز له الرجوع في العارية، والمطالبة برده إليه.

[فصل غصب بيتا فأحرز فيه ماله فسرقه منه أجنبي أو المغصوب منه]
(٧٢٦٥) فصل: وإن غصب بيتا، فأحرز فيه ماله، فسرقه منه أجنبي، أو المغصوب منه، فلا قطع عليه؛ لأنه لا حكم بحرزه إذا كان متعديا به، ظالما فيه.

[فصل سرق الضيف من مال مضيفه شيئا نظرت]
فصل: وإذا سرق الضيف من مال مضيفه شيئا، نظرت، فإن سرقه من الموضع الذي أنزله فيه، أو موضع لم يحرزه عنه، لم يقطع؛ لأنه لم يسرق من حرز، وإن سرق من موضع محرز دونه، نظرت؛ فإن كان منعه قراه، فسرق بقدره، فلا قطع عليه أيضا، وإن لم يمنعه قراه، فعليه القطع. وقد روي عن أحمد أنه لا قطع على الضيف. وهو محمول على إحدى الحالتين الأوليين. وقال أبو حنيفة: لا قطع عليه بحال؛ لأن المضيف بسطه في بيته وماله، فأشبه ابنه.
ولنا أنه سرق مالا محرزا عنه، لا شبهة له فيه، فلزمه القطع، كالأجنبي. وقوله: إنه بسطه فيه. لا يصح، فإنه أحرز عنه هذا المال، ولم يبسطه فيه، وتبسطه في غيره لا يوجب تبسطه فيه، كما لو تصدق على مسكين

بصدقة، أو أهدى إلى صديقه هدية، فإنه لا يسقط عنه القطع بالسرقة من غير ما تصدق به عليه، أو أهدى إليه.." [1]

"[فصل أحرز المضارب مال المضاربة أو الوديعة أو العارية أو المال الذي وكل فيه فسرقه أجنبي]

(٧٢٦٧) فصل: وإذا أحرز المضارب مال المضاربة، أو الوديعة، أو العارية، أو المال الذي وكل فيه، فسرقه أجنبي، فعليه القطع، لا نعلم فيه مخالفا؛ لأنه ينوب مناب المالك في حفظ المال وإحرازه، ويده كيده. وإن غصب عينا وأحرزها، أو سرقها وأحرزها، فسرقها سارق، فلا قطع عليه. وقال مالك: عليه القطع؛ لأنه سرق نصابا من حرز مثله، لا شبهة له فيه، وللشافعي قولان، كالمذهبين. وقال أبو حنيفة كقولنا في السارق، وكقولهم في الغاصب. ولنا أنه لم يسرق المال من مالكه، ولا ممن يقوم مقامه، فأشبه ما لو وجده ضائعا فأخذه، وفارق السارق من المالك أو نائبه، فإنه أزال يده، وسرق من حرزه.

[فصل سرق نصابا أو غصبه فأحرزه فجاء المالك فهتك الحرز وأخذ ماله]

(٧٢٦٨) فصل: وإن سرق نصابا، أو غصبه فأحرزه، فجاء المالك، فهتك الحرز؛ وأخذ ماله، فلا قطع عليه عند أحد، سواء أخذه سرقة أو غيرها؛ لأنه أخذ ماله. وإن سرق غيره، ففيه وجهان؛ أحدهما: لا قطع فيه؛ لأن له شبهة في هتك الحرز، وأخذ ماله، فصار كالسارق من غير حرز؛ ولأن له شبهة في أخذ قدر ماله، لذهاب بعض العلماء إلى جواز أخذ الإنسان قدر دينه من مال من هو عليه. والثاني: عليه القطع؛ لأنه سرق نصابا من حرزه لا شبهة له فيه، وإنما يجوز له أخذ قدر ماله إذا عجز عن أخذ ماله، وهذا أمكنه أخذ ماله، فلم يجز له أخذ غيره.

وكذلك الحكم إذا أخذ ماله، وأخذ من غيره نصابا متميزا عن ماله، فإن كان مختلطا بماله غير متميز منه، فلا قطع عليه؛ لأنه أخذ ماله الذي له أخذه، وحصل غيره مأخوذا ضرورة أخذه، فيجب أن لا يقطع فيه؛ ولأن له في أخذه شبهة، والحد يدرأ بالشبهات. فأما إن سرق منه مالا آخر من غير الحرز الذي فيه ماله، أو كان له دين على إنسان، فسرق من ماله قدر دينه من حرزه، نظرت، فإن كان الغاصب أو الغريم باذلا لما عليه، غير ممتنع من أدائه، أو قدر المالك على أخذ ماله فتركه وسرق مال الغاصب أو الغريم، فعليه القطع؛ لأنه لا شبهة له فيه، وإن عجز عن استيفاء دينه، أو أرش جنايته، فسرق قدر دينه، أو حقه، فلا قطع عليه. وقال القاضي: عليه القطع، بناء على أصلنا في أنه ليس له أخذ قدر دينه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١١٥

ولنا أن هذا مختلف في حله، فلم يجب الحد به، كما لو وطئ في نكاح مختلف في صحته، وتحريم الأخذ لا يمنع الشبهة الناشئة عن الاختلاف، والحدود تدرأ بالشبهات. فإن سرق أكثر من دينه، فهو كالمغصوب منه إذا سرق أكثر من ماله، على ما مضى.." [١]

"[فصل إخراج المتاع من الحرز]

(٧٢٦٩) فصل: ولا بد من إخراج المتاع من الحرز؛ لما قدمنا من الإجماع على اشتراطه، فمتى أخرجه من الحرز، وجب عليه القطع، سواء حمله إلى منزله، أو تركه خارجا من الحرز، وسواء أخرجه بأن حمله، أو رمى به إلى خارج الحرز، أو شد فيه حبلا ثم خرج فمده به، أو شده على بهيمة ثم ساقها به حتى أخرجها، أو تركه في نهر جار، فخرج به، ففي هذا كله يجب القطع؛ لأنه هو المخرج له، إما بنفسه، وإما بآلته، فوجب عليه القطع، كما لو حمله، فأخرجه، وسواء دخل الحرز فأخرجه، أو نقبه ثم أدخل إليه يده أو عصا لها شجنة فاجتذبه بها. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا قطع عليه، إلا أن يكون البيت صغيرا لا يمكنه دخوله؛ لأنه لم يهتك الحرز بما أمكنه، فأشبه المختلس. **ولنا** أنه سرق نصابا من حرز مثله، لا شبهة له فيه، وهو من أهل القطع، فوجب عليه، كما لو كان البيت ضيقا، ويخالف المختلس، فإنه لم يهتك الحرز. وإن رمى المتاع، فأطارته الريح فأخرجته، فعليه القطع؛ لأنه متى كان ابتداء الفعل منه، لم يؤثر فعل الريح، كما لو رمى صيدا، فأعانت الريح السهم حتى قتل الصيد، حل، ولو رمى الجمار، فأعانتها الريح حتى وقعت في المرمى، احتسب به، وصار هذا كما لو ترك المتاع في الماء فجرى به فأخرجه، ولو أمر صبيا لا يميز، فأخرج المتاع، وجب عليه القطع؛ لأنه آلة له، فأما إن ترك المتاع على دابة، فخرجت بنفسها من غير سوقها، أو ترك المتاع في ماء راكد، فانفتح فخرج المتاع، أو على حائط في الدار، فأطارته الريح، ففي ذلك وجهان؛ أحدهما: عليه القطع؛ لأن فعله سبب خروجه، فأشبه ما لو ساق البهيمة، أو فتح الماء، وحلق الثوب في الهواء. والثاني: لا قطع عليه؛ لأن الماء لم يكن آلة للإخراج، وإنما خرج المتاع بسبب حادث من غير فعله، والبهيمة لها اختيار لنفسها.

[فصل أخرج المتاع من بيت في الدار أو الخان إلى الصحن]

(٧٢٧٠) فصل: وإذا أخرج المتاع من بيت في الدار، أو الخان إلى الصحن، فإن كان باب البيت مغلقا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١١٦

ففتحه أو نقبه، فقد أخرج المتاع من الحرز، وإن لم يكن مغلقا، فما أخرجه من الحرز. وقد قال أحمد: إذا أخرج المتاع من البيت إلى الدار، يقطع. وهو محمول على الصورة الأولى.." (١)

"لا خلاف بين أهل العلم في أن السارق أول ما يقطع منه، يده اليمنى، من مفصل الكف، وهو الكوع. وفي قراءة عبد الله بن مسعود: " فاقطعوا أيمانهما ". وهذا إن كان قراءة وإلا فهو تفسير. وقد روي عن أبي بكر الصديق وعمر - رضي الله عنهما -، أنهما قالا: إذا سرق السارق، فاقطعوا يمينه من الكوع. ولا مخالف لهما في الصحابة؛ ولأن البطش بها أقوى، فكانت البداية بها أردع؛ ولأنها آلة السرقة، فناسب عقوبته بإعدام آلتها.

وإذا سرق ثانيا، قطعت رجله اليسرى. وبذلك قال الجماعة إلا عطاء، حكي عنه أنه تقطع يده اليسرى؛ لقوله سبحانه: ﴿فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] . ولأنها آلة السرقة والبطش، فكانت العقوبة بقطعها أولى. وروي ذلك عن ربيعة، وداود. وهذا شذوذ، يخالف قول جماعة فقهاء الأمصار من أهل الفقه والأثر، من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم، وهو قول أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما -، وقد روى أبو هريرة. عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال في السارق «إذا سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله» . ولأنه في المحاربة الموجبة قطع عضوين، إنما تقطع يده ورجله، ولا تقطع يداه، فنقول: جناية أوجبت قطع عضوين، فكانا رجلا ويدا، كالمحاربة؛ ولأن قطع يديه يفوت منفعة الجنس، فلا تبقى له يد يأكل بها، ولا يتوضأ، ولا يستطيب، ولا يدفع عن نفسه، فيصير كالهالك، فكان قطع الرجل الذي لا يشتمل على هذه المفسدة أولى.

وأما الآية: فالمراد بها قطع يد كل واحد منهما؛ بدليل أنه لا تقطع اليدان في المرة الأولى. وفي قراءة عبد الله: (فاقطعوا أيمانهما) . وإنما ذكر بلفظ الجمع، لأن المثنى إذا أضيف إلى المثنى ذكر بلفظ الجمع كقوله تعالى: ﴿فقد صغت قلوبكما﴾ [التحريم: ٤] . إذا ثبت هذا، فإنه تقطع رجله اليسرى؛ لقول الله تعالى: ﴿أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف﴾ [المائدة: ٣٣] . ولأن قطع اليسرى أرفق به؛ لأنه يمكنه المشي على خشبة، ولو قطعت رجله اليمنى لم يمكنه المشي بحال. وتقطع الرجل من مفصل الكعب في قول أكثر أهل العلم، وفعل ذلك عمر - رضي الله عنه -.

وكان علي - رضي الله عنه - يقطع من نصف القدم من معقد الشراك، ويدع له عقبا يمشي عليها. وهو قول أبي ثور. ولنا أنه أحد العضوين المقطوعين في السرقة، فيقطع من المفصل كاليد. وإذا قطع حسم،

(١) المغني لابن قدامة ٩/١١٧

وهو أن يغلى الزيت، فإذا قطع غمس عضوه في الزيت؛ لتنسد أفواه العروق؛ لئلا ينزف الدم فيموت. وقد روي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – أتي بسارق سرق شملة، فقال اقطعوه واحسموه» . وهو حديث." (١)

"الجلد يمكن تخفيفه، فيأتي به في المرض على وجه يؤمن معه التلف، والقطع لا يمكن تخفيفه.

[فصل سرق مرات قبل القطع]

(٧٢٨٠) فصل: وإذا سرق مرات قبل القطع، أجزأ قطع واحد عن جميعها، وتداخلت حدودها؛ لأنه حد من حدود الله تعالى، فإذا اجتمعت أسبابه تداخل، كحد الزنا. وذكر القاضي فيما إذا سرق من جماعة، وجاءوا متفرقين، رواية أخرى، أنها لا تتداخل. ولعله يقيس ذلك على حد القذف، والصحيح أنها تتداخل؛ لأن القطع خالص حق الله تعالى فتتداخل، كحد الزنا والشرب، وفارق حد القذف، فإنه حق لآدمي، ولهذا يتوقف على المطالبة باستيفائه، ويسقط بالعفو عنه. فأما إن سرق فقطع، ثم سرق ثانيا، قطع ثانيا، سواء سرق من الذي سرق منه أولا أو من غيره، وسواء سرق تلك العين التي قطع بها أو غيرها. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إذا قطع بسرقة عين مرة، لم يقطع بسرقتها مرة ثانية، إلا أن يكون قد قطع بسرقة غزل، ثم سرقه منسوجا، أو قطع بسرقة رطب، ثم سرقه تمرا. واحتج بأن هذا يتعلق استيفاؤه بمطالبة آدمي، فإذا تكرر سببه في العين الواحدة، لم يتكرر، كحد القذف. **ولنا** أنه حد يجب بفعل في عين، فتكرره في عين واحدة كتكرره في الأعيان، كالزنا، وما ذكره يبطل بالغزل إذا نسج، والرطب إذا أتمر، ولا نسلم حد القذف، فإنه متى قذفه بغير ذلك الزنا حد، وإن قذفه بذلك الزنا عقيب حده، لم يحد؛ لأن الغرض إظهار كذبه وقد ظهر، وها هنا الغرض ردعه عن السرقة، ولم يرتدع بالأول، فيردع بالثاني: كالمودع إذا سرق عينا أخرى.

[فصل سرق ولا يمنى له]

فصل: ومن سرق ولا يمنى له، قطعت رجله اليسرى، كما يقطع في السرقة الثانية، وإن كانت يمناه شلاء، ففيها روايتان؛ إحداهما: تقطع رجله اليسرى؛ لأن الشلاء لا نفع فيها ولا جمال، فأشبهت كفا لا أصابع عليه. قال إبراهيم الحربي، عن أحمد، فيمن سرق ويمناه جافة: تقطع رجله. والرواية الثانية: أنه يسأل أهل

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢١/٩

الخبرة، فإن قالوا: إنها إذا قطعت رقأ دمها، وانحسمت عروقها. قطعت؛ لأنه أمكن قطع يمينه فوجب، كما لو كانت صحيحة. وإن قالوا: لا يرقأ دمها. لم تقطع؛ لأنه يخاف تلفه، وقطعت رجله. وهذا مذهب الشافعي.

وإن كانت أصابع اليمنى كلها ذاهبة ففيها وجهان؛ أحدهما: لا تقطع وتقطع الرجل؛ لأن الكف لا تجب فيه دية اليد، فأشبه الذراع. والثاني: تقطع؛ لأن الراحة بعض ما يقطع في السرقة، فإذا كان موجودا قطع، كما لو ذهب الخنصر أو البنصر. وإن ذهب بعض الأصابع، نظرنا؛ فإن ذهب الخنصر والبنصر، أو ذهبت واحدة سواهما." (١)

"، قطعت؛ لأن معظم نفعها باق، وإن لم يبق إلا واحدة، فهي كالتي ذهب جميع أصابعها، وإن بقي اثنتان، فهل تلحق بالصحيحة، أو بما قطع جميع أصابعها؟ على وجهين. والأولى قطعها؛ لأن نفعها لم يذهب بالكلية.

[فصل سرق وله يمنى]

(٧٢٨٢) فصل: ومن سرق وله يمنى، فقطعت في قصاص، أو ذهبت بأكلة، أو تعدى عليه متعد فقطعها، سقط القطع، ولا شيء على العادي إلا الأدب. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال قتادة: يقتص من القاطع، وتقطع رجل السارق. وهذا غير صحيح؛ فإن يد السارق ذهبت، والقاطع قطع عضوا غير معصوم، وإن قطعها قاطع بعد السرقة، وقبل ثبوت السرقة والحكم بالقطع، ثم ثبت ذلك، فكذلك، ولو شهد بالسرقة، فحبسه الحاكم ليعدل الشهود، فقطعه قاطع، ثم عدلوا، فكذلك، وإن لم يعدلوا، وجب القصاص على القاطع. وبهذا قال الشافعي.

وقال أصحاب الرأي: لا قصاص عليه؛ لأن صدقهم محتمل، فيكون ذلك شبهة. **ولنا** أنه قطع طرفا ممن يكافئه عمدا بغير حق، فلزمه القطع، كما لو قطعه قبل إقامة البينة.

[فصل سرق فقطع الجذاذ يساره بدلا عن يمينه]

(٧٢٨٣) فصل: وإن سرق فقطع الجذاذ يساره بدلا عن يمينه، أجزأت، ولا شيء على القاطع إلا الأدب. وبهذا قال قتادة، والشعبي، وأصحاب الرأي. وذلك لأن قطع يمنى السارق يفضي إلى تفويت منفعة الجنس،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٣/٩

وقطع يديه بسرقة واحدة، فلا يشرع، وإذا انتفى قطع يمينه، حصل قطع يساره مجزئا عن القطع الواجب، فلا يجب على فاعله قصاص. وقال أصحابنا: في وجوب قطع يمين السارق وجهان. وللشافعي فيما إذا لم يعلم القاطع كونها يسارا، أو ظن أن قطعها يجزئ قولان؛ أحدهما: لا تقطع يمين السارق، كي لا تقطع يداه بسرقة واحدة. والثاني: تقطع، كما لو قطعت يسراه قصاصا. فأما القاطع: فاتفق أصحابنا والشافعي على أنه إن قطعها عن غير اختيار من السارق، أو كان السارق أخرجها دهشة أو ظنا منه أنها تجزئ، وقطعها القاطع عالما بأنها يسراه، وأنها لا تجزئ، فعليه القصاص، وإن لم يعلم أنها يسراه، أو ظن أنها مجزئة، فعليه ديتها.

وإن كان السارق أخرجها مختارا عالما بالأمرين، فلا شيء على القاطع؛ لأنه أذن في قطعها، فأشبه غير السارق. والمختار عندنا ما ذكرناه - والله أعلم -.

[مسألة عاد السارق بعدما قطعت يداه ورجله]

(٧٢٨٤) مسألة: قال: (فإن عاد، حبس، ولا يقطع غير يد ورجل)." (١)

"يعني إذا عاد فسرق بعد قطع يده ورجله، لم يقطع منه شيء آخر وحبس. وبهذا قال علي - رضي الله عنه - والحسن، والشعبي، والنخعي، والزهري، وحماد، والثوري، وأصحاب الرأي. وعن أحمد، أنه تقطع في الثالثة يده اليسرى، وفي الرابعة رجله اليمنى، وفي الخامسة يعزر ويحبس.

وروي عن أبي بكر، وعمر - رضي الله عنهما -، أنهما قطعا يد أقطع اليد والرجل. وهذا قول قتادة، ومالك، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر. وروي عن عثمان، وعمرو بن العاص، وعمر بن عبد العزيز أنه تقطع يده اليسرى في الثالثة، والرجل اليمنى في الرابعة، ويقتل في الخامسة؛ لأن جابرا قال: «جيء إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - بسارق، فقال: اقتلوه. فقالوا: يا رسول الله، إنما سرق. فقال: اقطعوه. قال: فقطع، ثم جيء به الثانية، فقال: اقتلوه. قالوا: يا رسول الله، إنما سرق. قال: اقطعوه فقطع، ثم جيء به الثالثة، فقال: اقتلوه. فقالوا: يا رسول الله، إنما سرق. قال: اقطعوه. قال: ثم أتي به الرابعة، فقال: اقتلوه. قالوا: يا رسول الله، إنما سرق. قال: اقطعوه. ثم أتي به الخامسة، قال: اقتلوه. قال: فانطلقنا به، فقتلناه، ثم اجتررناه فألقيناه في بئر» . رواه أبو داود. وعن أبي هريرة - رضي الله عنه - «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في السارق: وإن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله، ثم إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٤/٩

رجله» . ولأن اليسار تقطع قودا، فجاز قطعها في السرقة، كاليمنى؛ ولأنه فعل أبي بكر، وعمر - رضي الله عنهما -

وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اقتدوا بالذين من بعدي؛ أبي بكر وعمر» . ولنا ما روى سعيد، حدثنا أبو معشر، عن سعيد بن أبي سعيد المقبري، عن أبيه، قال: حضرت علي بن أبي طالب، - رضي الله عنه - أتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق، فقال لأصحابه: ما ترون في هذا؟ . قالوا: اقطعه يا أمير المؤمنين. قال قتلته إذا، وما عليه القتل، بأي شيء يأكل الطعام؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة؟ بأي شيء يغتسل من جنابته؟ بأي شيء يقوم على حاجته؟ فرده إلى السجن أياما، ثم أخرجه، فاستشار أصحابه، فقالوا مثل قولهم الأول، وقال لهم مثل ما قال أول مرة، فجلده جلدا شديدا، ثم أرسله. وروي عنه، أنه قال: إني لأستحي من الله أن لا أدع له يدا يبطش بها، ولا رجلا يمشي عليها. ولأن في قطع اليدين تفويت منفعة الجنس، فلم يشرع في حد، كالقتل؛ ولأنه لو جاز قطع اليدين، لقطعت اليسرى في المرة الثانية؛ لأنها آلة البطش كاليمنى، وإنما لم تقطع للمفسدة في قطعها؛ لأن ذلك بمنزلة الإهلاك." (١)

"فأما إن كانت رجله اليسرى شلاء، ويداه صحيحتان، قطعت يده اليمنى؛ لأنه لا يخشى تعدي ضرر القطع إلى غير المقطوع، وعلى قياس هذه المسألة: لو سرق ويده اليسرى مقطوعة، أو شلاء لم يقطع منه شيء؛ لذلك. وأنكر هذا ابن المنذر. وقال أصحاب الرأي: بقولهم هذا خالفوا كتاب الله بغير حجة.

[مسألة الحر والحرة والعبد والأمة في القطع سواء]

(٧٢٨٦) مسألة: قال: (والحر والحرة، والعبد، والأمة، في ذلك سواء) . أما الحر والحرة: فلا خلاف فيهما. وقد نص الله تعالى على الذكر والأنثى بقوله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] . ولأنهما استويا في سائر الحدود، فكذلك في هذا، وقد قطع النبي - صلى الله عليه وسلم - سارق رداء صفوان، وقطع المخزومية التي سرقت القطيفة.

فأما العبد والأمة: فإن جمهور الفقهاء وأهل الفتوى على أنهما يجب قطعهما بالسرقة، إلا ما حكي عن ابن عباس، أنه قال: لا قطع عليهما؛ لأنه حد لا يمكن تنصيفه، فلم يجب في حقهما كالرجم؛ ولأنه حد فلا يساوي العبد فيه الحر كسائر الحدود. ولنا عموم الآية. وروى الأثرم، أن رقيقا لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة، فانتحروها، فأمر كثير بن الصلت أن تقطع أيديهم، ثم قال عمر: والله إني لأراك

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٢٥

تجيعهم، ولكن لأغرمنك غرما يشق عليك. ثم قال للمزني: كم ثمن ناقتك؟ قال: أربعمائة درهم. قال عمر: أعطه ثمانمائة درهم.

وروى القاسم بن محمد عن أبيه أن عبدا أقر بالسرقة عند علي، فقطعه. وفي رواية قال: كان عبدا. يعني الذي قطعه علي. رواه الإمام أحمد، بإسناده. وهذه قصص تنتشر ولم تنكر، فتكون إجماعا. وقولهم: لا يمكن تنصيفه. قلنا: ولا يمكن تعطيله، فيجب تكميله، وقياسهم نقلبه عليهم، فنقول: حد فلا يتعطل في حق العبد والأمة، كسائر الحدود، وفارق الرجم، فإن حد الزاني لا يتعطل بتعطيله، بخلاف القطع، فإن حد السرقة يتعطل بتعطيله.

[فصل قطع الآبق بسرقته]

(٧٢٨٧) فصل ويقطع الآبق بسرقته، وغيره. روي ذلك عن ابن عمر، وعمر بن عبد العزيز وبه قال مالك، والشافعي. وقال مروان، وسعيد بن العاص، وأبو حنيفة: لا يقطع؛ لأن قطعه قضاء على سيده، ولا يقضى على الغائب. **ولنا** عموم الكتاب والسنة، وأنه مكلف سرق نصابا من حرز مثله، فيقطع، كغير الآبق.." [١]

"وقولهم: إنه قضاء على سيده. لا يسلم، فإنه لا يعتبر فيه إقرار السيد، ولا يضر إنكاره. وإنما يعتبر ذلك من العبد، ثم القضاء على الغائب بالبينة جائز، على ما عرف في موضعه.

[فصل أقر العبد بسرقة مال في يده فأنكر ذلك سيده]

(٧٢٨٨) فصل: وإن أقر العبد بسرقة مال في يده، فأنكر ذلك سيده، وقال: هذا مالي. فالمال لسيده، ويقطع العبد. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا قطع عليه؛ لأنه لم تثبت سرقته للمال، فلم يجب قطعه، كما لو أنكره المسروق منه؛ ولأنه إذا لم يقبل إقراره في المال، ففي الحد الذي يندرئ بالشبهات أولى. **ولنا** أنه أقر بالسرقة، وصدقه المسروق منه، فقطع، كالحر. ويحتمل أن لا يجب القطع؛ لأن الحد يدرأ بالشبهات، وكون المال محكوما به لسيده شبهة.

[فصل يقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي ويقطع الذمي بسرقة مالهما]

(٧٢٨٩) فصل: ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي، ويقطع الذمي بسرقة مالهما. وبه قال الشافعي،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٧/٩

وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه مخالفا. فأما الحربي إذا دخل إلينا مستأمنا، فسرق، فإنه يقطع أيضا. وقال ابن حامد: لا يقطع، وهو قول أبي حنيفة ومحمد؛ لأنه حد لله تعالى، فلا يقام عليه، كحد الزنا. وقد نص أحمد على أنه لا يقام عليه حد الزنا. وللشافعي قولان، كالمذهبين.

ولنا أنه حد يطالب به فوجب عليه، كحد القذف، يحققه أن القطع يجب صيانة للأموال، وحد القذف يجب صيانة للأعراض، فإذا وجب في حقه أحدهما وجب الآخر، فأما حد الزنا: فلم يجب؛ لأنه يجب به قتله لنقضه العهد، ولا يجب مع القتل حد سواه. إذا ثبت هذا، فإن المسلم يقطع بسرقة ماله. وعند أبي حنيفة: لا يجب. **ولنا** أنه سرق مالا معصوما من حرز مثله، فوجب قطعه، كسارق مال الذمي. ويقطع المرتد إذا سرق؛ لأن أحكام الإسلام جارية عليه.

[مسألة وهبت للسارق السرقة بعد إخراجها]

(٧٢٩٠) مسألة: قال: (ويقطع السارق وإن و ه بت له السرقة بعد إخراجها) وجملته أن السارق إذا ملك العين المسروقة بهبة أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك، لم يخل من أن يملكها قبل رفعه إلى الحاكم، والمطالبة بها عنده، أو بعد ذلك، فإن ملكها قبله، لم يجب القطع؛ لأن من شرطه المطالبة بالمسروق وبعد ملكه له لا تصح المطالبة، وإن ملكها بعده، لم يسقط القطع. وبهذا قال مالك، والشافعي، وإسحاق.

وقال أصحاب الرأي: يسقط؛ لأنها صارت ملكه، فلا يقطع في عين هي ملكه، كما لو ملكها قبل المطالبة بها؛ ولأن المطالبة شرط، والشروط يعتبر دوامها، ولم يبق لهذه العين مطالب. **ولنا** ما روى الزهري، عن «ابن صفوان، عن أبيه، أنه نام في المسجد، وتوسد رداءه، فأخذ من تحت." (١)

"رأسه، فجاء بسارقه إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأمر به النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يقطع، فقال صفوان: يا رسول الله لم أرد هذا، ردائي عليه صدقة. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: فهلا قبل أن تأتيني به» . رواه ابن ماجه، والجوزجاني. وفي لفظ قال: «فأتيته، فقلت: أتقطعه من أجل ثلاثين درهما؟ أنا أبيعه وأنسئه ثمنها. قال: فهلا كان قبل أن تأتيني به» . رواه الأثرم، وأبو داود. فهذا يدل على أنه لو وجد قبل رفعه إليه، لدرأ القطع، وبعده لا يسقطه. وقولهم: إن المطالبة شرط. قلنا: هي شرط الحكم لا شرط القطع، بدليل أنه لو استرد العين لم يسقط القطع، وقد زالت المطالبة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٨/٩

[فصل أقر المسروق منه أن المسروق كان ملكا للسارق أو قامت به بينة]

(٧٢٩١) فصل: وإن أقر المسروق منه أن المسروق كان ملكا للسارق، أو قامت به بينة، أو أن له فيه شبهة، أو أن المالك أذن له في أخذها، أو أنه سبل٥١، لم يقطع؛ لأننا تبينا أنه لم يجب، بخلاف ما لو وهبه إياها، فإن ذلك لا يمنع كون الحد واجبا. وإن أقر له بالعين، سقط القطع أيضا؛ لأن إقراره يدل على تقدم ملكه لها، فيحتمل أن تكون له حال أخذها. والمنصوص عن أحمد، أن القطع لا يسقط؛ لأنه ملك تجدد سببه بعد وجوب القطع، أشبه الهبة؛ ولأن ذلك حيلة على إسقاط القطع بعد وجوبه، فلم يسقط بها، كالهبة.

[مسألة أخرج السرقة وقيمتها ثلاثة دراهم فلم يقطع حتى نقصت قيمتها]

(٧٢٩٢) مسألة: قال: (ولو أخرجها وقيمتها ثلاثة دراهم، فلم يقطع حتى نقصت قيمتها، قطع) . وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: يسقط القطع؛ لأن النصاب شرط، فتعتبر استدامته. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] . ولأنه نقص حدث في العين، فلم يمنع القطع، كما لو حدث باستعماله، والنصاب شرط لوجوب القطع، فلا تعتبر استدامته كالحرز. وما ذكره يبطل بالحرز، فإنه لو زال الحرز أو ملكه، لم يسقط عنه القطع.

وسواء نقصت قيمتها قبل الحكم أو بعده؛ لأن سبب الوجوب السرقة، فيعتبر النصاب حينئذ. فأما إن نقص النصاب قبل الإخراج، لم يجب القطع؛ لعدم الشرط قبل تمام السبب، وسواء نقصت بفعله، أو بغير فعله. وإن وجدت ناقصة، ولم يدر هل كانت ناقصة حين السرقة أو حدث النقص بعدها؟ لم يجب القطع؛ لأن الوجوب لا يثبت مع الشك في شرطه، ولأن الأصل عدمه.

[مسألة رد السرقة إلى مالكها بعد قطع يد السارق]

(٧٢٩٣) مسألة: قال: (وإذا قطع، فإن كانت السرقة باقية، ردت إلى مالكها، وإن كانت تالفة، فعليه قيمتها، موسرا كان أو معسرا)." (١)

"«إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه» . وفي لفظ: " فكلوا من كسب أولادكم ". ولا يجوز قطع الإنسان بأخذ ما أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بأخذه، ولا أخذ ما جعله النبي -

---

(١) المغني لابن قدامة ١٢٩/٩

صلى الله عليه وسلم - مالا له مضافا إليه؛ ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، وأعظم الشبهات أخذ الرجل من مال جعله الشرع له، وأمره بأخذه وأكله

وأما العبد إذا سرق من مال سيده، فلا قطع عليه، في قولهم، جميعا، ووافقهم أبو ثور فيه. وحكي عن داود أنه يقطع؛ لعموم الآية. **ولنا** ما روى السائب بن يزيد قال: شهدت عمر بن الخطاب، وقد جاءه عبد الله بن عمرو بن الحضرمي بغلام له، فقال: إن غلامي هذا سرق، فاقطع يده. فقال عمر: ما سرق؟ قال: سرق مرآة امرأتي، ثمنها ستون درهما. فقال: أرسله، لا قطع عليه، خادمكم أخذ متاعكم. ولكنه لو سرق من غيره قطع. وفي لفظ قال: مالكم سرق بعضه بعضا، لا قطع عليه. رواه سعيد. وعن ابن مسعود. أن رجلا جاءه، فقال: عبد لي سرق قباء لعبد لي آخر. فقال: لا قطع، مالك سرق مالك. وهذه قضايا تشتهر، ولم يخالفها أحد، فتكون إجماعا، وهذا يخص عموم الآية؛ ولأن هذا إجماع من أهل العلم؛ لأنه قول من سمينا من الأئمة، ولم يخالفهم في عصرهم أحد، فلا يجوز خلافه بقول من بعدهم، كما لا يجوز ترك إجماع الصحابة بقول واحد من التابعين (٧٣٠١) فصل: والمدبر، وأم الولد، والمكاتب، كالقن في هذا. وبه قال الثوري، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.
ولا يقطع سيد المكاتب بسرقة ماله؛ لأنه عبد ما بقي عليه درهم. وكل من لا يقطع الإنسان بسرقة ماله، لا يقطع عبده بسرقة ماله، كآبائه، وأولاده، وغيرهم. وهذا قول أصحاب الرأي، والشافعي، كل على أصله. وقال أبو ثور: يقطع بسرقة مال من عدا سيده. ونحوه قول مالك، وابن المنذر. **ولنا** حديث عمر - رضي الله عنه -؛ ولأن مالهم ينزل منزلة ماله في قطعه، فكذلك في قطع عبده.

[فصل هل يقطع الابن وإن سفل بسرقة مال والده وإن علا]
(٧٣٠٢) فصل: ولا يقطع الابن وإن سفل، بسرقة مال والده وإن علا. وبه قال الحسن، والشافعي، وإسحاق، والثوري، وأصحاب الرأي. وظاهر قول الخرقي أنه يقطع؛ لأنه لم يذكره فيمن لا قطع عليه. وهو قول." (١)

"مالك، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لظاهر الكتاب؛ ولأنه يحد بالزنا بجاريته، ويقاد بقتله، فيقطع بسرقة ماله، كالأجنبي. ووجه الأول: أن بينهما قرابة تمنع قبول شهادة أحدهما لصاحبه، فلم يقطع بسرقة ماله

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٣٤

كالأب؛ ولأن النفقة تجب في مال الأب لابنه حفظا له، فلا يجوز إتلافه حفظا للمال، وأما الزنا بجاريته، فيجب به الحد؛ لأنه لا شبهة له فيها، بخلاف المال.

[فصل هل يقطع بالسرقة من ذي رحم]

فصل: فأما سائر الأقارب، كالإخوة والأخوات، ومن عداهم، فيقطع بسرقة مالهم، ويقطعون بسرقة ماله. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يقطع بالسرقة من ذي رحم؛ لأنها قرابة تمنع النكاح، وتبيح النظر، وتوجب النفقة، أشبه قرابة الولادة. **ولنا** أنها قرابة لا تمنع الشهادة، فلا تمنع القطع كقرابة غيره، وفارق قرابة الولادة بهذا.

[فصل سرق أحد الزوجين من مال الآخر]

(٧٣٠٤) فصل: وإن سرق أحد الزوجين من مال الآخر، فإن كان مما ليس محرزا عنه، فلا قطع فيه، وإن سرق مما أحرزه عنه ففيه روايتان؛ إحداهما: لا قطع عليه. وهي اختيار أبي بكر، ومذهب أبي حنيفة؛ لقول عمر – رضي الله عنه – لعبد الله بن عمرو بن الحضرمي، حين قال له: إن غلامي سرق مرآة امرأتي: أرسله، لا قطع عليه، خادمكم أخذ متاعكم. وإذا لم يقطع عبده بسرقة مالها، فهو أولى؛ ولأن كل واحد منهما يرث صاحبه بغير حجب، ولا تقبل شهادته له، ويتبسط في مال الآخر عادة، فأشبه الوالد والولد.

والثانية: يقطع. وهو مذهب مالك، وأبي ثور، وابن المنذر. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ لعموم الآية؛ ولأنه سرق مالا محرزا عنه، لا شبهة له فيه، أشبه الأجنبي. وللشافعي كالروايتين. وقول ثالث: أن الزوج يقطع بسرقة مال الزوجة؛ لأنه لا حق له فيه، ولا تقطع بسرقة ماله؛ لأن لها النفقة فيه.

[فصل سرق مسلم من بيت المال]

(٧٣٠٥) فصل: ولا قطع على من سرق من بيت المال إذا كان مسلما، ويروى ذلك عن عمر، وعلي – رضي الله عنهما –. وبه قال الشعبي، والنخعي، والحكم، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال حماد، ومالك، وابن المنذر: يقطع؛ لظاهر الكتاب.." [١]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٥/٩

"يخفى يبطل شهادتهما، ففيما يظهر أولى.
ويحتمل أن أحدهما ظن المسروق ذكرا، وظنه الآخر أنثى، وقد أوجب هذا رد شهادتهما، فكذلك هاهنا.
الثاني: الاعتراف، ويشترط فيه أن يعترف مرتين روي ذلك عن علي - رضي الله عنه -. وبه قال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف، وزفر، وابن شبرمة. وقال عطاء، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، ومحمد بن الحسن: يقطع باعتراف مرة؛ لأنه حق يثبت بالإقرار، فلم يعتبر فيه التكرار، كحق الآدمي. ولنا ما روى أبو داود، بإسناده عن أبي أمية المخزومي «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي بلص قد اعترف، فقال له: ما إخالك سرقت. قال: بلى. فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا، فأمر به، فقطع» . ولو وجب القطع بأول مرة، لما أخره. وروى سعيد، عن هشيم، وسفيان، وأبي الأحوص، وأبي معاوية عن الأعمش، عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه، قال شهدت عليا، وأتاه رجل، فأقر بالسرقة، فرده، وفي لفظ: فانتهره. وفي لفظ: فسكت عنه. وقال غير هؤلاء: فطرده. ثم عاد بعد ذلك، فأقر، فقال له علي: شهدت على نفسك مرتين. فأمر به، فقطع، وفي لفظ: قد أقررت على نفسك مرتين. ومثل هذا يشتهر، فلم ينكر.
ولأنه يتضمن إتلافا في حد، فكان من شرطه التكرار، كحد الزنا. ولأنه أحد حجتي القطع، فيعتبر فيه التكرار، كالشهادة. وقياسهم ينتقض بحد الزنا عند من اعتبر التكرار، ويفارق حق الآدمي؛ لأن حقه مبني على الشح، والتضييق، ولا يقبل رجوعه عنه، بخلاف مسألتنا. (٧٣١٠) فصل: ويعتبر أن يذكر في إقراره شروط السرقة، من النصاب والحرز، وإخراجه منه (٧٣١١) فصل: والحر والعبد في هذا سواء. نص عليه أحمد؛ وذلك لعموم النص فيهما، ولما روى الأعمش، عن القاسم، عن أبيه،: أن عليا قطع عبدا أقر عنده بالسرقة.
وفي رواية قال: كان عبدا. يعني الذي قطعه علي. ويعتبر أن يقر مرتين. وروى مهنا، عن أحمد: إذا أقر العبد أربع مرات أنه سرق، قطع. وظاهر هذا أنه اعتبر إقراره أربع مرات، ليكون على النصف من الحر. والأول أصح؛ لخبر علي؛ ولأنه إقرار بحد، فاستوى في عدده الحر والعبد، كسائر الحدود.

[مسألة رجع السارق عن إقراره قبل القطع]
(٧٣١٢) مسألة: قال: (ولا ينزع عن إقراره حتى يقطع)." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٨/٩

"هذا قول أكثر الفقهاء. وقال ابن أبي ليلى، وداود: لا يقبل رجوعه؛ لأنه لو أقر لآدمي بقصاص أو حق، لم يقبل رجوعه عنه. ولنا قول النبي - صلى الله عليه وسلم - للسارق: " ما إخالك سرقت. عرض له ليرجع؛ ولأنه حد لله تعالى، ثبت بالاعتراف، فقبل رجوعه عنه، كحد الزنا؛ ولأن الحدود تدرأ بالشبهات، ورجوعه عنه شبهة، لاحتمال أن يكون كذب على نفسه في اعترافه؛ ولأنه أحد حجتي القطع، فيبطل بالرجوع عنه، كالشهادة؛ ولأن حجة القطع زالت قبل استيفائه، فسقط، كما لو رجع الشهود.

وفارق حق الآدمي، فإنه مبني على الشح والضيق، ولو رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم، لم يبطل برجوعهم، ولم يمنع استيفاءها. إذا ثبت هذا، فإنه إذا رجع قبل القطع، سقط القطع، ولم يسقط غرم المسروق؛ لأنه حق آدمي، ولو أقر مرة واحدة، لزمه غرامة المسروق دون القطع. وإن كان رجوعه وقد قطع بعض المفصل، لم يتممه إن كان يرجى برؤه؛ لكونه قطع قليلا، وإن قطع الأكثر، فالمقطوع بالخيار، إن شاء تركه وإن شاء قطعه؛ ليستريح من تعليق كفه، ولا يلزم القاطع قطعه؛ لأن قطعه تداو، وليس بحد.

[فصل تلقين السارق ليرجع عن إقراره]

(٧٣١٣) فصل: قال أحمد لا بأس بتلقين السارق ليرجع عن إقراره. وهذا قول عامة الفقهاء. روي عن عمر، أنه أتي برجل، فسأله: أسرقت؟ قل: لا. فقال: لا. فتركه. وروي معنى ذلك عن أبي بكر الصديق، وأبي هريرة، وابن مسعود، وأبي الدرداء. وبه قال إسحاق، وأبو ثور. وقد روينا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال للسارق: " ما أخالك سرقت ". وقال لماعز: " لعلك قبلت، أو لمست ". وعن علي - رضي الله عنه - أن رجلا أقر عنده بالسرقة فانتهره. وروي أنه طرده. وروي أنه رده.

ولا بأس بالشفاعة في السارق ما لم يبلغ الإمام، فإنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «تعافوا الحدود فيما بينكم، فما بلغني من حد وجب» . وقال الزبير بن العوام في الشفاعة في الحد: يفعل ذلك دون السلطان، فإذا بلغ الإمام، فلا أعفاه الله إن أعفاه. وممن رأى ذلك الزبير، وعمار، وابن عباس، وسعيد بن جبير، والزهري والأوزاعي. وقال مالك: إن لم يعرف بشر، فلا بأس أن يشفع له، ما لم يبلغ الإمام، وأما من عرف بشر وفساد، فلا أحب أن يشفع له أحد، ولكن يترك حتى يقام الحد عليه.

وأجمعوا على أنه إذا بلغ الإمام لم تجز الشفاعة فيه؛." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣٩/٩

"لأن ذلك إسقاط حق وجب لله تعالى، وقد غضب النبي - صلى الله عليه وسلم - حين شفع أسامة في المخزومية التي سرقت وقال: «أتشفع في حد من حدود الله تعالى» وقال ابن عمر: من حالت شفاعته دون حد من حدود الله، فقد ضاد الله في حكمه.

[مسألة اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم]

(٧٣١٤) مسألة؛ قال: (وإذا اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم، قطعوا) وبهذا قال مالك، وأبو ثور. وقال الثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وإسحاق: لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا؛ لأن كل واحد لم يسرق نصابا، فلم يجب عليه قطع، كما لو انفرد بدون النصاب. وهذا القول أحب إلي؛ لأن القطع هاهنا لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه، فلا يجب، والاحتياط بإسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه؛ لأنه مما يدرأ بالشبهات واحتج أصحابنا بأن النصاب أحد شرطي القطع، فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد، قياسا على هتك الحرز؛ ولأن سرقة النصاب فعل يوجب القطع، فاستوى فيه الواحد والجماعة، كالقصاص، ولم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلا يشترك الجماعة في حمله، وبين أن يخرج كل واحد منه جزءا، ونص أحمد على هذا.

وقال مالك: إن انفرد كل واحد بجزء منه، لم يقطع واحد منهم، كما لو انفرد كل واحد من قاطعي اليد بقطع جزء منها، لم يجب القصاص. **ولنا** أنهم اشتركوا في هتك الحرز، وإخراج النصاب، فلزمهم القطع، كما لو كان ثقيلا فحملوه، وفارق القصاص، فإنه تعتمد المماثلة، ولا توجد المماثلة إلا أن توجد أفعالهم في جميع أجزاء اليد، وفي مسألتنا القصد الزجر من غير اعتبار مماثلة، والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال، وسواء دخلا الحرز معا، أو دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب، ثم دخل الآخر فأخرج باقيه؛ لأنهما اشتركا في هتك الحرز وإخراج النصاب، فلزمهما القطع، كما لو حملاه معا.

[فصل كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه]

(٧٣١٥) فصل: فإن كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه، كأبي المسروق منه، قطع شريكه، في أحد الوجهين، كما لو شاركه في قطع يد ابنه. والثاني: لا يقطع. وهو أصح؛ لأن سرقتهما جميعا صارت علة لقطعهما، وسرقة الأب لا تصلح موجبة للقطع؛ لأنه أخذ ما له أخذه، بخلاف قطع يد ابنه، فإن الفعل تمحض عدوانا، وإنما سقط القصاص لفضيلة الأب، لا لمعنى في فعله، وها هنا فعله قد تمكنت الشبهة

منه فوجب أن لا يجب القطع به، كاشتراك العامد والخاطئ. وإن أخرج كل واحد منهما نصابا، وجب القطع على شريك الأب؛ لأنه انفرد بما يوجب." [1]

"القطع. وإن أخرج الأب نصابا، وشريكه دون النصاب، ففيه الوجهان.

وإن اعترف اثنان بسرقة نصاب، ثم رجع أحدهما، فالقطع على الآخر؛ لأنه اختص بالإسقاط فيختص بالسقوط. ويحتمل أن يسقط عن شريكه؛ لأن السبب السرقة منهما، وقد اختل أحد جزأيها. وكذلك لو أقر بمشاركة آخر في سرقة نصاب، ولم يقر الآخر ففي القطع وجهان.

[فصل اشترك رجلان في إخراج نصاب السرقة من الدار]

(٧٣١٦) فصل: قال أحمد، في رجلين دخلا دارا، أحدهما في سفلها جمع المتاع وشده بحبل، والآخر في علوها مد الحبل فرمى به وراء الدار، فالقطع عليهما؛ لأنهما اشتركا في إخراجه. وإن دخلا جميعا، فأخرج أحدهما المتاع وحده، فقال أصحابنا: القطع عليهما. وبه قال أبو حنيفة وصاحباه، إذا أخرج نصابين. وقال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: القطع على المخرج وحده؛ لأنه هو السارق.

وإن أخرج أحدهما دون النصاب، والآخر أكثر من نصاب فتما نصابين، فعند أصحابنا وأبي حنيفة وصاحبيه: يجب القطع عليهما. وعند الشافعي وموافقيه: لا قطع على من لم يخرج نصابا. وإن أخرج أحدهما نصابا، والآخر دون النصاب، فعند أصحابنا عليهما القطع. وعند الشافعي: القطع على مخرج النصاب وحده. وعند أبي حنيفة: لا قطع على واحد منهما؛ لأن المخرج لم يبلغ نصبا بعدد السارقين. وقد ذكرنا وجه ما قلنا فيما تقدم.

وإن نقبا حرزا، ودخل أحدهما، فقرب المتاع من النقب، وأدخل الخارج يده فأخرجه، فقال أصحابنا: قياس قول أحمد، أن القطع عليهما. وقال الشافعي: القطع على الخارج؛ لأنه مخرج المتاع. وقال أبو حنيفة: لا قطع على واحد منهما. **ولنا** أنهما اشتركا في هتك الحرز، وإخراج المتاع، فلزمهما القطع، كما لو حملاه معا فأخرجاه. وإن وضعه في النقب، فمد الآخر يده فأخذه، فالقطع عليهما. ونقل عن الشافعي في هذه المسألة قولان، كالمذهبين في الصورة التي قبلها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ١٤٠

[فصل نقب أحدهما وحده ودخل الآخر وحده فأخرج المتاع]

(٧٣١٧) فصل: وإن نقب أحدهما وحده، ودخل الآخر وحده، فأخرج المتاع، فلا قطع على واحد منهما؛ لأن الأول لم يسرق، والثاني لم يهتك الحرز، وإنما سرق من حرز هتكه غيره، فأشبه ما لو نقب رجل وانصرف، وجاء آخر فصادف الحرز مهتوكا فسرق منه. وإن نقب رجل، وأمر غيره فأخرج المتاع، فلا قطع أيضا على واحد منهما. وإن كان المأمور صبيا مميزا؛ لأن المميز له اختيار فلا يكون آلة للآمر، كما لو أمره بقتل إنسان فقتله، وإن كان غير مميز، وجب القطع على الآمر؛ لأنه آلته.

وإن اشترك رجلان في النقب، ودخل أحدهما فأخرج المتاع وحده، أو أخذه وناوله للآخر خارجا من الحرز، أو رمى به إلى خارج الحرز، فأخذه الآخر، فالقطع على الداخل وحده؛ لأنه مخرج المتاع وحده مع المشاركة في النقب. وبهذا قال الشافعي،." [١]

"وأبو ثور، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة: لا قطع عليهما؛ لأن الداخل لم ينفصل عن الحرز ويده على السرقة، فلم يلزمه القطع، كما لو أتلفه داخل الحرز **ولنا** أن المسروق خرج من الحرز ويده عليه، فوجب عليه القطع، كما لو خرج به، ويخالف إذا أتلفه؛ فإنه لم يخرجه من الحرز.

[مسألة هل تشترط المطالبة من مالك المسروق حتى يقام حد القطع]

(٧٣١٨) مسألة: قال: (ولا يقطع وإن اعترف أو قامت بينة، حتى يأتي مالك المسروق يدعيه) وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وقال أبو بكر: يقطع، ولا يفتقر إلى دعوى ولا مطالبة. وهذا قول مالك، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لعموم الآية؛ ولأن موجب القطع ثبت، فوجب من غير مطالبة، كحد الزنا. **ولنا** أن المال يباح بالبذل والإباحة، فيحتمل أن مالكه أباحه إياه، أو وقفه على المسلمين، أو على طائفة السارق منهم، أو أذن له في دخول حرزه، فاعتبرت المطالبة لتزول هذه الشبهة، وعلى هذا يخرج الزنا، فإنه لا يباح بالإباحة؛ ولأن القطع أوسع في الإسقاط، ألا ترى أنه إذا سرق مال أبيه لم يقطع، ولو زنى بجاريته حد؟ ولأن القطع شرع لصيانة مال الآدمي، فله به تعلق، فلم يستوف من غير حضور مطالب به، والزنا حق لله تعالى محض، فلم يفتقر إلى طلب به. إذا ثبت هذا، فإن وكيل المالك يقوم مقامه في الطلب.

وقال القاضي: إذا أقر بسرقة مال غائب، حبس حتى يحضر الغائب؛ لأنه يحتمل أن يكون قد أباحه، ولو أقر بحق مطلق لغائب لم يحبس؛ لأنه لا حق عليه لغير الغائب، ولم يأمر بحبسه، فلم يحبس، وفي مسألتنا

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٤١

تعلق به حق الله تعالى، وحق الآدمي، فحبس؛ لما عليه من حق الله تعالى، فإن كانت العين في يده، أخذها الحاكم، وحفظها للغائب، وإن لم يكن في يده شيء، فإذا جاء الغائب كان الخصم فيها.

[فصل أقر بسرقة من رجل فقال المالك: لم تسرق مني ولكن غصبتني]

(٧٣١٩) فصل: ولو أقر بسرقة من رجل، فقال المالك: لم تسرق مني، ولكن غصبتني. أو كان لي قبلك وديعة فجحدتني. لم يقطع؛ لأن إقراره لم يوافق دعوى المدعي. وبهذا قال أبو ثور، وأصحاب الرأي. وإن أقر أنه سرق نصابا من رجلين، فصدقه أحدهما دون الآخر، أو قال الآخر: بل غصبتنيه أو جحدتنيه، لم يقطع. وبه قال أصحاب الرأي. وقال أبو ثور: إذا قال الآخر: غصبتنيه أو جحدتنيه. قطع. **ولنا** أنه لم يوافق على سرقة نصاب، فلم يقطع، كالتي قبلها، وإن وافقاه جميعا، قطع. وإن حضر أحدهما، فطالب، ولم يحضر الآخر، لم يقطع؛ لأن ما حصلت المطالبة به لا يوجب القطع بمفرده.

وإن أقر أنه سرق من رجل شيئا، فقال الرجل: قد فقدته من مالي. فينبغي أن يقطع؛ لما روي عن عبد الرحمن بن ثعلبة." (١)

"[كتاب قطاع الطريق]

الأصل في حكمهم قول الله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة: ٣٣] . وهذه الآية في قول ابن عباس وكثير من العلماء، نزلت في قطاع الطريق من المسلمين. وبه يقول مالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وحكي عن ابن عمر أنه قال: نزلت هذه الآية في المرتدين. وحكي ذلك عن الحسن، وعطاء، وعبد الكريم؛ لأن سبب نزولها قصة العرنيين، وكانوا ارتدوا عن الإسلام، وقتلوا الرعاة، فاستاقوا إبل الصدقة، فبعث النبي - صلى الله عليه وسلم - من جاء بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسمل أعينهم، وألقاهم في الحرة حتى ماتوا. قال أنس: فأنزل الله تعالى في ذلك: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله﴾ [المائدة: ٣٣] الآية. أخرجه أبو داود، والنسائي. ولأن محاربة الله ورسوله إنما تكون من الكفار لا من المسلمين. **ولنا** قول الله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم﴾ [المائدة: ٣٤] . والكفار تقبل توبتهم بعد القدرة، كما تقبل قبلها، ويسقط عنهم القتل والقطع في كل حال، والمحاربة قد تكون من المسلمين؛ بدليل قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين﴾ [البقرة: ٢٧٨] ﴿فإن لم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٢/٩

تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله﴾ [البقرة: ٢٧٩]

(٧٣٢١) مسألة: قال: (والمحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح في الصحراء، فيغصبونهم المال مجاهرة) وجملته أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التي نذكرها بعد، تعتبر لهم شروط ثلاثة؛ أحدها: أن يكون ذلك في الصحراء، فإن كان ذلك منهم في القرى والأمصار، فقد توقف أحمد - رحمه الله - فيهم وظاهر كلام الخرقي أنهم غير محاربين. وبه قال أبو حنيفة، والثوري، وإسحاق؛ لأن الواجب يسمى حد قطاع الطريق، وقطع الطريق إنما هو في الصحراء؛ ولأن من في المصر يلحق به الغوث غالبا، فتذهب شوكة المعتدين، ويكونون مختلسين، والمختلس ليس بقاطع، ولا حد عليه.

وقال كثير من أصحابنا: هو قاطع حيث كان. وبه قال الأوزاعي، والليث، والشافعي، وأبو يوسف، وأبو ثور؛ لتناول الآية بعمومها كل محارب؛ ولأن ذلك إذا وجد في المصر كان أعظم خوفا، وأكثر ضررا، فكان بذلك أولى.." (١)

"الأول في اللفظ كقوله تعالى: ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة: ١٥٨] ولأن القتل إذا أطلق في لسان الشرع، كان قتلا بالسيف. ولهذا قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتل» . وأحسن القتل هو القتل بالسيف، وفي صلبه حيا تعذيب له، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن تعذيب الحيوان. وقولهم: إنه جزاء على المحاربة. قلنا: لو شرع لردعه، لسقط بقتله، كما يسقط سائر الحدود مع القتل وإنما شرع الصلب ردعا لغيره، ليشتهر أمره، وهذا يحصل بصلبه بعد قتله. وقولهم: يمنع تكفينه ودفنه. قلنا: هذا لازم لهم؛ لأنهم يتركونه بعد قتله مصلوبا. الثاني: في قدره ولا توقيت فيه، إلا قدر ما يشتهر أمره.

قال أبو بكر: لم يوقت أحمد في الصلب، فأقول: يصلب قدر ما يقع عليه الاسم. والصحيح توقيته بما ذكر الخرقي من الشهرة؛ لأن المقصود يحصل به. وقال الشافعي: يصلب ثلاثا. وهو مذهب أبي حنيفة. وهذا توقيت بغير توقيف، فلا يجوز، مع أنه في الظاهر يفضي إلى تغيره، ونتنه، وأذى المسلمين برائحته ونظره، ويمنع تغسيله وتكفينه ودفنه، فلا يجوز بغير دليل. الثالث: في وجوبه، وهذا واجب حتم في حق من قتل وأخذ المال، لا يسقط بعفو ولا غيره. وقال أصحاب الرأي: إن شاء الإمام صلب، وإن شاء لم يصلب. **ولنا** حديث ابن عباس، أن جبريل نزل بأن من قتل وأخذ المال صلب. ولأنه شرع حدا، فلم يتخير بين فعله وتركه، كالقتل وسائر الحدود. إذا ثبت هذا، فإنه إذا اشتهر أنزل، ودفع إلى أهله، فيغسل، ويكفن،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٤٤

ويصلى عليه، ويدفن.

(٧٣٢٣) " فصل: وإن مات قبل قتله، لم يصلب؛ لأن الصلب من تمام الحد، وقد فات الحد بموته، فيسقط ما هو من تتمته.

وإن قتل في المحاربة بمثقل قتل، كما لو قتل بمحدد لأنهما سواء في وجوب القصاص بهما. وإن قتل بآلة لا يجب القصاص بالقتل بها، كالسوط والعصا والحجر الصغير، فظاهر كلام الخرقي، أنهم يقتلون أيضا؛ لأنهم دخلوا في العموم.

الحال الثاني: قتلوا ولم يأخذوا المال فإنهم يقتلون ولا يصلبون. وعن أحمد رواية أخرى، أنهم يصلبون؛ لأنهم محاربون يجب قتلهم، فيصلبون، كالذين أخذوا المال. والأولى أصح؛ لأن الخبر المروي فيهم قال فيه: ومن قتل ولم يأخذ المال، قتل ". ولم يذكر صلبا؛ ولأن جنايتهم بأخذ المال مع القتل تزيد." (١)

"يمنى يديه، ولم يقطع غير ذلك. وجها واحدا. وهو مذهب الشافعي. ولا نعلم فيه خلافا؛ لأنه وجد في محل الحد ما يستوفى، فاكتفي باستيفائه، كما لو كانت اليد ناقصة، بخلاف التي قبلها. وإن كان ما وجب قطعه أشل، فذكر أهل الطب أن قطعه يفضي إلى تلفه، لم يقطع، وكان حكمه حكم المعدوم. وإن قالوا: لا يفضي إلى تلفه. ففي قطعه روايتان. ذكرناهما في قطع السارق. الحال الرابع، إذا أخافوا السبيل، ولم يقتلوا، ولم يأخذوا مالا. الحال الخامس، إذا تابوا قبل القدرة عليهم. ويأتي ذكر حكمهما، إن شاء الله تعالى.

[مسألة قطع يد قطاع الطريق]

(٧٣٢٥) مسألة: قال: (ولا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق في مثله) وبهذا قال الشافعي، وأصحاب الرأي. وابن المنذر وقال مالك، وأبو ثور: للإمام أن يحكم عليه حكم المحارب؛ لأنه محارب لله ولرسوله، ساع في الأرض بالفساد، فيدخل في عموم الآية؛ ولأنه لا يعتبر الحرز، فكذلك النصاب. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم -: «لا قطع إلا في ربع دينار» . ولم يفصل؛ ولأن هذه جناية تعلقت بها عقوبة في حق غير المحارب، فلا تتغلظ في المحارب بأكثر من وجه واحد، كالقتل يغلظ بالانحتام، كذلك هاهنا تتغلظ بقطع الرجل معها، ولا تتغلظ بما دون النصاب. وأما الحرز فهو معتبر، فإنهم لو أخذوا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٤٨/٩

مالا مضيعا لا حافظ له، لم يجب القطع.

وإن أخذوا ما يبلغ نصابا ولا تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا، قطعوا، على قياس قولنا في السرقة. وقياس قول الشافعي، وأصحاب الرأي، أنه لا يجب القطع حتى تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا. ويشترط أيضا أن لا تكون لهم شبهة فيما يأخذونه من المال، على ما ذكرنا في المسروق.

[مسألة نفي قطاع الطريق]

(٧٣٢٦) مسألة: قال: (ونفيهم أن يشردوا، فلا يتركوا يأوون في بلد) وجملته أن المحاربين إذا أخافوا السبيل، ولم يقتلوا، ولم يأخذوا مالا، فإنهم ينفون من الأرض؛ لقول الله تعالى: ﴿أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة: ٣٣] ويروى عن ابن عباس، أن النفي يكون في هذه الحالة، وهو قول النخعي، وقتادة، وعطاء الخراساني. والنفي هو تشريدهم عن الأمصار والبلدان، فلا يتركون يأوون بلدا. ويروى نحو هذا عن الحسن والزهري. وعن ابن عباس: أنه ينفى من بلده إلى بلد غيره، كنفي الزاني. وبه قال طائفة من أهل العلم.." (١)

"أحدهما: يسقط بمجردها. وهو ظاهر قول أصحابنا؛ لأنها توبة مسقطة للحد، فأشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه. والثاني: يعتبر إصلاح العمل؛ لقول الله تعالى: ﴿فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء: ١٦] . وقال: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه﴾ [المائدة: ٣٩] . فعلى هذا القول، يعتبر مضي مدة يعلم بها صدق توبته، وصلاح نيته، وليست مقدرة بمدة معلومة. وقال بعض أصحاب الشافعي: مدة ذلك سنة. وهذا توقيت، بغير توقيف، فلا يجوز.

[فصل حكم الردء من القطاع]

(٧٣٣٠) فصل: وحكم الردء من القطاع حكم المباشر. وبهذا قال مالك، وأبو حنيفة. وقال الشافعي: ليس على الردء إلا التعزير؛ لأن الحد يجب بارتكاب المعصية، فلا يتعلق بالمعين، كسائر الحدود. ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة، فاستوى فيه الردء والمباشر، كاستحقاق الغنيمة؛ وذلك لأن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة، فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الردء، بخلاف سائر الحدود. فعلى هذا، إذا قتل واحد منهم، ثبت حكم القتل في حق جميعهم، فيجب قتل جميعهم. وإن قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال، جاز قتلهم وصلبهم، كما لو فعل الأمرين كل واحد منهم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٥٠

[فصل قطاع الطريق كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم من المقطوع عليه]

(٧٣٣١) فصل: وإن كان فيهم صبي، أو مجنون، أو ذو رحم من المقطوع عليه لم يسقط الحد عن غيره، في قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة: يسقط الحد عن جميعهم، ويصير القتل للأولياء، إن شاءوا قتلوا، وإن شاءوا عفوا؛ لأن حكم الجميع واحد، فالشبهة في فعل واحد شبهة في حق الجميع. **ولنا** أنها شبهة اختص بها واحد، فلم يسقط الحد عن الباقين، كما لو اشتركوا في وطء امرأة. وما ذكروه لا أصل له. فعلى هذا، لا حد على الصبي والمجنون وإن باشرا القتل وأخذا المال؛ لأنهما ليسا من أهل الحدود، وعليهما ضمان ما أخذا من المال في أموالهما، ودية قتيلهما على عاقلتهما، ولا شيء على الردء لهما؛ لأنه إذا لم يثبت ذلك للمباشر، لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الأولى. وإن كان المباشر غيرهما، لم يلزمهما شيء؛ لأنهما لم يثبت في حقهما حكم المحاربة، وثبوت الحكم في حق الردء ثبت بالمحاربة.

[فصل كان قطاع الطريق فيهم امرأة]

(٧٣٣٢) فصل: وإن كان فيهم امرأة، ثبت في حقها حكم المحاربة، فمتى قتلت وأخذت المال، فحدها حد قطاع الطريق.." (١)

"وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجب عليها الحد، ولا على من معها؛ لأنها ليست من أهل المحاربة، كالرجل، فأشبهت الصبي والمجنون. **ولنا** أنها تحد في السرقة، فيلزمها حكم المحاربة كالرجل، وتخالف الصبي والمجنون؛ ولأنها مكلفة يلزمها القصاص وسائر الحدود، فلزمها هذا الحد، كالرجل.

إذا ثبت هذا، فإنها إن باشرت القتل، أو أخذ المال، ثبت حكم المحاربة في حق من معها؛ لأنهم ردء لها. وإن فعل ذلك غيرها، ثبت حكمه في حقها؛ لأنها ردء له، كالرجل سواء. وإن قطع أهل الذمة الطريق، أو كان مع المحاربين المسلمين ذمي، فهل ينتقض عهدهم بذلك؟ فيه روايتان؛ فإن قلنا: ينتقض عهدهم. حلت دماؤهم وأموالهم بكل حال. وإن قلنا: لا ينتقض عهدهم. حكمنا عليهم بما نحكم على المسلمين.

[فصل أخذ المحاربون المال وأقيمت فيهم حدود الله تعالى]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٣/٩

(٧٣٣٣) فصل: وإذا أخذ المحاربون المال، وأقيمت فيهم حدود الله تعالى، فإن كانت الأموال موجودة، ردت إلى مالكها، وإن كانت تالفة أو معدومة، وجب ضمانها على آخذها. وهذا مذهب الشافعي. ومقتضى قول أصحاب الرأي: أنها إن كانت تالفة، لم يلزمها غرامتها، كقولهم في المسروق إذا قطع السارق. ووجه المذهبين ما تقدم في السرقة. ويجب الضمان على الآخذ دون الردء؛ لأن وجود الضمان ليس بحد، فلا يتعلق بغير المباشر له، كالغصب والنهب، ولو تاب المحاربون قبل القدرة عليهم، وتعلقت بهم حقوق الآدميين؛ من القصاص والضمان، لاختص ذلك بالمباشر دون الردء لذلك، ولو وجب الضمان في السرقة، لتعلق بالمباشر دون الردء؛ لما ذكرنا - والله أعلم -.

[فصل اجتمعت الحدود لم تخل من ثلاثة أقسام]

(٧٣٣٤) فصل: إذا اجتمعت الحدود، لم تخل من ثلاثة أقسام؛ القسم الأول: أن تكون خالصة لله تعالى، فهي نوعان؛ أحدهما: أن يكون فيها قتل، مثل أن يسرق، ويزني وهو محصن، ويشرب الخمر، ويقتل في المحاربة، فهذا يقتل، ويسقط سائرها. وهذا قول ابن مسعود، وعطاء، والشعبي، والنخعي، والأوزاعي، وحماد، ومالك، وأبي حنيفة. وقال الشافعي: يستوفى جميعها؛ لأن ما وجب مع غير القتل، وجب مع القتل، كقطع اليد قصاصا.

ولنا قول ابن مسعود، قال سعيد حدثنا حسان بن علي، حدثنا مجالد، عن عامر، عن مسروق، عن عبد الله، قال: إذا اجتمع حدان، أحدهما القتل، أحاط القتل بذلك وقال إبراهيم يكفيه القتل.." (١)

"وقال: حدثنا هشيم، أخبرنا حجاج، عن إبراهيم، والشعبي، وعطاء أنهم قالوا مثل ذلك وهذه أقوال انتشرت في عصر الصحابة والتابعين، ولم يظهر لها مخالف، فكانت إجماعا؛ ولأنها حدود لله تعالى فيها قتل، فسقط ما دونه، كالمحارب إذا قتل وأخذ المال، فإنه يكتفى بقتله، ولا يقطع؛ ولأن هذه الحدود تراد لمجرد الزجر، ومع القتل لا حاجة إلى زجره، ولا فائدة فيه، فلا يشرع. ويفارق القصاص؛ فإن فيه غرض التشفي والانتقام، ولا يقصد منه مجرد الزجر، إذا ثبت هذا فإنه إذا وجد ما يوجب الرجم والقتل للمحاربة، أو القتل للردة، أو لترك الصلاة، فينبغي أن يقتل للمحاربة، ويسقط الرجم؛ لأن في القتل للمحاربة حق آدمي في القصاص، وإنما أثرت المحاربة في تحريمه، وحق الآدمي يجب تقديمه.

النوع الثاني: أن لا يكون فيها قتل، فإن جميعها يستوفى من غير خلاف نعلمه، ويبدأ بالأخف فالأخف،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٥٤

فإذا شرب وزنى وسرق، حد للشرب أولا، ثم حد للزنا، ثم قطع للسرقة. وإن أخذ المال في المحاربة، قطع لذلك، ويدخل فيه القطع للسرقة؛ ولأن محل القطعين واحد، فتداخلا، كالقتلين. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يتخير بين البداءة بحد الزنا وقطع السرقة؛ لأن كل واحد منهما ثبت بنص القرآن، ثم يحد للشرب. **ولنا** أن حد الشرب أخف، فيقدم، كحد القذف، ولا نسلم أن حد الشرب غير منصوص عليه، في السنة، ومجمع على وجوبه، وهذا التقديم على سبيل الاستحباب. ولو بدأ بغيره، جاز ووقع الموقع. ولا يوالي بين هذه الحدود؛ لأنه ربما أفضى إلى تلفه، بل متى برئ من حد أقيم الذي يليه.

القسم الثاني: الحدود الخالصة للآدمي، وهو القصاص، وحد القذف، فهذه تستوفى كلها، ويبدأ بأخفها، فيحد للقذف، ثم يقطع، ثم يقتل؛ لأنها حقوق للآدميين أمكن استيفاؤها، فوجب، كسائر حقوقهم. وهذا قول الأوزاعي والشافعي. وقال أبو حنيفة: يدخل ما دون القتل فيه، احتجاجا بقول ابن مسعود، وقياسا على الحدود الخالصة لله تعالى. **ولنا** أن ما دون القتل حق لآدمي، فلم يسقط به كذنوبهم، وفارق حق الله تعالى، فإنه مبني على المسامحة.

القسم الثالث: أن تجتمع حدود الله وحدود الآدميين، وهذه ثلاثة أنواع؛ أحدهما: أن لا يكون فيها قتل، فهذه تستوفى كلها. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وعن مالك أن حدي الشرب والقذف يتداخلان، لاستوائهما، فهما كالقتلين والقطعين. **ولنا** أنهما حدان من جنسين، لا يفوت بهما المحل، فلم يتداخلا، كحد الزنا والشرب، ولا نسلم استواءهما،." (١)

"وإن أتاك ليلا، فلا تنتظر بهم نهارا، حتى تبعث بهم إلي، لئلا يفتنوا عباد الله. فبعث بهم إلى عمر، فشاور فيهم الناس، فقال لعلي: ما ترى؟ فقال: أرى أنهم قد شرعوا في دين الله ما لم يأذن الله فيه، فإن زعموا أنها حلال، فاقتلهم، فقد أحلوا ما حرم الله، وإن زعموا أنها حرام، فاجلدوهم ثمانين ثمانين، فقد افتروا على الله. وقد أخبرنا الله عز وجل بحد ما يفتري بعضنا على بعض.: فحدهم عمر ثمانين ثمانين إذا ثبت هذا، فالمجمع على تحريمه عصير العنب، إذا اشتد وقذف زبده، وما عداه من الأشربة المسكرة، فهو محرم، وفيه اختلاف نذكره - إن شاء الله تعالى - (٧٣٣٧)

(مسألة) قال: (ومن شرب مسكرا قل أو كثر، جلد ثمانين جلدة، إذا شربها وهو مختار لشربها، وهو يعلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٥٥

أن كثيرها يسكر) الكلام في هذه المسألة في فصول: (٧٣٣٨) الفصل الأول: أن كل مسكر حرام، قليله وكثيره، وهو خمر حكمه حكم عصير العنب في تحريمه، ووجوب الحد على شاربه. وروي تحريم ذلك عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وأبي هريرة، وسعد بن أبي وقاص، وأبي بن كعب، وأنس، وعائشة – رضي الله عنهم – وبه قال عطاء، وطاوس، ومجاهد، والقاسم، وقتادة، وعمر بن عبد العزيز، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وأبو عبيد، وإسحاق. وقال أبو حنيفة، في عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه، ونقيع التمر والزبيب إذا طبخ وإن لم يذهب ثلثاه، ونبيذ الحنطة، والذرة والشعير، ونحو ذلك نقيعا كان أو مطبوخا: كل ذلك حلال، إلا ما بلغ السكر، فأما عصير العنب إذا اشتد، وقذف زبده، أوطبخ فذهب أقل من ثلثيه، ونقيع التمر والزبيب إذا اشتد بغير طبخ، فهذا محرم، قليله وكثيره؛ لما روى ابن عباس، عن النبي قال: «حرمت الخمرة لعينها، والمسكر من كل شراب» **ولنا** ما روى ابن عمر، قال: قال رسول الله: – صلى الله عليه وسلم – «كل مسكر خمر، وكل خمر حرام» وعن جابر قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم -: «ما أسكر كثيره، فقليله حرام» رواهما أبو داود، والأثرم، وغيرهما وعن عائشة قالت: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «كل مسكر حرام. قال: وما أسكر منه الفرق، فملء الكف منه حرام» رواه أبو داود، وغيره وقال عمر – رضي الله عنه – نزل تحريم الخمر، وهي." (١)

"عند المخمصة، وكإباحتها لدفع الغصة، وقد روينا في حديث عبد الله بن حذافة أنه أسره الروم، فحبسه طاغيتهم في بيت فيه ماء ممزوج بخمر، ولحم خنزير مشوي، ليأكله ويشرب الخمر، وتركه ثلاثة أيام، فلم يفعل، ثم أخرجوه حين خشوا موته، فقال: والله لقد كان الله أحله لي، فإني مضطر، ولكن لم أكن لأشمتكم بدين الإسلام. وإن شربها صرفا، أو ممزوجة بشيء يسير لا يروي من العطش، أو شربها للتداوي، لم يبح له ذلك، وعليه الحد.

وقال أبو حنيفة: يباح شربها لهما. وللشافعية وجهان، كالمذهبين. ووجه ثالث: يباح شربها للتداوي دون العطش؛ لأنها حال ضرورة، فأبيحت فيها، لدفع الغصة وسائر ما يضطر إليه. **ولنا** ما روى الإمام أحمد، بإسناده عن «طارق بن سويد، أنه سأل رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: إنما أصنعها للدواء. فقال إنه ليس بدواء، ولكنه داء» . وبإسناده عن مخارق، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – دخل على أم سلمة، وقد نبذت نبيذا في جرة، فخرج والنبيذ يهدر، فقال: " ما هذا؟ " فقالت: فلانة اشتكت بطنها، فنقعت لها، فدفعه برجله فكسره، وقال: «إن الله لم يجعل فيما حرم عليكم شفاء» ولأنه محرم لعينه، فلم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥٩/٩

يبح للتداوي، كلحم الخنزير؛ ولأن الضرورة لا تندفع به فلم يبح، كالتداوي بها فيما لا تصلح له.

[الفصل الخامس الحد يلزم من شرب الخمر عالما أن كثيرها يسكر]

(٧٣٤٣) الفصل الخامس: أن الحد إنما يلزم من شربها عالما أن كثيرها يسكر، فأما غيره، فلا حد عليه؛ لأنه غير عالم بتحريمها، ولا قاصد إلى ارتكاب المعصية بها، فأشبه من زفت إليه غير زوجته. وهذا قول عامة أهل العلم. فأما من شربها غير عالم بتحريمها، فلا حد عليه أيضا؛ لأن عمر وعثمان قالا: لا حد إلا على من علمه. ولأنه غير عالم بالتحريم، أشبه من لم يعلم أنها خمر. وإذا ادعى الجهل بتحريمها نظرنا؛ فإن كان ناشئا ببلد الإسلام بين المسلمين، لم تقبل دعواه؛ لأن هذا لا يكاد يخفى على مثله، فلا تقبل دعواه فيه. وإن كان حديث عهد بإسلام، أو ناشئا ببادية بعيدة عن البلدان، قبل منه؛ لأنه يحتمل ما قاله.

[فصل يثبت حد شرب الخمر بالإقرار والبينة]

(٧٣٤٤) فصل: ولا يجب الحد حتى يثبت شربه بأحد شيئين؛ الإقرار أو البينة. ويكفي في الإقرار مرة واحدة. في قول عامة أهل العلم؛ لأنه حد لا يتضمن إتلافا، فأشبه حد القذف. وإذا رجع عن إقراره قبل رجوعه؛ لأنه حد لله سبحانه، فقبل رجوعه عنه، كسائر الحدود. ولا يعتبر مع الإقرار وجود رائحة. وحكي عن أبي حنيفة، لا حد عليه، إلا أن توجد رائحة. ولا يصح؛ لأنه أحد بينتي الشرب، فلم يعتبر." (١)

"[مسألة كيفية وصفة إقامة الحد على المحدود] [المسألة الأولى أن الرجل يضرب الحد قائما]

(٧٣٥٢) مسألة: قال (ويضرب الرجل في سائر الحدود قائما بسوط لا خلق ولا جديد، ولا يمد، ولا يربط، ويتقى وجهه) . وقوله: في سائر الحدود. يعني جميع الحدود التي فيها الضرب، وفي هذه المسألة ثلاث مسائل: (٧٣٥٣) المسألة الأولى: أن الرجل يضرب قائما. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: يضرب جالسا. رواه حنبل، عن أحمد؛ لأن الله تعالى لم يأمر بالقيام؛ ولأنه مجلود في حد، فأشبه المرأة. **ولنا** قول علي - رضي الله عنه -: لكل موضع في الجسد حظ - يعني في الحد - إلا الوجه والفرج. وقال للجلاد: اضرب، وأوجع، واتق الرأس والوجه. ولأن قيامه وسيلة إلى إعطاء كل عضو حظه من الضرب، وقوله: إن الله لم يأمر بالقيام. قلنا: ولم يأمر بالجلوس، ولم يذكر الكيفية، فعلمناها من دليل آخر، ولا يصح قياس الرجل على المرأة في ه ذا؛ لأن المرأة يقصد سترها، ويخشى هتكها. إذا ثبت هذا، فإن الضرب يفرق

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٢/٩

على جميع جسده؛ ليأخذ كل عضو منه حصته، ويكثر منه في مواضع اللحم، كالأليتين والفخذين، ويتقي المقاتل، وهي الرأس والوجه والفرج، من الرجل والمرأة جميعا. وقال مالك: يضرب الظهر، وما يقاربه. وقال أبو يوسف: يضرب الرأس أيضا؛ لأن عليا لم يستثنه.

ولنا على مالك قول علي؛ ولأن ما عدا الأعضاء الثلاثة ليس بمقتل، فأشبهت الظهر. وعلى أبي يوسف، أن الرأس مقتل، فأشبه الوجه؛ ولأنه ربما ضربه في رأسه، فذهب بسمعه وبصره وعقله، أو قتله، والمقصود أدبه لا قتله.

وقولهم: لم يستثنه علي ممنوع فقد ذكرنا عنه، أنه قال: اتق الرأس والوجه، ولو لم يذكره صريحا، فقد ذكره دلالة؛ لأنه في معنى ما استثناه، فيقاس عليه.

[المسألة الثانية صفة جلد الحدود]

(٧٣٥٤) المسألة الثانية: أنه لا يمد، ولا يربط. ولا نعلم عنهم في هذا خلافا. قال ابن مسعود: ليس في ديننا مد، ولا قيد، ولا تجريد. وجلد أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فلم ينقل عن أحد منهم مد ولا قيد ولا تجريد. ولا تنزع عنه ثيابه، بل يكون عليه الثوب والثوبان. وإن كان عليه فرو أوجبة محشوة، نزعت عنه؛ لأنه لو ترك عليه ذلك لم يبال بالضرب. قال أحمد: لو تركت عليه ثياب الشتاء ما بالى بالضرب. وقال مالك: يجرد؛ لأن الأمر بجلده يقتضي مباشرة جسمه. **ولنا** قول ابن مسعود، ولم نعلم عن أحد من الصحابة خلافه، والله تعالى لم يأمر بتجريده، إنما أمر بجلده، ومن جلد من فوق الثوب فقد جلد.." (١)

"[المسألة الثالثة الضرب بالسوط في الحدود]

(٧٣٥٥) المسألة الثالثة أن الضرب بالسوط. ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذا، في غير حد الخمر. فأما حد الخمر، فقال بعضهم: يقام بالأيدي والنعال وأطراف الثياب.

وذكر بعض أصحابنا أن للإمام فعل ذلك إذا رآه؛ لما روى أبو هريرة، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أتي برجل قد شرب، فقال: اضربوه قال: فمنا الضارب بيده، والضارب بنعله، والضارب بثوبه» . رواه أبو داود **ولنا** أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال «إذا شرب الخمر، فاجلدوه» والجلد إنما يفهم من إطلاقه الضرب بالسوط؛ ولأنه أمر بجلده، كما أمر الله تعالى بجلد الزاني، فكان بالسوط مثله، والخلفاء الراشدون ضربوا بالسياط، وكذلك غيرهم، فكان إجماعا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٦٧

فأما حديث أبي هريرة: فكان في بدء الأمر، ثم جلد النبي - صلى الله عليه وسلم - واستقرت الأمور، فقد صح أن النبي - صلى الله عليه وسلم - جلد أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وجلد عمر ثمانين، وجلد علي الوليد بن عقبة أربعين وفي حديث جلد قدامة، حين شرب، أن عمر قال: ائتوني بسوط. فجاءه أسلم مولاه بسوط دقيق صغير، فأخذه عمر، فمسحه بيده، ثم قال لأسلم: أنا أحدثك، إنك ذكرت قرابته لأهلك، ائتني بسوط غير هذا. فأتاه به تاما، فأمر عمر بقدامة فجلد إذا ثبت هذا، فإن السوط يكون وسطا، لا جديدا فيجرح، ولا خلقا فيقل ألمه؛ لما روي «أن رجلا اعترف عند رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالزنا، فدعا له رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بسوط، فأتي بسوط مكسور، فقال: فوق هذا. فأتي بسوط جديد لم تكسر ثمرته. فقال: بين هذين.» رواه مالك عن زيد بن أسلم مرسلا. وروي عن أبي هريرة مسندا. وقد روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: ضرب بين ضربين، وسوط بين سوطين وهكذا الضرب يكون وسطا، لا شديد فيقتل، ولا ضعيف فلا يردع. ولا يرفع باعه كل الرفع، ولا يحطه فلا يؤلم. قال أحمد: لا يبدي إبطه في شيء من الحدود. يعني: لا يبالغ في رفع يده، فإن المقصود أدبه، لا قتله.

[مسألة كيفية إقامة الحد على المرأة]

(٧٣٥٦) مسألة: قال: (وتضرب المرأة جالسة، وتمسك يداها، لئلا تنكشف) وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، ومالك. وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف: تحد قائمة، كما تلاعن. **ولنا** ما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: تضرب المرأة جالسة والرجل قائما؛ ولأن المرأة عورة، وجلوسها أستر لها. ويفارق اللعان، فإنه لا يؤدي إلى كشف العورة، وتشد عليها ثيابها؛ لئلا ينكشف شيء من عورتها عند الضرب.." [١]

"[فصل أشد الضرب في الحدود]

(٧٣٥٧) فصل: أشد الضرب في الحد ضرب الزاني، ثم حد القذف، ثم حد الشرب، ثم التعزير. وقال مالك: كلها واحد؛ لأن الله تعالى أمر بجلد الزاني والقاذف أمرا واحدا، ومقصود جميعها واحد، وهو الزجر، فيجب تساويها في الصفة. وعن أبي حنيفة:

«التعزير أشدها، ثم حد الزاني، ثم حد الشرب، ثم حد القذف. **ولنا**» أن الله تعالى خص الزاني بمزيد تأكيد، بقوله سبحانه: ﴿ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله﴾ [النور: ٢] فاقتضى ذلك مزيد تأكيد فيه، ولا يمكن ذلك في العدد، فتعين جعله في الصفة؛ ولأن ما دونه أخف منه عددا، فلا يجوز أن يزيد عليه في

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٨/٩

إيلامه ووجعه؛ لأنه يفضي إلى التسوية بينهما، أو زيادة القليل على ألم الكثير.

[مسألة يجلد العبد والأمة أربعين بدون سوط الحر]

(٧٣٥٨) مسألة: قال: (ويجلد العبد والأمة أربعين، بدون سوط الحر) . هذا على الرواية التي تقول: إن حد الحر في الشرب ثمانون. فحد العبد والأمة نصفها أربعون.

وعلى الرواية الأخرى، حدهما عشرون، نصف حد الحر، بدون سوط الحر؛ لأنه لما خفف عنه في عدده؛ خفف عنه في صفته، كالتعزير مع الحد. ويحتمل أن يكون سوطه كسوط الحر؛ لأنه إنما يتحقق التنصيف إذا كان السوط مثل السوط، أما إذا كان نصفا في عدده، وأخف منه في سوطه، كان أقل من النصف، والله تعالى قد أوجب النصف، بقوله تعالى: ﴿فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب﴾ [النساء: ٢٥] .

[فصل لا تقام الحدود في المساجد]

(٧٣٥٩) فصل: ولا تقام الحدود في المساجد. وبهذا قال عكرمة، والشعبي، وأبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وكان ابن أبي ليلى يرى إقامته في المسجد. **ولنا** ما روى حكيم بن حزام، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى أن يستقاد في المسجد، وأن تنشد فيه الأشعار، وأن تقام فيه الحدود» وروي عن عمر، أنه أتي برجل، فقال: أخرجاه من المسجد، فاضرباه، وعن علي أنه أتي بسارق، فقال: يا قنبر، أخرجه من المسجد، فاقطع يده. ولأن." (١)

"المساجد لم تبن لهذا، إنما بنيت للصلاة، وقراءة القرآن، وذكر الله تعالى، ولا نأمن أن يحدث من المحدود حدث فينجسه ويؤذيه، وقد أمر الله تعالى بتطهيره، فقال ﴿وطهر بيتي للطائفين والقائمين والركع السجود﴾ [الحج: ٢٦] .

[مسألة قال والعصير إذا أتت عليه ثلاثة أيام]

(٧٣٦٠) مسألة: قال: (والعصير إذا أتت عليه ثلاثة أيام فقد حرم، إلا أن يغلى قبل ذلك، فيحرم) أما إذا غلي العصير كغليان القدر، وقذف بزبده، فلا خلاف في تحريمه وإن أتت عليه ثلاثة أيام ولم يغل، فقال

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٩/٩

أصحابنا: هو حرام.

وقال أحمد: اشربه ثلاثا، ما لم يغل، فإذا أتى عليه أكثر من ثلاثة أيام، فلا تشربه. وأكثر أهل العلم يقولون: هو مباح ما لم يغل ويسكر؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «اشربوا في كل وعاء، ولا تشربوا مسكرا» . رواه أبو داود. ولأن علة تحريمه الشدة المطربة، وإنما ذلك في المسكر خاصة. **ولنا** ما روى أبو داود، بإسناده عن ابن عباس، «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان ينبذ له الزبيب، فيشربه اليوم والغد وبعد الغد، إلى مساء الثالثة، ثم يأمر به فيسقى الخدم، أو يهراق» وروى الشالنجي بإسناده عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «اشربوا العصير ثلاثا، ما لم يغل» وقال ابن عمر: اشربه ما لم يأخذه شيطانه. قيل: وفي كم يأخذه شيطانه؟ قال: في ثلاث ولأن الشدة تحصل في الثلاث غالبا، وهي خفية تحتاج إلى ضابط، فجاز جعل الثلاث ضابطا لها.

ويحتمل أن يكون شربه فيما زاد على الثلاثة إذا لم يغل مكروها غير محرم، فإن أحمد لم يصرح بتحريمه، وقال في موضع: أكرهه. وذلك لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يكن يشربه بعد ثلاث. وقال أبو الخطاب: عندي أن كلام أحمد في ذلك محمول على عصير الغالب أنه يتخمر في ثلاثة أيام.

[مسألة النبيذ إذا ترك ثلاثة أيام]

(٧٣٦١) مسألة: قال: (وكذلك النبيذ) يعني: أن النبيذ مباح ما لم يغل، أو تأتي عليه ثلاثة أيام. والنبيذ: ما يلقى فيه تمر أو زبيب أو نحوهما؛ ليحلو به الماء، وتذهب ملوحته، فلا بأس به ما لم يغل، أو تأتي عليه ثلاثة أيام؛ لما روينا عن ابن عباس. وقال أبو هريرة: «علمت أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان يصوم، فتحينت فطره بنبيذ صنعته في دباء ثم أتيته به،." (١)

"عن الشافعي قول أنه مكروه غير محرم؛ لأن النهي لما فيه من التشبه بالأعاجم، فلا يقتضي التحريم.

ولنا قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «الذي يشرب في آنية الفضة، إنما يجرجر في بطنه نار جهنم» . وقال: «لا تشربوا في آنية الذهب والفضة، ولا تأكلوا في صحافها، فإنها لهم في الدنيا، ولكم في الآخرة» أخرجهما البخاري ومقتضى نهيه التحريم، وقد توعد عليه بنار جهنم فإن معنى قوله: " تجرجر في بطنه نار جهنم ". أي هذا سبب لنار جهنم؛ لقول الله تعالى ﴿إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون في بطونهم نارا﴾ [النساء: ١٠] فلم يبق في تحريمه إشكال. وقد روي أن حذيفة استسقى، فأتاه دهقان بإناء

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٧٠

من فضة، فرماه به فلو أصابه لكسر منه شيئا، ثم قال: إنما رميته به؛ لأنني نهيته عنه، وذكر هذا الخبر. وهذا يدل على أنه فهم التحريم من نهي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – حتى استحل عقوبته، لمخالفته إياه.

[فصل اتخاذ الآنية من الذهب والفضة واستصناعها]

(٧٣٦٩) فصل: ويحرم اتخاذ الآنية من الذهب والفضة، واستصناعها؛ لأن ما حرم استعماله، حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال، كالطنبور، والمزمار. ويستوي في ذلك الرجال والنساء؛ لعموم الحديث؛ ولأن علة تحريمها السرف والخيلاء وكسر قلوب الفقراء، وهذا معنى يشمل الفريقين، وإنما أبيح للنساء التحلي للحاجة إلى التزين للأزواج، فتختص الإباحة به دون غيره. فإن قيل: لو كانت العلة ما ذكرتم، لحرمت آنية الياقوت ونحوه مما هو أرفع من الأثمان. قلنا: تلك لا يعرفها الفقراء، فلا تنكسر قلوبهم باتخاذ الأغنياء لها، لعدم معرفتهم بها؛ ولأن قلتها في نفسها تمنع اتخاذها، فيستغنى بذلك عن تحريمها، بخلاف الأثمان.

[مسألة كان قدح عليه ضبة فشرب من غير موضع الضبة]

(٧٣٧٠) مسألة: قال: (وإن كان قدح عليه ضبة، فشرب من غير موضع الضبة، فلا بأس) وجملة ذلك أن الضبة من الفضة تباح بثلاثة شروط؛ أحدها: أن تكون يسيرة. الثاني: أن تكون من الفضة، فأما الذهب: فلا يباح، وقليله وكثيره حرام. وروي عن أبي بكر، أنه رخص في يسير الذهب.." [1]

"**ولنا** أن ما كان من التعزير منصوصا عليه، كوطء جارية امرأته، أو جارية مشتركة، فيجب امتثال الأمر فيه، وما لم يكن منصوصا عليه، إذا رأى الإمام المصلحة فيه، أو علم أنه لا ينزجر إلا به، وجب؛ لأنه زجر مشروع لحق الله تعالى، فوجب، كالحد.

[فصل مات من التعزير]

(٧٣٧٧) فصل: وإذا مات من التعزير لم يجب ضمانه. وبهذا قال مالك، وأبو حنيفة. وقال الشافعي: يضمنه؛ لقول علي: ليس أحد أقيم عليه الحد، فيموت، فأجد في نفسي شيئا إن الحق قتله، إلا حد الخمر، فإن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لم يسنه لنا وأشار على عمر بضمان التي أجهضت جنينها حين

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٤/٩

أرسل إليها. **ولنا** أنها عقوبة مشروعة للردع، والزجر، فلم يضمن من تلف بها، كالحد. وأما قول علي في دية من قتله حد الخمر، فقد خالفه غيره من الصحابة، فلم يوجبوا شيئا به، ولم يعمل به الشافعي ولا غيره من الفقهاء، فكيف يحتج به مع ترك الجميع له.

وأما قوله في الجنين، فلا حجة لهم فيه، فإن الجنين الذي تلف لا جناية منه، ولا تعزير عليه، فكيف يسقط ضمانه؟ ولو أن الإمام حد حاملا، فأتلف جنينها، ضمنه، مع أن الحد متفق عليه بيننا، على أنه لا يجب ضمان المحدود إذا أتلف به.

[فصل ليس على الزوج ضمان الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع في النشوز]

(٧٣٧٨) فصل: وليس على الزوج ضمان الزوجة إذا تلفت من التأديب المشروع في النشوز، ولا على المعلم إذا أدب صبيه الأدب المشروع. وبه قال مالك. وقال الشافعي، وأبو حنيفة: يضمن. ووجه المذهبين ما تقدم في التي قبلها. قال الخلال: إذا ضرب المعلم ثلاثا، كما قال التابعون وفقهاء الأمصار، وكان ذلك ثلاثا، فليس بضامن، وإن ضربه ضربا شديدا، مثله لا يكون أدبا للصبي، ضمن؛ لأنه قد تعدى في الضرب. قال القاضي: وكذلك يجيء على قياس قول أصحابنا: إذا ضرب الأب أو الجد الصبي تأديبا فهلك، أو الحاكم أو أمينه، أو الوصي عليه تأديبا، فلا ضمان عليهم، كالمعلم.

[فصل قطع طرفا من إنسان فيه أكلة أو سلعة بأذنه وهو كبير عاقل]

(٧٣٧٩) فصل: وإن قطع طرفا من إنسان فيه أكلة، أو سلعة بأذنه، وهو كبير عاقل، فلا ضمان عليه، وإن قطعه مكرها، فالقطع وسرايته مضمون بالقصاص، سواء كان القاطع إماما أو غيره؛ لأن هذه جراحة تؤدي إلى التلف، والأكلة إن كان بقاؤها مخوفا، فقطعها مخوف، وإن كان من قطعت منه صبيا أو مجنونا، وقطعها أجنبي، فعليه القصاص؛ لأنه لا ولاية له عليه، وإن قطعها وليه، وهو الأب، أو وصيه، أو الحاكم، أو أمينه المتولي عليه،." (١)

"فلا ضمان عليه؛ لأنه قصد مصلحته، وله النظر في مصالحه، فكان فعله مأمورا به، فلم يضمن ما تلف به، كما لو ختنه فمات. والسلعة: غدة بين اللحم والجلد، تظهر في البدن، كالجوزة، وتكون في الرأس والبدن، وهي بكسر السين. والسلعة: بفتح السين: الشجة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٩/٩

[فصل ختن الولي الصبي في وقت معتدل في الحر والبرد]

(٧٣٨٠) فصل: وإذا ختن الولي الصبي في وقت معتدل في الحر والبرد، لم يلزمه ضمان إن تلف به؛ لأنه فعل مأمور به في الشرع، فلم يضمن ما تلف به، كالقطع في السرقة. وإن كان رجلا أو امرأة لم يختتنا، فأمر السلطان بهما فختنا، فإن كان ممن زعم الأطباء أنه يتلف بالختان، أو الغالب تلفه به، فعليه الضمان؛ لأنه ليس له ذلك فيهما، وإن كان الأغلب السلامة، فلا ضمان عليه، إذا كان في زمن معتدل، ليس بمفرط الحر والبرد. وبهذا قال الشافعي.

وزعم أبو حنيفة، ومالك، أنه ليس بواجب؛ لأنه روي عن النبي - صلى الله علىيه وسلم - أنه قال: «الختان سنة في الرجال، ومكرمة في النساء.» **ولنا** أنه قطع عضو صحيح من البدن، يتألم بقطعه، فلم يقطع إلا واجبا، كاليد والرجل؛ ولأنه يجوز كشف العورة من أجله، ولو لم يكن واجبا ما جاز ارتكاب المحرم من أجله، فأما الخبر فقد قيل: هو ضعيف. وعلى أن الواجب يسمى سنة، فإن السنة ما رسم ليحتذى، ولا يجب إلا بعد البلوغ، فإن لم يفعله، وإلا أجبره الحاكم عليه.

[فصل إذا أمر السلطان إنسانا بالصعود في سور أو نزول في بئر أو نحوه]

(٧٣٨١) إذا أمر السلطان إنسانا بالصعود في سور، أو نزول في بئر، أو نحوه، فعطب به، فقال القاضي، وأصحاب الشافعي: على السلطان ضمانه لأن عليه طاعة إمامه فإذا أفضت طاعته إلى الهلاك، فكأنه ألجأه إليه. ولو كان الآمر غير الإمام، لم يضمن؛ لأن طاعته غير لازمة، فلم يلجئه إليه.

وإن أمره السلطان بالمضي في حاجة، فعثر فهلك، لم يضمنه؛ لأن المشي ليس بسبب الهلاك في الأعم الأغلب، بخلاف ما ذكرناه أولا. فعلى هذا، إن كان أمره الموجب للضمان لمصلحة المسلمين، فالضمان في بيت المال، وإن كان لمصلحة نفسه، فالضمان عليه، أو على عاقلته، إن كان مما تحمله عاقلته. وإن أقام الإمام الحد في شدة حر أو برد، أو ألزم إنسانا الختان في ذلك، فهل يضمن ما تلف؟ يحتمل وجهين.." (١)

"كأن مواضع الربلات منها ... فئام ينهضون إلى فئام

فقام إليه فقتله، فرفع ذلك إلى عمر، فأهدر دمه، ولم يطالب. فالجواب أن ذلك ثبت عنده بإقرار الولي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٨٠

وإن لم تكن بينة، فادعى علم الولي بذلك، فالقول قول الولي مع يمينه.

[فصل ولو قتل رجل رجلا وادعى أنه قد هجم منزلي]

(٧٣٨٧) ولو قتل رجل رجلا، وادعى أنه قد هجم منزلي، فلم يمكنني دفعه إلا بالقتل. لم يقبل قوله إلا ببينة، وعليه القود سواء كان المقتول يعرف بسرقة، أو عيارة، أو لا يعرف بذلك، فإن شهدت البينة أنهم رأوا هذا مقبلا إلى هذا بالسلاح المشهور، فضربه هذا، فقد هدر دمه، وإن شهدوا أنهم رأوه داخلا داره، ولم يذكروا سلاحا، أو ذكروا سلاحا غير مشهور، لم يسقط القود بذلك؛ لأنه قد يدخل لحاجة، ومجرد الدخول المشهود به لا يوجب إهدار دمه.

وإن تجارح رجلان، وادعى كل واحد منهما أني جرحته دفعا عن نفسي. حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه، وعليه ضمان ما جرحه؛ لأن كل واحد منهما مدع على الآخر ما ينكره، والأصل عدمه.

[فصل ولو عض رجل يد آخر]

(٧٣٨٨) ولو عض رجل يد آخر، فله جذبها من فيه، فإن جذبها فوقعت ثنايا العاض، فلا ضمان فيها. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وروى سعيد، عن هشيم، عن محمد بن عبد الله أن رجلا عض رجلا، فانتزع يده من فيه، فسقط بعض أسنان العاض، فاختصما إلى شريح، فقال شريح: انزع يدك من في السبع، وأبطل أسنانه.

وحكي عن مالك، وابن أبي ليلى، عليه الضمان؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «في السن خمس من الإبل» . **ولنا**، ما روى يعلى بن أمية قال: كان لي أجير، فقاتل إنسانا، فعض أحدهما يد الآخر، قال: فانتزع المعضوض يده من في العاض فانتزع إحدى ثنيتيه، فأتى النبي – صلى الله عليه وسلم – فأهدر ثنيته، فحسبت أنه قال: قال النبي – صلى الله عليه وسلم – «أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل.» متفق عليه.

ولأنه عضو تلف ضرورة دفع شر صاحبه، فلم يضمن، كما لو صال عليه، فلم يمكنه دفعه إلا بقطع عضوه. وحديثهم يدل على دية السن إذا قلعت ظلما، وهذه لم تقلع ظلما، وسواء كان المعضوض ظالما أو مظلوما؛ لأن العض." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٥/٩

"يعني إذا لم تكن يد أحد عليها، فإن كان صاحبها معها أو غيره، فعلى من يده عليها ضمان ما أتلفته؛ من نفس أو مال. ونذكر ذلك في المسألة التي تلي هذه. وإن لم تكن يد أحد عليها، فعلى مالكها ضمان ما أفسدته من الزرع، ليلا دون النهار. وهذا قول مالك، والشافعي، وأكثر فقهاء الحجاز.

وقال الليث: يضمن مالكها ما أفسدته ليلا ونهارا بأقل الأمرين؛ من قيمتها، أو قدر ما أتلفته، كالعبد إذا جنى. وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه بحال؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «العجماء جرحها جبار» . يعني هدرا.

ولأنها أفسدت وليست يده عليها، فلم يلزمه الضمان. كما لو كان نهارا، أو كما لو أتلفت غير الزرع. **ولنا**، ما روى مالك، عن الزهري، عن حرام بن سعد بن محيصة، أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم، فأفسدت، فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم.

قال ابن عبد البر: إن كان هذا مرسلا، فهو مشهور حدث به الأئمة الثقات، وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول. ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي، وحفظها ليلا، وعادة أهل الحوائط حفظها نهارا دون الليل، فإذا ذهبت ليلا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ، وإن أتلفت نهارا، كان التفريط من أهل الزرع، فكان عليهم، وقد فرق النبي - صلى الله عليه وسلم - بينهما، وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته.

وأما غير الزرع، فلا يضمن؛ لأن البهيمة لا تتلف ذلك عادة، فلا يحتاج إلى حفظها، بخلاف الزرع.

(٧٣٩٣) فصل: قال بعض أصحابنا: إنما يضمن مالكها ما أتلفته ليلا، إذا كان التفريط منه، بإرسالها ليلا، أو إرسالها نهارا، ولم يضمنها ليلا، أو ضمنها بحيث يمكنها الخروج. أما إذا ضمنها فأخرجها غيره بغير إذنه، أو فتح عليها بابها، فالضمان على مخرجها، أو فاتح بابها؛ لأنه المتلف.

قال القاضي: هذه المسألة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراع، أما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين قراحين، كساقية وطريق وطرف زرع، فليس." (١)

"وهذا قول شريح، وأبي حنيفة، والشافعي. وقال مالك: لا ضمان عليه؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «العجماء جرحها جبار» . ولأنه جناية بهيمة، فلم يضمنها، كما لو لم تكن يده عليها.

ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «الرجل جبار» . رواه سعيد، بإسناده عن هزيل بن شرحبيل،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٨/٩

عن النبي – صلى الله عليه وسلم – وروي عن أبي هريرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم –. وتخصيص الرجل بكونه جبارا، دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها، ولأنه يمكنه حفظها عن الجناية إذا كان راكبها، أو يده عليها، بخلاف من لا يد له عليها، وحديثه محمول على من لا يد له عليها.

[مسألة قال وما جنت برجلها]

(٧٣٩٨) : (وما جنت برجلها، فلا ضمان عليه) وبهذا قال أبو حنيفة. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه يضمنها. وهو قول شريح، والشافعي؛ لأنه من جناية بهيمة، يده عليها، فيضمنها، كجناية يده. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «الرجل جبار» . ولأنه لا يمكنه حفظ رجلها عن الجناية، فلم يضمنها، كما لو لم تكن يده عليها.

فأما إن كانت جنايتها بفعله، مثل أن كبحها بلجامها، أو ضربها في وجهها، ونحو ذلك، ضمن جناية رجلها؛ لأنه السبب في جنايتها، فكان ضمانها عليه، ولو كان السبب في جنايتها غيره، مثل أن نخسها، أو نفرها، فالضمان على من فعل ذلك، دون راكبها وسائقها وقائدها؛ لأن ذلك هو السبب في جنايتها.

[فصل فإن كان على الدابة راكبان]

(٧٣٩٩) : فإن كان على الدابة راكبان، فالضمان على الأول منهما؛ لأنه المتصرف فيها، القادر على كفها، إلا أن يكون الأول منهما صغيرا أو مريضا أو نحوهما، ويكون الثاني المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه. وإن كان مع الدابة قائد وسائق، فالضمان عليهما؛ لأن كل واحد لو انفرد ضمن. فإذا اجتمعا ضمنا. وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب، ففيه وجهان؛ أحدهما، الضمان عليهم جميعا، لذلك. والثاني، على الراكب؛ لأنه أقوى يدا وتصرفا. ويحتمل أن يكون على القائد؛ لأنه لا حكم للراكب مع القائد.

[فصل والجمل المقطور على الجمل الذي عليه راكب]

(٧٤٠٠) : والجمل المقطور على الجمل الذي عليه راكب، يضمن جنايته؛ لأنه في حكم القائد، فأما الجمل المقطور على الجمل الثاني، فينبغي أن لا تضمن جنايته، إلا أن يكون له سائق؛ لأن الراكب الأول لا يمكنه حفظه عن الجناية. ولو كان مع الدابة ولدها، لم تضمن جنايته؛ لأنه لا يمكنه حفظه.." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٩/١٩٠

"[مسألة قال وإذا وقعت السفينة المنحدرة على المصاعدة فغرقتا]

(٧٤٠٧) مسألة: قال: (وإذا وقعت السفينة المنحدرة على المصاعدة، فغرقتا، فعلى المنحدرة قيمة السفينة المصاعدة، أو أرش ما نقصت إن أخرجت، إلا أن يكون قيم المنحدرة غلبته الريح، فلم يقدر على ضبطها) وجملته أن السفينتين إذا اصطدمتا، لم تخل من حالين؛ أحدهما، أن تكونا متساويتين، كاللتين في بحر أو ماء واقف، أو كانت إحداهما منحدرة والأخرى مصاعدة، فنبدأ بما إذا كانت إحداهما منحدرة والأخرى مصاعدة؛ لأنها مسألة الكتاب، ولا يخلو من حالين؛ أحدهما، أن يكون القيم بها مفرطا، بأن يكون قادرا على ضبطها، أو ردها عن الأخرى، فلم يفعل، أو أمكنه أن يعدلها إلى ناحية أخرى، فلم يفعل، أو لم يكمل آلتها من الحبال والرجالات وغيرهما، فعلى المنحدر ضمان المصاعدة؛ لأنها تنحط عليها من علو، فيكون ذلك سببا لغرقها، فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر، والمصاعدة بمنزلة الواقف.

وإن غرقتا جميعا، فلا شيء على المصعد، وعلى المنحدر قيمة المصعد، أو أرش ما نقصت إن لم تتلف كلها، إلا أن يكون التفريط من المصعد؛ بأن يمكنه العدول بسفينته، والمنحدر غير قادر ولا مفرط، فيكون الضمان على المصعد؛ لأنه المفرط. وإن لم يكن من واحد منهما تفريط، لكن هاجت ريح، أو كان الماء شديد الجرية، فلم يمكنه ضبطها، فلا ضمان عليه؛ لأنه لا يدخل في وسعه ضبطها، ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها.

الحال الثاني: أن يكونا متساويتين، فإن كان القيمان مفرطين، ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر، بما فيها من نفس ومال، كما قلنا في الفارسين يصطدمان، وإن لم يكونا مفرطين، فلا ضمان عليهما. وللشافعي في حال عدم التفريط قولان؛ أحدهما، عليهما الضمان؛ لأنهما في أيديهما، فلزمهما الضمان، كما لو اصطدم الفارسان؛ لغلبة الفرسين لهما. **ولنا**، أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما، ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب، ولا الاحتراز من ذلك، فأشبه ما لو نزلت صاعقة أحرقت السفينة، ويخالف الفرسين، فإنه ممكن ضبطهما، والاحتراز من طردهما.

وإن كان أحدهما مفرطا وحده، فعليه الضمان وحده، وإن اختلفا في تفريط القيم، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن الأصل عدم التفريط، وهو أمين، فهو كالمودع. وعند الشافعي، أنهما إذا كان مفرطين، فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه، كقوله في اصطدام الفارسين، على ما مضى.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٣/٩

"[كتاب الجهاد]

روى أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «انتدب الله لمن خرج في سبيله، لا يخرجه إلا جهاد في سبيلي، وإيمان بي، وتصديق برسولي، فهو علي ضامن أن أدخله الجنة، أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه، نائلا ما نال من أجر أو غنيمة» . متفق عليه. ولمسلم: «مثل المجاهد في سبيل الله، كمثل الصائم القائم» . وعن أنس - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لغدوة في سبيل الله أو روحة، خير من الدنيا وما فيها» . رواه البخاري.

(٧٤١٢) مسألة: قال: (والجهاد فرض على الكفاية، إذا قام به قوم، سقط عن الباقين) معنى فرض الكفاية، الذي إن لم يقم به من يكفي، أثم الناس كلهم، وإن قام به من يكفي، سقط عن سائر الناس.

فالخطاب في ابتدائه يتناول الجميع، كفرض الأعيان، ثم يختلفان في أن فرض الكفاية يسقط بفعل بعض الناس له، وفرض الأعيان لا يسقط عن أحد بفعل غيره والجهاد من فروض الكفايات، في قول عامة أهل العلم. وحكي عن سعيد بن المسيب، أنه من فروض الأعيان؛ لقول الله تعالى ﴿انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم في سبيل الله﴾ [التوبة: ٤١] ثم قال: ﴿إلا تنفروا يعذبكم عذابا أليما﴾ [التوبة: ٣٩] . وقوله سبحانه: ﴿كتب عليكم القتال﴾ [البقرة: ٢١٦] . وروى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: " من مات ولم يغز، ولم يحدث نفسه بالغزو، مات على شعبة من النفاق ".

ولنا قول الله تعالى: ﴿لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى﴾ [النساء: ٩٥] .

وهذا يدل على أن القاعدين غير آثمين مع جهاد غيرهم، وقال الله تعالى: ﴿وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا﴾ [التوبة: ١٢٢] ولأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يبعث السرايا، ويقيم هو وسائر أصحابه. فأما الآية التي احتجوا بها، فقد قال ابن عباس: نسخها قوله تعالى: ﴿وما كان المؤمنون لينفروا كافة﴾ [التوبة: ١٢٢] .

رواه الأثرم وأبو داود. ويحتمل أنه أراد." (١)

"فركع ركعتين، ثم قال: " هل أحسستم فارسكم الليلة؟ قالوا: لا. فثوب بالصلاة، فجعل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يصلي وهو يلتفت إلى الشعب، حتى إذا قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩٦/٩

- صلاته وسلم، قال: " أبشروا، قد جاءكم فارسكم ". فإذا هو قد جاء حتى وقف على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: إني انطلقت حتى كنت في أعلى هذا الشعب، حيث أمرني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فلما أصبحت اطلعت الشعبين كليهما، فنظرت، فلم أر أحدا. فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: " هل نزلت الليلة؟ " قال: لا، إلا مصليا أو قاضيا حاجة. فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «قد أوجبت، فلا عليك أن لا تعمل بعدها.» رواه أبو داود.

وعن عثمان - رضي الله عنه - قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «حرس ليلة في سبيل الله، أفضل من ألف ليلة، قيام ليلها، وصيام نهارها» . رواه ابن سنجر.

[مسألة إذا كان المتطوع للجهاد أبواه مسلمين]

(٧٤٣١) : (وإذا كان أبواه مسلمين، لم يجاهد تطوعا إلا بإذنهما) روي نحو هذا عن عمر، وعثمان. وبه قال مالك، والأوزاعي، والثوري، والشافعي، وسائر أهل العلم. وقد روى عبد الله بن عمرو بن العاص، قال: «جاء رجل إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله أجاهد؟ فقال: ألك أبوان؟ قال: نعم. قال: ففيهما فجاهد.» . وعن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مثله، رواه الترمذي. وقال: حديث حسن صحيح. وفي رواية: «فقال: جئت أبايعك على الهجرة، وتركت أبوي يبكيان. قال: ارجع إليهما، فأضحكهما كما أبكيتهما.» وعن أبي سعيد، «أن رجلا هاجر إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال له رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: هل لك باليمن أحد؟ قال: نعم، أبواي. قال: أذنا لك؟ قال: لا. قال: فارجع، فاستأذنهما، فإن أذنا لك فجاهد، وإلا فبرهما.» رواهن أبو داود. ولأن بر الوالدين فرض عين، والجهاد فرض كفاية، وفرض العين يقدم.

فأما إن كان أبواه غير مسلمين، فلا إذن لهما. وبذلك قال الشافعي. وقال الثوري: لا يغزو إلا بإذنهما؛ لعموم الأخبار. ولنا أن أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كانوا يجاهدون، وفيهم من له أبوان كافران، من غير استئذانهما؛ منهم أبو بكر الصديق، وأبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة، كان مع النبي - صلى الله عليه وسلم - يوم بدر، وأبوه رئيس المشركين يومئذ، قتل ببدر، وأبو عبيدة، قتل أباه في الجهاد، فأنزل الله تعالى ﴿لا تجد قوما﴾ [المجادلة: ٢٢] . الآية، وعموم الأخبار مخصص بما رويناه فأما إن كان أبواه رقيقين، فعموم كلام الخرقي." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٠٨

"[مسألة يقاتل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية]

(٧٤٣٧) مسألة ويقاتل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون، ويقاتل من سواهم من الكفار حتى يسلموا.

وجملته أن الكفار ثلاثة أقسام؛ قسم أهل كتاب، وهم اليهود والنصارى، ومن اتخذ التوراة والإنجيل كتابا، كالسامرة والفرنج ونحوهم، فهؤلاء تقبل منهم الجزية، ويقرون على دينهم إذا بذلوها؛ لقول الله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] وقسم لهم شبهة كتاب، وهم المجوس فحكمهم حكم أهل الكتاب، في قبول الجزية منهم، وإقرارهم بها؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» .

ولا نعلم بين أهل العلم خلافا في هذين القسمين. وقسم لا كتاب لهم، ولا شبهة كتاب، وهم من عدا هذين القسمين، من عبدة الأوثان، ومن عبد ما استحسن، وسائر الكفار، فلا تقبل منهم الجزية، ولا يقبل منهم سوى الإسلام. هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي. وروي عن أحمد أن الجزية تقبل من جميع الكفار، إلا عبدة الأوثان من العرب.

وهو مذهب أبي حنيفة؛ لأنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق، فيقرون ببذل الجزية، كالمجوس. وحكي عن مالك، أنها تقبل من جميع الكفار، إلا كفار قريش؛ لحديث بريدة الذي في المسألة قبل هذه، وهو عام، ولأنهم كفار، فأشبهوا المجوس. **ولنا**، عموم قوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة: ٥] .

وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» . خص منهما أهل الكتاب بقوله تعالى: ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] . والمجوس بقوله: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» . فمن عداهما يبقى على مقتضى العموم، ولأن الصحابة - رضي الله عنهم -، توقفوا في أخذ الجزية من." (١)

"ويتخير المنازل لأصحابه، وإذا وجد رجل رجلا قد أصيبت فرسه، ومع الآخر فضل، استحب له حمله، ولم يجب. نص عليه أحمد، فإن خاف تلفه، فقال القاضي: يجب عليه بذل فضل مركوبه؛ ليحيي به صاحبه، كما يلزمه بذل فضل طعامه للمضطر إليه، وتخليصه من عدوه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢١٢

[فصل الرجلين يشتريان الفرس بينهما يغزوان عليه]

(٧٤٤٢) فصل وسئل أحمد عن الرجلين يشتريان الفرس بينهما، يغزوان عليه، يركب هذا عقبة وهذا عقبة: ما سمعت فيه بشيء، وأرجو أن لا يكون به بأس. قيل له: أيما أحب إليك؟ يعتزل الرجل في الطعام أو يرافق؟ قال: يرافق، هذا أرفق، يتعاونون، وإذا كنت وحدك لم يمكنك الطبخ ولا غيره، ولا بأس بالنهد، قد تناهد الصالحون، وكان الحسن إذا سافر ألقى معهم، ويزيد أيضا بعدما يلقي.

ومعنى النهد، أن يخرج كل واحد من الرفقة شيئا من النفقة، يدفعونه إلى رجل ينفق عليهم منه، ويأكلون جميعا، وكان الحسن البصري يدفع إلى وكيلهم مثل واحد منهم، ثم يعود فيأتي سرا بمثل ذلك، يدفعه إليه.

وقال أحمد: ما أرى أن يغزو ومعه مصحف.

يعني لا يدخل به أرض العدو؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو» رواه أبو داود، والأثرم

[مسألة استئذان الأمير في الغزو في كل شيء]

(٧٤٤٣) مسألة وإذا غزا الأمير بالناس، لم يجز لأحد أن يتعلف، ولا يحتطب، ولا يبارز علجا، ولا يخرج من العسكر، ولا يحدث حدثا، إلا بإذنه يعني لا يخرج من العسكر لتعلف، وهو تحصيل العلف للدواب، ولا لاحتطاب، ولا غيره إلا بإذن الأمير؛ لقول الله تعالى: ﴿إنما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله﴾ [النور: ٦٢] ﴿وإذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه﴾ [النور: ٦٢] .

ولأن الأمير أعرف بحال الناس، وحال العدو، ومكامنهم، ومواضعهم، وقربهم وبعدهم. فإذا خرج خارج بغير إذنه، لم يأمن أن يصادف كمينا للعدو، فيأخذوه، أو طليعة لهم، أو يرحل الأمير بالمسلمين ويتركه فيهلك. وإذا كان بإذن الأمير، لم يأذن لهم إلا إلى مكان آمن، وربما يبعث معهم من الجيش من يحرسهم ويطلع لهم.

وأما المبارزة، فتجوز بإذن الأمير، في قول عامة أهل العلم، إلا الحسن، فإنه لم يعرفها، وكرهها. **ولنا**، أن حمزة، وعليا وعبيدة بن الحارث بارزوا يوم بدر، بإذن النبي – صلى الله عليه وسلم –.." (١)

"ولا يأمن أن يغلب، فيكسر قلوب المسلمين، إلا أنه لما كان شجاعا واثقا من نفسه، أبيح له؛ لأنه بحكم الظاهر غالب، والمكروه أن يبرز الضعيف المنة، الذي لا يثق من نفسه، فتكره له المبارزة؛ لما فيه

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٦/٩

من كسر قلوب المسلمين بقتله ظاهرا.

(٧٤٤٤) فصل: إذا خرج كافر يطلب البراز، جاز رميه وقتله؛ لأنه مشرك لا عهد له، ولا أمان له، فأبيح قتله كغيره، إلا أن تكون العادة جارية بينهم أن من خرج يطلب المبارزة لا يعرض له، فيجري ذلك مجرى الشرط. وإذا خرج إليه أحد يبارزه بشرط أن لا يعينه عليه سواه وجب الوفاء بشرطه؛ لأن المؤمنين عند شروطهم، فإن انهزم المسلم تاركا للقتال، أو مثخنا بجراحته، جاز لكل أحد قتاله؛ لأن المسلم إذا صار إلى هذه الحال فقد انقضى قتاله، وإن كان المسلم شرط عليه أن لا يقاتل حتى يرجع إلى صفه وفى له بالشرط، إلا أن يترك قتاله، أو أثخنه بالجراح، فيتبعه ليقتله، أو يجهز عليه، فيجوز أن يحولوا بينه وبينه، فإن قاتلهم قاتلوه؛ لأنه إذا منعهم إنقاذه فقد نقض أمانه.

وإن أعان الكفار صاحبهم، فعلى المسلمين أن يعينوا صاحبهم أيضا، ويقاتلوا من أعان عليه، ولا يقاتلونه؛ لأنه ليس بصنع من جهته، فإن كان قد استنجدهم، أو علم منه الرضا بفعلهم، صار ناقضا لأمانه، وجاز لهم قتله. وذكر الأوزاعي أنه ليس للمسلمين معاونة صاحبهم، وإن أثخن بالجراح. قيل له: فخاف المسلمون على صاحبهم؟ قال: وإن؛ لأن المبارزة إنما تكون هكذا، ولكن لو حجزوا بينهما، وخلوا سبيل العلج.

قال: فإن أعان العدو صاحبهم، فلا بأس أن يعين المسلمون صاحبهم. ولنا، أن حمزة، وعليا أعانا عبيدة بن الحارث على قتل شيبة بن ربيعة، حين أثخن عبيدة

[فصل الخدعة في الحرب للمبارز وغيره]

(٧٤٤٥) فصل: وتجوز الخدعة في الحرب للمبارز، وغيره؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الحرب خدعة» . وهو حديث حسن صحيح. وروي أن عمرو بن عبد ود بارز عليا كرم الله وجهه، فلما أقبل عليه، قال علي: ما برزت لأقاتل اثنين. فالتفت عمرو فوثب عليه فضربه، فقال عمرو: خدعتني. فقال علي: الحرب خدعة.." (١)

"برخص، فسألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال: «لا تشتره، ولا تعد في صدقتك، وإن أعطاكه بدرهم، فإن العائد في صدقته، كالكلب يعود في قيئه» . متفق عليه.

وهذا يدل على أنه ملكه، لولا ذلك ما باعه، ويدل على أنه ملكه بعد الغزو؛ لأنه أقامه للبيع بالمدينة، ولم يكن ليأخذه من عمر، ثم يقيمه للبيع في الحال، فدل على أنه أقامه للبيع بعد غزوه عليه. وذكر أحمد نحوا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٨/٩

من هذا الكلام. وسئل: متى يطيب له الفرس؟ قال: إذا غزا عليه. قيل له: فإن العدو جاءنا فخرج على هذا الفرس في الطلب إلى خمسة فراسخ ثم رجع.

قال: لا، حتى يكون غزو. قيل له: فحديث ابن عمر: إذا بلغت وادي القرى، فشأنك به، قال ابن عمر كان يصنع ذلك في ماله، ورأى أنه إنما يستحقه إذا غزا عليه. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم سعيد بن المسيب، والقاسم، ويحيى الأنصاري، ومالك، والليث، والثوري. ونحوه عن الأوزاعي. قال ابن المنذر: ولم أعلم أحدا يقول: إن له أن يبيعه في مكانه.

وكان مالك لا يرى أن ينتفع بثمنه في غير سبيل الله، إلا أن يقول له: شأنك به ما أردت. **ولنا**، حديث عمر، وليس فيه ما اشترط مالك، فأما إذا قال: هي حبيس.

فلا يجوز بيعها، وقد سبق شرح هذه المسألة في باب الوقف، ويأتي شرح حكم الأضحية في بابها، إن شاء الله (٧٤٥٠) فصل: قال أحمد: لا يركب دواب السبيل في حاجة، ويركبها ويستعملها في سبيل الله، ولا يركب في الأمصار والقرى، ولا بأس أن يركبها ويعلفها، وأكره سباق الرمك على الفرس الحبيس، وسهم الفرس الحبيس لمن غزا عليه، ولا يباع الفرس الحبيس إلا من علة، إذا عطب يصير للطحن، ويصير ثمنه في مثله، أو ينفق ثمنه على الدواب الحبيس. وإذا أراد أن يشتري فرسا ليحمل عليه، فقال أحمد: يستحب شراؤها من غير الثغر، ليكون توسعة على أهل الثغر في الجلب.

[مسألة للإمام التصرف في سبايا الحرب]

(٧٤٥١) مسألة وإذا سبى ال إمام فهو مخير، إن رأى قتلهم، وإن رأى من عليهم وأطلقهم بلا عوض، وإن رأى أطلقهم على مال يأخذه منهم، وإن رأى فادى بهم، وإن رأى استرقهم، أي ذلك رأى فيه نكاية للعدو وحظا للمسلمين فعل، وجملته أن من أسر من أهل الحرب على ثلاثة أضرب؛." (١)

"ينتفع بخدمته، ويؤمن شره، فاسترقاقه أصلح، كالنساء والصبيان، والإمام أعلم بالمصلحة، فينبغي أن يفوض ذلك إليه، وقوله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة: ٥] عام لا ينسخ به الخاص، بل ينزل على ما عدا المخصوص، ولهذا لم يحرموا استرقاقه، فأما عبدة الأوثان، ففي استرقاقهم روايتان؛ إحداهما، لا يجوز. وهو مذهب الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجوز في العجم دون العرب، بناء على قوله في أخذ الجزية منهم. **ولنا**، أنه كافر لا يقر بالجزية، فلم يقر بالاسترقاق كالمرتد، وقد ذكرنا الدليل عليه، إذا ثبت هذا، فإن هذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٢٠

تخيير مصلحة واجتهاد، لا تخيير شهوة، فمتى رأى المصلحة في خصلة من هذه الخصال، تعينت عليه، ولم يجز العدول عنها، ومتى تردد فيها، فالقتل أولى.

قال مجاهد في أميرين؛ أحدهما يقتل الأسرى: وهو أفضل. وكذلك قال مالك. وقال إسحاق: الإثخان أحب إلي، إلا أن يكون معروفا يطمع به في الكثير.

[فصل أسلم الأسير]

(٧٤٥٢) فصل: وإن أسلم الأسير صار رقيقا في الحال، وزال التخيير، وصار حكمه حكم النساء. وبه قال الشافعي في أحد قوليه. وفي الآخر يسقط القتل، ويتخير بين الخصال الثلاث

لما روي أن أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أسروا رجلا من بني عقيل، فمر به النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا محمد علام أخذت وأخذت سابقة الحاج؛ فقال: أخذت بجريرة حلفائك من ثقيف، فقد أسرت رجلين من أصحابي. فمضى النبي - صلى الله عليه وسلم - فناداه: يا محمد، يا محمد. فقال له: ما شأنك؟ فقال: إني مسلم، فقال: «لو قلتها وأنت تملك أمرك لأفلحت كل الفلاح. وفادى به النبي - صلى الله عليه وسلم - الرجلين» ، رواه مسلم. ولأنه سقط القتل بإسلامه، فبقي باقي الخصال على ما كانت عليه.

ولنا، أنه أسير يحرم قتله، فصار رقيقا كالمرأة، والحديث لا ينافي رقه، فقد يفادى بالمرأة وهي رقيق، كما روى سلمة بن الأكوع، أنه غزا مع أبي بكر، فنفله امرأة، فوهبها النبي - صلى الله عليه وسلم - فبعث بها إلى أهل مكة، وفي أيديهم أسارى، ففداهم بتلك المرأة. إلا أنه لا يفادى به، ولا يمن عليه، إلا بإذن." (١)
"الغانمين؛ لأنه صار مالا لهم.

ويحتمل أن يجوز المن عليه؛ لأنه كان يجوز المن عليه، مع كفره، فمع إسلامه أولى، لكون الإسلام حسنة يقتضي إكرامه، والإنعام عليه، لا منع ذلك في حقه. ولا يجوز رده إلى الكفار، إلا أن يكون له ما يمنعه من المشركين، من عشيرة أو نحوها، وإنما جاز فداؤه؛ لأنه يتخلص به من الرق. فأما إن أسلم قبل أسره، حرم قتله واسترقاقه والمفاداة به، سواء أسلم وهو في حصن، أو جوف، أو مضيق، أو غير ذلك؛ لأنه لم يحصل في أيدي الغانمين بعد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٢٢

[فصل سؤال الأسارى من أهل الكتاب عن الجزية]

(٧٤٥٣) فصل: فإن سأل الأسارى من أهل الكتاب تخليتهم على إعطاء الجزية، لم يجز ذلك في نسائهم وذراريهم؛ لأنهم صاروا غنيمة بالسبي، وأما الرجال، فيجوز ذلك فيهم، ولا يزول التخيير الثابت فيهم. وقال أصحاب الشافعي: يحرم قتلهم، كما لو أسلموا. **ولنا** أنه بدل لا تلزم الإجابة إليه، فلم يحرم قتلهم، كبدل عبدة الأوثان.

[فصل أسر العبد في الحرب]

(٧٤٥٤) فصل: وإذا أسر العبد صار رقيقا للمسلمين؛ لأنه مال لهم استولي عليه، فكان للغانمين، كالبهيمة، وإن رأى الإمام قتله لضرر في بقائه، جاز قتله

؛ لأن مثل هذا لا قيمة له، فهو كالمرتد، وأما من يحرم قتلهم غير النساء والصبيان، كالشيخ والزمن والأعمى والراهب، فلا يحل سبيهم؛ لأن قتلهم حرام، ولا نفع في اقتنائهم. (٧٤٥٥) فصل: ذكر أبو بكر أن الكافر إذا كان مولى مسلم، لم يجز استرقاقه؛ لأن في استرقاقه تفويت ولاء المسلم المعصوم. وعلى قوله، لا يسترق ولده أيضا إذا كان عليه ولاء؛ لذلك.

وإن كان معتقه ذميا، جاز استرقاقه؛ لأن سيده يجوز استرقاقه، فاسترقاق مولاه أولى. وهذا مذهب الشافعي. وظاهر كلام الخرقي جواز استرقاقه؛ لأنه يجوز قتله، وهو من أهل الكتاب، فجاز استرقاقه، كغيره، ولأن سبب جواز الاسترقاق قد تحقق فيه، وهو الاستيلاء عليه، مع كون مصلحة المسلمين في استرقاقه، ولأنه إن كان المسبي امرأة أو صبيا، لم يجز فيه سوى الاسترقاق، فيتعين ذلك فيه. وما ذكره يبطل بالقتل؛ فإنه يفوت الولاء، وهو جائز فيه، وكذلك من عليه ولاء لذمي يجوز استرقاقه. وقولهم: إن سيده يجوز استرقاقه. غير صحيح، فإن الذمي لا يجوز استرقاقه، ولا تفويت حقوقه، وقد قال علي – رضي الله عنه –: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا.." (١)

"قال أحمد: ليس لأهل الذمة أن يشتروا مما سبى المسلمون شيئا. قال: وكتب عمر بن الخطاب ينهى عنه أمراء الأمصار.

هكذا حكى أهل الشام، وليس له إسناد، وجوز أبو حنيفة والشافعي ذلك؛ لأنه لا يمنع من إثبات يده عليه، فلا يمنع من ابتدائه، كالمسلم. **ولنا** قول عمر، ولم ينكر فيكون إجماعا، ولأن فيه تفويتا للإسلام الذي

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٢٣

يظهر وجوده، فإنه إذا بقي رقيقا للمسلمين الظاهر إسلامه، فيفوت ذلك ببيعه لكافر، بخلاف ما إذا كان رقيقا لكافر في ابتدائه، فإنه لم يثبت له هذه الغرضية، والدوام يخالف الابتداء لقوته.

[فصل أسر أسيرا في الحرب]

(٧٤٦٠) فصل: ومن أسر أسيرا، لم يكن له قتله، حتى يأتي به الإمام، فيرى فيه رأيه؛ لأنه إذا صار أسيرا، فالخيرة فيه إلى الإمام، وقد روي عن أحمد كلام يدل على إباحة قتله، فإنه قال: لا يقتل أسير غيره إلا أن يشاء الوالي. فمفهومه أن له قتل أسيره بغير إذن الوالي؛ لأن له أن يقتله ابتداء، فكان له قتله دواما، كما لو هرب منه أو قاتله. فإن امتنع الأسير أن ينقاد معه، فله إكراهه بالضرب وغيره، فإن لم يمكنه إكراهه، فله قتله.

وإن خافه أو خاف هربه، فله قتله أيضا. وإن امتنع من الانقياد معه، لجرح أو مرض، فله قتله أيضا. وتوقف أحمد عن قتله. والصحيح أنه يقتله، كما يذفف على جريحهم، ولأن تركه حيا ضرر على المسلمين، وتقوية للكفار، فتعين القتل، كحالة الابتداء إذا أمكنه قتله، وكجريحهم إذا لم يأسره.

فأما أسير غيره، فلا يجوز له قتله، إلا أن يصير إلى حال يجوز قتله لمن أسره. وقد روى يحيى بن أبي كثير، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا يتعاطين أحدكم أسير صاحبه إذا أخذه فيقتله» . رواه سعيد. فإن قتل أسيره، أو أسير غيره قبل ذلك، أساء، ولم يلزمه ضمانه.

وبهذا قال الشافعي. وقال الأوزاعي إن قتله قبل أن يأتي به الإمام، لم يضمنه، وإن قتله بعد ذلك غرم ثمنه؛ ل أ نه أتلف من الغنيمة ما له قيمة، فضمنه، كما لو قتل امرأة

ولنا، أن عبد الرحمن بن عوف، أسر أمية بن خلف وابنه عليا يوم بدر، فرآهما بلال، فاستصرخ الأنصار عليهما حتى قتلوهما، ولم يغرموا شيئا. ولأنه أتلف ما ليس بمال، فلم يغرمه، كما لو أتلفه قبل أن يأتي به الإمام، ولأنه أتلف ما لا قيمة له قبل أن يأتي به الإمام، فلم يغرمه، كما لو أتلف كلبا، فأما إن قتل امرأة أو صبيا، غرمه؛ لأنه كان رقيقا بنفس السبي.

[فصل أسر فادعى أنه كان مسلما]

(٧٤٦١) فصل: ومن أسر فادعى أنه كان مسلما، لم يقبل قوله إلا ببينة؛ لأنه يدعي أمرا الظاهر خلافه، يتعلق به إسقاط." (١)

"ولنا ما روى حبيب بن مسلمة الفهري، قال: «شهدت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نفل الربع في البداءة، والثلث في الرجعة» . وفي لفظ: «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان ينفل الربع بعد الخمس، والثلث بعد الخمس إذا قفل» رواهما أبو داود

وعن عبادة بن الصامت «، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان ينفل في البداءة الربع، وفي القفول الثلث» . رواه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن غريب. وفي لفظ قال: «كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ينفلهم إذا خرجوا بادين الربع وينفلهم إذا قفلوا الثلث» . رواه الخلال بإسناده.

وروى الأثرم، بإسناده عن جرير بن عبد الله البجلي، أنه لما قدم على عمر في قومه، قال له عمر: هل لك أن تأتي الكوفة، ولك الثلث بعد الخمس من كل أرض وشيء؟ وذكره ابن المنذر أيضا عن عمر. وقال إبراهيم النخعي: ينفل السرية الثلث والربع يغريهم بذلك. فأما قول عمرو بن شعيب، فإن مكحولا قال له حين قال: لا نفل بعد رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. وذكر له حديث حبيب بن مسلمة: شغلك أكل الزبيب بالطائف. وما ثبت للنبي - صلى الله عليه وسلم - ثبت للأئمة بعده، ما لم يقم على تخصيصه به دليل.

فأما حديث ابن عمر، فهو حجة عليهم، فإن بعيرا على اثني عشر، يكون جزءا من ثلاثة عشر، وخمس الخمس جزء من خمسة وعشرين، وجزء من ثلاثة عشر أكثر، فلا يتصور أخذ الشيء من أقل منه، يحققه أن الاثني عشر إذا كانت أربعة أخماس، والبعير منها ثلث الخمس، فكيف يتصور أخذ ثلث الخمس من خمس الخمس؟ فهذا محال، فتعين أن يكون ذلك من غيره، أو أن النفل كان للسرية دون سائر الجيش.

على أن ما رويناه صريح في الحكم، فلا يعارض بشيء مستنبط، يحتمل غير ما حمله عليه من استنبطه.

إذا ثبت هذا، فظاهر كلام أحمد أنهم إنما يستحقون هذا النفل بالشرط السابق، فإن لم يكن شرطه لهم فلا، فإنه قيل له: أليس قد نفل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في البداءة الربع، وفي الرجوع الثلث؟ قال: نعم، ذاك إذا نفل، وتقدم القول فيه. فعلى هذا إن رأى الإمام أن ينفلهم شيئا، فله ذلك، وإن رأى أن ينفلهم دون الثلث والربع، فله ذلك؛ لأنه إذا جاز أن لا يجعل لهم شيئا، جاز أن يجعل لهم يسيرا، ولا يجوز أن ينفل أكثر من الثلث، نص عليه أحمد. وهو قول مكحول، والأوزاعي، والجمهور من العلماء.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٢٥

وقال الشافعي: لا حد للنفل، بل هو موكول إلى اجتهاد الإمام؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نفل مرة الثلث، وأخرى الربع. وفي حديث ابن عمر: نفل نصف السدس. فهذا يدل على أنه ليس للنفل حد لا يتجاوزه الإمام، فينبغي أن يكون موكولا إلى اجتهاده. **ولنا**، أن نفل النبي – صلى الله عليه وسلم – انتهى إلى الثلث، فينبغي أن لا يتجاوزه، وما ذكره الشافعي يدل على أنه ليس لأقل النفل حد، وأنه يجوز أن ينفل أقل من الثلث والربع، ونحن نقول به، على أن هذا." (١)

"لا نفل إلا بعد إحراز الغنيمة. قال مالك: ولم يقل رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «من قتل قتيلا فله سلبه» . إلا بعد أن برد القتال.

ولنا، ما تقدم من حديث حبيب، وعبادة، وما شرطه عمر، لجرير بن عبد الله، وقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من قتل قتيلا فله سلبه» . ولأن فيه مصلحة وتحريضا على القتال، فجاز، كاستحقاق الغنيمة، وزيادة السهم للفارس، واستحقاق السلب، وما ذكروه يبطل بهذه المسائل. وقوله: إن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما جعل السلب للقاتل بعد أن برد القتال.

قلنا: قوله ذلك ثابت الحكم فيما يأتي من الغزوات بعد قوله، فهو بالنسبة إليها كالمشروط في أول الغزاة.

قال القاضي: ولا يجوز هذا، إلا إذا كان فيه مصلحة للمسلمين، فإن لم يكن فيه فائدة، لم يجز؛ لأنه إنما يخرج على وجه المصلحة، فاعتبرت الحاجة فيه، كأجرة الحمال والحافظ.

إذا ثبت هذا، فإن النفل لا يختص بنوع من المال. وذكر الخلال أنه لا نفل في الدراهم والدنانير. وهو قول الأوزاعي؛ لأن القاتل لا يستحق شيئا منها، فكذلك غيره. **ولنا**، حديث حبيب بن مسلمة، وعبادة، وجرير، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – جعل لهم الثلث والربع، وهو عام في كل ما غنموه، ولأنه نوع مال، فجاز النفل فيه، كسائر الأموال.

وأما القاتل، فإنما نفل السلب، وليست الدراهم والدنانير من السلب، فلم يستحق غير ما جعل له.

[فصل رجع إلى الساقة في الجهاد]

(٧٤٦٣) فصل: نقل أبو داود، عن أحمد أنه قال له: إذا قال من رجع إلى الساقة فله دينار، والرجل يعمل في سياقة الغنم قال لم يزل أهل الشام يفعلون هذا، وقد يكون في رجوعهم إلى الساقة وسياقة الغنم منفعة. قيل له: فإن أغار على قرية، فنزل فيها والسبي والدواب والخرثي معهم في القرية، ويمنع الناس من جمعه

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٢٧

الكسل، لا يخافون عليه العدو، فيقول الإمام: من جاء بعشرة أثواب، فله ثوب، ولمن جاء بعشرة رءوس رأس؟ قال: أرجو أن لا يكون به بأس. قيل له: فإن قال: من جاء بعدل من دقيق الروم، فله دينار، يريده لطعام السبي، ما ترى في أخذ الدينار؟ فلم ير به بأسا.

قيل فالإمام يخرج السرية وقد نفلهم جميعا، فلما كان يوم المغار، نادى: من جاء بعشرة رءوس، فله رأس، ومن جاء بكذا، فله كذا، فيذهب الناس فيطلبون، فما ترى في هذا النفل؟ قال: لا بأس به، إذا كان يحرضهم على ذلك، ما لم يستغرق الثلث. قلت: فلا بأس بنفلين في شيء واحد؟ قال: نعم، ما لم يستغرق الثلث، غير مرة سمعته يقول ذلك.." (١)

"الصلح أعظم؛ لأن ضرره يعود على الجيش كله، وربما عاد على غيره من المسلمين، في كون هذه القلعة يتعذر فتحها بعد ذلك، ويبقى ضررها على المسلمين.

ولا يجوز تحمل هذه المضرة لدفع ضرر يسير عن واحد، فإن ضرر صاحب الجعل إنما هو في فوات عين الجعل، وتفاوت ما بين عين الشيء وقيمته يسير، سيما وهو في حق شخص واحد، ومراعاة حق المسلمين أجمعين بدفع الضرر الكثير عنهم، أولى من دفع الضرر اليسير عن واحد منهم أو من غيرهم، ولهذا قلنا في من وجد ماله قبل قسمه: فهو أحق به، فإن وجده بعد قسمه، لم يأخذه إلا بثمنه، لئلا يؤدي إلى الضرر بنقص القيمة، أو حرمان من وقع ذلك في سهمه.

[فصل النفل من أربعة أخماس الغنيمة]

(٧٤٦٥) فصل: قال أحمد: والنفل من أربعة أخماس الغنيمة. هذا قول أنس بن مالك، وفقهاء الشام؛ منهم رجاء بن حيوة، وعبادة بن نسي، وعدي بن عدي، ومكحول، والقاسم بن عبد الرحمن، ويزيد بن أبي مالك، ويحيى بن جابر، والأوزاعي، وبه قال إسحاق، وأبو عبيد.

وقال أبو عبيد: والناس اليوم على هذا. قال أحمد: وكان سعيد بن المسيب، ومالك بن أنس يقولان: لا نفل إلا من الخمس. فكيف خفي عليهما هذا مع علمهما، وقال النخعي وطائفة: إن شاء الإمام نفلهم قبل الخمس، وإن شاء بعده.

وقال أبو ثور: وإنما النفل قبل الخمس. واحتج من ذهب إلى هذا بحديث ابن عمر الذي أوردناه. **ولنا** ما روى معن بن يزيد السلمي، قال سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: يقول: «لا نفل إلا بعد

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٢٩

الخمس» . رواه أبو داود، وابن عبد البر. وهذا صريح.
وحديث حبيب بن مسلمة «، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان ينفل الربع بعد الخمس، والثلث بعد الخمس» . وحديث جرير حين قال له عمر ولك الثلث بعد الخمس. ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – نفل الثلث، ولا يتصور إخراجه من الخمس.
ولأن الله تعالى قال: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] . يقتضي أن يكون الخمس خارجا من الغنيمة كلها. وأما حديث ابن عمر، فقد رواه شعيب، عن نافع عن ابن عمر، قال: «بعثنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في جيش قبل نجد، وابتعثت سرية من الجيش، فكان سهمان الجيش اثني عشر بعيرا، ونفل أهل السرية بعيرا بعيرا، فكانت سهمانهم ثلاثة عشر بعيرا» .
فهذا يمكن أن يكون نفلهم من أربعة أخماس الغنيمة دون بقية الجيش، كما تنفل السرايا. ويتعين حمل الخبر على هذا؛ لأنه لو أعطى جميع الجيش، لم يكن ذلك نفلا، وكان قد قسم لهم أكثر من أربعة الأخماس وهو خلاف الآية والأخبار." (١)

"فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: " ما منعك يا خالد أن تدفع إلى هذا سلب قتيله؟ ". قال: استكثرته له. قال: " فادفعه إليه ". وذكر الحديث. رواه أبو داود.

[الفصل الرابع يستحق السلب بشروط أربعة]

(٧٤٧٢) أنه إنما يستحق السلب بشروط أربعة؛ أحدها، أن يكون المقتول من المقاتلة الذين يجوز قتلهم، فأما إن قتل امرأة، أو صبيا، أو شيخا فانيا، أو ضعيفا مهينا، ونحوهم ممن لا يقاتل، لم يستحق سلبه. لا نعلم فيه خلافا. وإن كان أحد هؤلاء يقاتل، استحق قاتله سلبه، لأنه يجوز قتله، ومن قتل أسيرا له أو لغيره، لم يستحق سلبه؛ لذلك. الثاني أن يكون المقتول فيه منعة، غير مثخن بالجراح، فإن كان مثخنا بالجراح، فليس لقاتله شيء من سلبه. وبهذا قال مكحول، وجرير بن عثمان، والشافعي؛ لأن معاذ بن عمرو بن الجموح أثبت أبا جهل، وذفف عليه ابن مسعود، فقضى النبي – صلى الله عليه وسلم – بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح، ولم يعط ابن مسعود شيئا.
وإن قطع يدي رجل ورجليه، وقتله آخر، فالسلب للقاطع دون القاتل؛ لأن القاطع هو الذي كفى المسلمين شره. وإن قطع يديه أو رجليه، وقتله الآخر، فالسلب للقاطع، في أحد الوجهين؛ لأنه عطله، فأشبه الذي

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣١/٩

قتله، والثاني سلبه في الغنيمة؛ لأنه إن كانت رجلاه سالمتين، فإنه يعدو ويكثر، وإن كانت يداه سالمتين، فإنه يقاتل بهما، فلم يكف القاطع شره كله، ولا يستحق القاتل سلبه؛ لأنه مثخن بالجراح. وإن قطع يده ورجله من خلاف، فكذلك. وإن قطع إحدى يديه وإحدى رجليه، ثم قتله آخر، فسلبه غنيمة.

ويحتمل أنه للقاتل؛ لأنه قاتل لمن لم يكف المسلمين شره. وإن عانق رجل رجلا، فقتله آخر، فالسلب للقاتل. وبهذا قال الشافعي. وقال الأوزاعي: هو للمعانق. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من قتل قتيلا، فله سلبه.» ولأنه كفى المسلمين شره، فأشبه ما لو لم يعانقه الآخر، وكذلك لو كان الكافر مقبلا على رجل يقاتله، فجاء آخر من ورائه، فضربه فقتله، فسلبه لقاتله، بدليل قصة قتيل أبي قتادة.

الثالث، أن يقتله أو يثخنه بجراح تجعله في حكم المقتول. قال أحمد: لا يكون السلب إلا للقاتل. وإن أسر رجلا، لم يستحق سلبه، سواء قتله الإمام أو لم يقتله. وقال مكحول: لا يكون السلب إلا لمن." [1]

"أسر علجا أو قتله. وقال القاضي: إذا أسر رجل، فقتله الإمام صبرا، فسلبه لمن أسره؛ لأن الأسر أصعب من القتل، فإذا استحق سلبه بالقتل، كان تنبيها على استحقاقه بالأسر. قال: وإن استبقاه الإمام، كان له فداؤه، أو رقبته وسلبه، لأنه كفى المسلمين شره.

ولنا، أن المسلمين أسروا أسرى يوم بدر، فقتل النبي – صلى الله عليه وسلم – عقبة والنضر بن الحارث، واستبقى سائرهم، فلم يعط من أسرهم أسلابهم، ولا فداءهم، وكان فداؤهم غنيمة. ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – إنما جعل السلب للقاتل، وليس الآسر بقاتل، ولأن الإمام مخير في الأسرى، ولو كان لمن أسره، كان أمره إليه دون الإمام. الرابع، أن يغرر بنفسه في قتله، فأما إن رماه بسهم من صف المسلمين فقتله، فلا سلب له. قال أحمد: السلب للقاتل، إنما هو في المبارزة، لا يكون في الهزيمة.

وإن حمل جماعة من المسلمين على واحد فقتلوه، فالسلب في الغنيمة؛ لأنهم لم يغرروا بأنفسهم في قتله. وإن اشترك في قتله اثنان، فظاهر كلام أحمد أن سلبه غنيمة، فإنه قال، في رواية حرب: له السلب إذا انفرد بقتله. وحكى أبو الخطاب، عن القاضي، إنهما يشتركان في سلبه؛ لقوله: «من قتل قتيلا، فله سلبه» . وهذا يتناول الواحد والجماعة، ولأنهما اشتركا في السبب، فاشتركا في السلب. **ولنا**، أن السلب إنما يستحق بالتغرير في قتله، ولا يحصل ذلك بقتل الاثنين، فلم يستحق به السلب، كما لو قتله جماعة، ولم يبلغنا أن النبي – صلى الله عليه وسلم – شرك بين اثنين في سلب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٣٥

فإن اشترك اثنان في ضربه، وكان أحدهما أبلغ في قتله من الآخر، فالسلب له؛ لأن أبا جهل ضربه معاذ بن عمرو بن الجموح، ومعاذ ابن عفراء، وأتيا النبي - صلى الله عليه وسلم - فأخبراه، فقال: «كلاكما قتله. وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح.» وإن انهزم الكفار كلهم، فأدرك إنسان منهزما منهم، فقتله، فلا سلب له؛ لأنه لم يغرر في قتله.

وإن كانت الحرب قائمة، فانهزم أحدهم فقتله إنسان، فسلبه لقاتله؛ لأن الحرب فر وكر، وقد قتل سلمة بن الأكوع طليعة للكفار وهو منهزم، «فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: من قتله؟ . قالوا: سلمة بن الأكوع. قال: له سلبه أجمع» . وبهذا قال الشافعي. وقال أبو ثور، وداود، وابن المنذر: السلب لكل قاتل؛ لعموم الخبر، واحتجاجا بحديث سلمة هذا.

ولنا، أن ابن مسعود ذفف على أبي جهل، فلم يعطه النبي - صلى الله عليه وسلم - سلبه، وأمر بقتل عقبة بن أبي معيط والنضر بن الحارث صبرا، ولم يعط سلبهما من قتلهما، وقتل بني قريظة صبرا، فلم يعط من قتلهم أسلابهم، وإنما أعطى السلب من قتل مبارزا، أو كفى المسلمين شره، وغرر في قتله، والمنهزم بعد انقضاء الحرب، قد كفى المسلمين شر نفسه، ولم يغرر قاتله بنفسه في قتله، فلم يستحق سلبه كالأسير.." (١)

"وأما الذي قتله سلمة، فكان متحيزا إلى فئة، وكذلك من قتل حال قيام الحرب، فإنه إن كان منهزما فهو متحيز إلى فئة، وراجع إلى القتال، فأشبه الكار، فإن القتال فر وكر. إذا ثبت هذا، فإنه لا يشترط في استحقاق السلب أن تكون المبارزة بإذن الأمير؛ لأن كل من قضي له بالسلب في عصر النبي - صلى الله عليه وسلم - ليس فيهم من نقل إلينا أنه أذن له في المبارزة، مع أن عموم الخبر يقتضي استحقاق السلب لكل قاتل، إلا من خصه الدليل.

[الفصل الخامس السلب لا يخمس]

(٧٤٧٣) أن السلب لا يخمس. روي ذلك عن سعد بن أبي وقاص. وبه قال الشافعي، وابن المنذر، وابن جرير. وقال ابن عباس: يخمس.

وبه قال الأوزاعي، ومكحول؛ لعموم قوله تعالى: ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه﴾ [الأنفال: ٤١] . وقال إسحاق: إن استكثر الإمام السلب خمسه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٣٦

وذلك إليه؛ لما روى ابن سيرين، أن البراء بن مالك بارز مرزبان الزأرة بالبحريين، فطعنه فدق صلبه، وأخذ سواريه وسلبه، فلما صلى عمر الظهر، أتى أبا طلحة في داره، فقال: إنا كنا لا نخمس السلب، وإن سلب البراء قد بلغ مالا، وأنا خامسه. فكان أول سلب خمس في الإسلام سلب البراء. رواه سعيد في السنن. وفيها أن سلب البراء بلغ ثلاثين ألفا. **ولنا**، ما روى عوف بن مالك، وخالد بن الوليد، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قضى بالسلب للقاتل، ولم يخمس السلب.

رواه أبو داود. وعموم الأخبار التي ذكرناها، وخبر عمر حجة لنا، فإنه قال: إنا كنا لا نخمس السلب. وقول الراوي: كان أول سلب خمس في الإسلام. يعني أن النبي – صلى الله عليه وسلم – وأبا بكر وعمر صدرا من خلافته، لم يخمسوا سلبا، واتباع ذلك أولى. قال الجوزجاني: لا أظنه يجوز لأحد في شيء سبق فيه من الرسول – صلى الله عليه وسلم – شيء إلا اتباعه، ولا حجة في قول أحد مع قول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –.

وما ذكرناه يصلح أن يخصص به عموم الآية. وإذا ثبت هذا، فإن السلب من أصل الغنيمة. وقال مالك: يحتسب من خمس الخمس. **ولنا**، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قضى بالسلب للقاتل مطلقا، ولم ينقل عنه أنه احتسب به من خمس الخمس، ولأنه لو احتسب به من خمس الخمس، احتيج إلى معرفة قيمته وقدره، ولم ينقل ذلك ولأن سببه لا يفتقر إلى اجتهاد الإمام، فلم يكن من خمس الخمس، كسهم الفارس والراجل.

[الفصل السادس القاتل يستحق السلب]

(٧٤٧٤) أن القاتل يستحق السلب، قال ذلك الإمام أو لم يقل. وبه قال الأوزاعي، والليث، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وقال أبو حنيفة، والثوري: لا يستحقه إلا أن يشرطه الإمام له.." [١]

"وقال مالك: لا يستحقه، إلا أن يقول الإمام ذلك.

ولم ير أن يقول الإمام ذلك إلا بعد انقضاء الحرب، على ما تقدم من مذهبه في النفل، وجعلوا السلب هاهنا من جملة الأنفال. وقد روي عن أحمد مثل قولهم، وهو اختيار أبي بكر، واحتجوا بما روى عوف بن مالك أن مدديا اتبعهم، فقتل علجا، فأخذ خالد بعض سلبه، وأعطاه بعضه، فذكر ذلك لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: «لا تعطه يا خالد» . رواه سعيد، وأبو داود. وأنا اختصرته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٧/٩

ورويا بإسنادهما عن شبر بن علقمة، قال: بارزت رجلا يوم القادسية، فقتلته، وأخذت سلبه، فأتيت به سعدا، فخطب سعد أصحابه، وقال: إن هذا سلب شبر، خير من اثني عشر ألفا، وإنا قد نفلناه إياه. ولو كان حقا له، لم يحتج إلى نفله، ولأن عمر أخذ الخمس من سلب البراء، ولو كان حقا له لم يجز أن يأخذ منه شيئا، ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - دفع سلب أبي قتادة إليه من غير بينة ولا يمين. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من قتل قتيلا، فله سلبه» .

وهذا من قضايا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - المشهورة، التي عمل بها الخلفاء بعده، وأخبارهم التي احتجوا بها تدل على ذلك؛ فإن عوف بن مالك احتج على خالد حين أخذ سلب المددي، فقال له عوف: أما تعلم أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى بالسلب للقاتل؟ قال: بلى. وقول عمر: إنا كنا لا نخمس السلب.

يدل على أن هذه قضية عامة في كل غزوة، وحكم مستمر لكل قاتل، وإنما أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - خالدا أن لا يرد على المددي عقوبة، حين أغضبه عوف بتقريعه خالدا بين يديه، وقوله: قد أنجزت لك ما ذكرت لك من أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. وأما خبر شبر، فإنما أنفذ له سعد ما قضى له به رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وسماه نفلا، لأنه في الحقيقة نفل؛ لأنه زيادة على سهمه.

وأما أبو قتادة، فإن خصمه اعترف له به، وصدقه، فجرى مجرى البينة، ولأن السلب مأخوذ من الغنيمة بغير تقدير الإمام واجتهاده، فلم يفتقر إلى شرطه، كالسهم. إذا ثبت هذا، فإن أحمد قال: لا يعجبني أن يأخذ السلب إلا بإذن الإمام. وهو قول الأوزاعي.

وقال ابن المنذر، والشافعي: له أخذه بغير إذن؛ لأنه استحقه بجعل النبي - صلى الله عليه وسلم - له ذلك، ولا يأمن إن أظهره عليه أن لا يعطاه. ووجه قول أحمد، أنه فعل مجتهد فيه، فلم ينفذ أمره فيه إلا بإذن الإمام كأخذ سهمه. ويحتمل أن يكون هذا من أحمد على سبيل الاستحباب، ليخرج من الخلاف، لا على سبيل الإيجاب فعلى هذا، إن أخذه بغير إذن، ترك الفضيلة، وله ما أخذه.." (١)

"أهل اليمن، فلقينا جموع الروم، وفيهم رجل على فرس أشقر، عليه سرج مذهب، وسلاح مذهب، فجعل يغري بالمسلمين، وقعد له المددي خلف صخرة، فمر به الرومي، فعرقب فرسه، فعلاه فقتله، وحاز فرسه وسلاحه، فلما فتح الله للمسلمين، بعث إليه خالد بن الوليد، فأخذ من السلب، قال عوف: فأتيته فقلت له: يا خالد، أما علمت أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى بالسلب للقاتل؟ قال: بلى.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٣٨

رواه الأثرم.

وفي حديث شبر بن علقمة، أنه أخذ فرسه. كذلك قال أحمد: هو فيه. ولأن الفرس يستعان بها في الحرب، فأشبهت السلاح، وما ذكروه يبطل بالرمح والقوس واللت، فإنها من السلب وليست ملبوسة. إذا ثبت هذا، فإن الدابة وما عليها؛ من سرجها، ولجامها وتجفيفها، وحلية إن كانت عليها، وجميع آلتها من السلب؛ لأنه تابع لها، ويستعان به في الحرب، وإنما يكون من السلب إذا كان راكبا عليها، فإن كانت في منزله أو مع غيره، أو منفلتة، لم تكن من السلب، كالسلاح الذي ليس معه، وإن كان راكبا عليها فصرعه عنها، أو أشعره عليها، ثم قتله بعد نزوله عنها، فهي من السلب. وهكذا قول الأوزاعي.

وإن كان ممسكا بعنانها، غير راكب عليها، فعن أحمد فيها روايتان؛ إحداهما، من السلب. وهو قول الشافعي؛ لأنه متمكن من القتال عليها، فأشبهت سيفه أو رمحه في يده. والثانية، ليست من السلب. وهو ظاهر كلام الخرقي، واختيار الخلال؛ لأنه ليس براكب عليها، فأشبه ما لو كانت مع غلامه. وإن كان على فرس، وفي يده جنيبة، لم تكن الجنيبة من السلب، لأنه لا يمكنه ركوبهما معا.

[فصل لا تقبل دعوى القتل إلا ببينة]

(٧٤٧٦) فصل ولا تقبل دعوى القتل إلا ببينة. وقال الأوزاعي: يعطى السلب إذا قال: أنا قتلته. ولا يسأل بينة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل قول أبي قتادة. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من قتل قتيلا، له عليه بينة، فله سلبه» . متفق عليه.

وأما." (١)

"أبو قتادة، فإن خصمه أقر له، فاكتفى بإقراره. قال أحمد: ولا يقبل إلا شاهدان. وقال طائفة من أهل الحديث: يقبل شاهد ويمين؛ لأنها دعوى في المال. ويحتمل أن يقبل شاهد بغير يمين؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل قول الذي شهد لأبي قتادة من غير يمين. ووجه الأول، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - اعتبر البينة، وإطلاقها ينصرف إلى شاهدين، ولأنها دعوى للقتل، فاعتبر شاهدان، كقتل العمد.

[فصل سلب القتلى وتركهم عراة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤٠

(٧٤٧٧) فصل ويجوز سلب القتلى وتركهم عراة. وهذا قول الأوزاعي. وكرهه الثوري، وابن المنذر، لما فيه من كشف عوراتهم. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في قتيل سلمة بن الأكوع: «له سلبه أجمع. وقال: من قتل قتيلا، فله سلبه» . وهذا يتناول جميعه.

[مسألة أمان الرجل والمرأة]

(٧٤٧٨) مسألة قال: (ومن أعطاهم الأمان منا؛ من رجل، أو امرأة، أو عبد، جاز أمانه) وجملته أن الأمان إذا أعطي أهل الحرب، حرم قتلهم ومالهم والتعرض لهم. ويصح من كل مسلم بالغ عاقل مختار، ذكرا كان أو أنثى، حرا كان أو عبدا. وبهذا قال الثوري، والأوزاعي، والشافعي، وإسحاق، وابن القاسم، وأكثر أهل العلم.

وروي ذلك عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: لا يصح أمان العبد، إلا أن يكون مأذونا له في القتال؛ لأنه لا يجب عليه الجهاد، فلا يصح أمانه، كالصبي، ولأنه مجلوب من دار الكفر، فلا يؤمن أن ينظر لهم في تقديم مصلحتهم. **ولنا**، ما روي، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -، أنه قال: «ذمة المسلمين واحدة، يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلما، فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل منه صرف ولا عدل» . رواه البخاري.

وروى فضيل بن يزيد الرقاشي، قال: جهز عمر بن الخطاب جيشا، فكنت فيه، فحصرنا موضعا، فرأينا أنا سنفتحها اليوم، وجعلنا نقبل ونروح، فبقي عبد منا، فراطنهم وراطنوه، فكتب لهم الأمان في صحيفة، وشدها على سهم، ورمى بها إليهم، فأخذوها، وخرجوا، فكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب، فقال: العبد المسلم رجل من المسلمين، ذمته ذمتهم. رواه سعيد.

ولأنه مسلم مكلف، فصح أمانه، كالحر. وما ذكروه من التهمة يبطل بما إذا أذن له القتال، فإنه يصح أمانه، وبالمرأة، فإن أمانها يصح، في قولهم جميعا. قالت." (١)

"عائشة: إن كانت المرأة لتجير على المسلمين فيجوز. وعن أم هانئ، أنها قالت: يا رسول الله، إني أجرت أحمائي، وأغلقت عليهم، وإن ابن أمي أراد قتلهم. فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ، إنما يجهر على المسلمين أدناهم» . رواهما سعيد. وأجارت زينب بنت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أبا العاص بن الربيع، فأمضاه رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤١

(٧٤٧٩) فصل: ويصح أمان الأسير إذا عقده غير مكره؛ لدخوله في عموم الخبر، ولأنه مسلم مكلف مختار، فأشبه غير الأسير.

وكذلك أمان الأجير والتاجر في دار الحرب. وبهذا قال الشافعي. وقال الثوري: لا يصح أمان أحد منهم. **ولنا** عموم الحديث، والقياس على غيرهم. فأما الصبي المميز، فقال ابن حامد: فيه روايتان؛ إحداهما، لا يصح أمانه. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه غير مكلف، ولا يلزمه بقوله حكم، فلا يلزم غيره، كالمجنون. والرواية الثانية، يصح أمانه. وهو قول مالك. وقال أبو بكر: يصح أمانه، رواية واحدة. وحمل رواية المنع على غير المميز، واحتج بعموم الحديث، ولأنه مسلم مميز، فصح أمانه، كالبالغ، وفارق المجنون، فإنه لا قول له أصلا.

(٧٤٨٠) فصل: ولا يصح أمان كافر، وإن كان ذميا؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ذمة المسلمين واحدة، يسعى بها أدناهم.» فجعل الذمة للمسلمين، فلا تحصل لغيرهم، ولأنه متهم على الإسلام وأهله، فأشبه الحربي. ولا يصح أمان مجنون، ولا طفل، لأن كلامه غير معتبر، ولا يثبت به حكم. ولا يصح أمان زائل العقل، بنوم أو سكر أو إغماء؛ لذلك، ولأنه لا يعرف المصلحة من غيرها، فأشبه المجنون.

ولا يصح من مكره؛ لأنه قول أكره عليه بغير حق، فلم يصح، كالإقرار. (٧٤٨١) فصل: ويصح أمان الإمام لجميع الكفار وآحادهم؛ لأن ولايته عامة على المسلمين. ويصح أمان الأمير لمن أقيم بإزائه من المشركين، فأما في حق غيرهم، فهو كآحاد المسلمين، لأن ولايته على قتال أولئك دون غيرهم.

ويصح أمان آحاد المسلمين للواحد، والعشرة، والقافلة الصغيرة، والحصن الصغير؛ لأن عمر - رضي الله عنه -." (١)

"أجاز أمان العبد لأهل الحصن الذي ذكرنا حديثه. ولا يصح أمانه لأهل بلدة، ورستاق، وجمع كثير؛ لأن ذلك يفضي إلى تعطيل الجهاد، والافتيات على الإمام. (٧٤٨٢) فصل: ويصح أمان الإمام للأسير بعد الاستيلاء عليه؛ لأن عمر - رضي الله عنه - لما قدم عليه بالهرمزان أسيرا، قال: لا بأس عليك، ثم أراد قتله، فقال له أنس: قد أمنته، فلا سبيل لك عليه. وشهد الزبير بذلك، فعدوه أمانا. رواه سعيد.

ولأن للإمام المن عليه، والأمان دون ذلك. فأما آحاد الرعية، فليس له ذلك. وهذا مذهب الشافعي. وذكر أبو الخطاب، أنه يصح أمانه؛ لأن زينب ابنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أجارت زوجها أبا العاص بن الربيع بعد أسره، فأجاز النبي - صلى الله عليه وسلم - أمانها. وحكي هذا عن الأوزاعي. **ولنا**، أن أمر

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤٢

الأسير مفوض إلى الإمام، فلم يجز الافتيات عليه فيما يمنعه ذلك، كقتله.

وحديث زينب في أمانها، إنما صح بإجازة النبي - صلى الله عليه وسلم - (٧٤٨٣) فصل: وإذا شهد للأسير اثنان أو أكثر من المسلمين، أنهم أمنوه، قبل، إذا كانوا بصفة الشهود. وقال الشافعي: لا تقبل شهادتهم؛ لأنهم يشهدون على فعل أنفسهم. ولنا، أنهم عدول من المسلمين، غير متهمين، شهدوا بأمانه، فوجب أن يقبل كما لو شهدوا على غيرهم أنه أمنه.

وما ذكروه لا يصح، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل شهادة المرضعة على فعلها، في حديث عقبة بن الحارث. وإن شهد واحد أني أمنته. فقال القاضي: قياس قول أحمد، أنه يقبل، كما لو قال الحاكم بعد عزله: كنت حكمت لفلان على فلان بحق. قبل قوله. وعلى قول أبي الخطاب: يصح أمانه، فقبل خبره به، كالحاكم في حال ولايته. وهذا قول الأوزاعي. ويحتمل أن لا يقبل؛ لأنه ليس له أن يؤمنه في الحال، فلم يقبل إقراره به، كما لو أقر بحق على غيره. وهذا قول الشافعي، وأبي عبيدة.

[فصل جاء المسلم بمشرك ادعى أنه أسره وادعى الكافر أنه أمنه]

(٧٤٨٤) فصل إذا جاء المسلم بمشرك ادعى أنه أسره، وادعى الكافر أنه أمنه، ففيها ثلاث روايات إحداهن، القول قول المسلم؛ لأن الأصل معه فإن الأصل إباحة دم الحربي، وعدم الأمان.." [١]

"والثانية، القول، قول الأسير؛ لأنه يحتمل صدقه وحقن دمه، فيكون هذا شبهة تمنع من قتله. وهذا اختيار أبي بكر. والثالثة، يرجع إلى قول من ظاهر الحال يدل على صدقه؛ فإن كان الكافر ذا قوة، معه سلاحه، فالظاهر صدقه، وإن كان ضعيفا مسلوبا سلاحه، فالظاهر كذبه، فلا يلتفت إلى قوله.

وقال أصحاب الشافعي: لا يقبل قوله وإن صدقه المسلم؛ لأنه لا يقدر على أمانه، فلا يقبل إقراره به. ولنا أنه كافر، لم يثبت أسره، ولا نازعه فيه منازع، فقبل قوله في الأمان، كالرسول.

[فصل طلب الأمان ليسمع كلام الله]

(٧٤٨٥) فصل ومن طلب الأمان ليسمع كلام الله، ويعرف شرائع الإسلام وجب أن يعطاه، ثم يرد إلى مأمنه. لا نعلم في هذا خلافا. وبه قال قتادة، ومكحول، والأوزاعي، والشافعي. وكتب عمر بن عبد العزيز بذلك إلى الناس؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿وإن أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤٣

ثم أبلغه مأمنه﴾]التوبة: ٦] . قال الأوزاعي: هي إلى يوم القيامة. ويجوز عقد الأمان للرسول والمستأمن؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يؤمن رسل المشركين.

ولما جاءه رسولا مسيلمة، قال: «لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتكما» . ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فإننا لو قتلنا رسلهم، لقتلوا رسلنا، فتفوت مصلحة المراسلة. ويجوز عقد الأمان لكل واحد منهما مطلقا ومقيدا بمدة، سواء كانت طويلة أو قصيرة، بخلاف الهدنة، فإنها لا تجوز إلا مقيدة؛ لأن في جوازها مطلقا تركا للجهاد، وهذا بخلافه.

قال القاضي: ويجوز أن يقيموا مدة الهدنة بغير جزية. قال أبو بكر: وهذا ظاهر كلام أحمد؛ لأنه قيل له: قال الأوزاعي: لا يترك المشرك في دار الإسلام إلا أن يسلم أو يؤدي. فقال أحمد إذا أمنته، فهو على ما أمنته. وظاهر هذا أنه خالف قول الأوزاعي. وقال أبو الخطاب: عندي أنه لا يجوز أن يقيم سنة بغير جزية. وهذا قول الأوزاعي، والشافعي؛ لقول الله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] . ووجه الأول، أن هذا كافر أبيح له الإقامة في دار الإسلام، من غير التزام جزية، فلم تلزمه جزية، كالنساء والصبيان، ولأن الرسول لو كان ممن لا يجوز أخذ الجزية منه، يستوي في حقه السنة وما دونها، في أن الجزية لا تؤخذ منه في المدتين، فإذا جازت له الإقامة في إحداهما، جازت في الأخرى، قياسا لها عليها. وقوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩] . أي يلتزمونها، ولم يرد حقيقة الإعطاء، وهذا مخصوص منها بالاتفاق، فإنه يجوز له الإقامة من غير التزام لها، ولأن الآية تخصصت بما دون الحول، فنقيس على المحل المخصوص.." (١)

"[فصل دخل حربي دار الإسلام بأمان فأودع ماله]

(٧٤٨٦) فصل وإذا دخل حربي دار الإسلام بأمان، فأودع ماله مسلما أو ذميا، أو أقرضهما إياه، ثم عاد إلى دار الحرب، نظرنا؛ فإن دخل تاجرا، أو رسولا، أو متنزها، أو لحاجة يقضيها ثم يعود إلى دار الإسلام، فهو على أمانه في نفسه وماله؛ لأنه لم يخرج بذلك عن نية الإقامة بدار الإسلام، فأشبه الذمي إذا دخل لذلك، وإن دخل مستوطنا، بطل الأمان في نفسه، وبقي في ماله؛ لأنه بدخوله دار الإسلام بأمان؛ ثبت الأمان لماله الذي معه، فإذا بطل في نفسه بدخوله دار الحرب، بقي في ماله؛ لاختصاص المبطل بنفسه، فيخص البطلان به.

فإن قتل: فإنما يثبت الأمان لماله تبعا، فإذا بطل في المتبوع، بطل في التبع. قلنا: بل يثبت له الأمان لمعنى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٤/٩

وجد فيه، وهو إدخاله معه، وهذا يقتضي ثبوت الأمان له. وإن لم يثبت في نفسه، بدليل ما لو بعثه مع مضارب له أو وكيل، فإنه يثبت الأمان. ولم يثبت الأمان في نفسه، ولم يوجد فيه ها هنا ما يقتضي الأمان فيه، فبقي على ما كان عليه. ولو أخذه معه إلى دار الحرب لنقض الأمان فيه، كما ينتقض في نفسه، لوجود المبطل منهما.

فإذا ثبت هذا، فإن صاحبه إن طلبه بعث إليه، وإن تصرف فيه ببيع أو هبة أو غيرهما، صح تصرفه. وإن مات في دار الحرب انتقل إلى وارثه، ولم يبطل الأمان فيه. وقال أبو حنيفة: يبطل فيه. وهو قول الشافعي؛ لأنه قد صار لوارثه، ولم يعقد فيه أمانا، فوجب أن يبطل فيه، كسائر أمواله. **ولنا**، أن الأمان حق له لازم متعلق بالمال، فإذا انتقل إلى الوارث، انتقل لحقه، كسائر الحقوق؛ من الرهن، والضمين، والشفعة.

وهذا اختيار المزني. ولأنه مال له أمان، فينتقل إلى وارثه مع بقاء الأمان فيه، كالمال الذي مع مضاربه. وإن لم يكن له وارث، صار فيئا لبيت المال. فإن كان له وارث في دار الإسلام، فقال القاضي: لا يرثه، لاختلاف الدارين. والأولى أنه يرثه؛ لأن ملتهما واحدة، فيرثه كالمسلمين، وإن مات المستأمن في دار الإسلام، فهو كما لو مات في دار الحرب، سواء؛ لأن المستأمن حربي تجري عليه أحكامهم.

وإن رجع إلى دار الحرب، فسبي واسترق، فقال القاضي: يكون ماله موقوفا حتى يعلم آخر أمره، بموت أو غيره، فإن مات كان فيئا؛ لأن الرقيق لا يورث، وإن عتق كان له، وإن لم يسترق، ولكن من عليه الإمام، أو فاداه، فماله له، وإن قتله، فماله لورثته، وإن لم يسب ولكن دخل دار الإسلام بغير أمان، ليأخذ ماله، جاز قتله وسبيه؛ لأن ثبوت الأمان لماله لا يثبت الأمان له، كما لو كان ماله وديعة بدار الإسلام وهو مقيم بدار الحرب.." (١)

"[فصل سرق المستأمن في دار الإسلام]

(٧٤٨٧) فصل وإذا سرق المستأمن في دار الإسلام، أو قتل، أو غصب، ثم عاد إلى وطنه في دار الحرب، ثم خرج مستأمنا مرة ثانية، استوفي منه ما لزمه في أمانه الأول. وإن اشترى عبدا مسلما، فخرج به إلى دار الحرب، ثم قدر عليه، لم يغنم؛ لأنه لم يثبت ملكه عليه، لكون الشراء باطلا، ويرد بائعه الثمن إلى الحربي؛ لأنه حصل في أمان، فإن كان العبد تالفا، فعلى الحربي قيمته، ويترادان الفضل.

[فصل دخلت الحربية إلينا بأمان فتزوجت ذميا في درانا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٥/٩

فصل: وإذا دخلت الحربية إلينا بأمان، فتزوجت ذميا في دارنا، ثم أرادت الرجوع، لم تمنع، إذا رضي زوجها أو فارقها. وقال أبو حنيفة، تمنع. **ولنا**، أنه عقد لا يلزم الرجل المقام به، فلا يلزم المرأة كعقد الإجارة.

[مسألة طلب الأمان ليفتح الحصن]

(٧٤٨٩) مسألة قال: (ومن طلب الأمان ليفتح الحصن، ففعل، فقال كل واحد منهم: أنا المعطي. لم يقتل واحد منهم) وجملته أن المسلمين إذا حصروا حصنا، فناداهم رجل: آمنوني أفتح لكم الحصن. جاز أن يعطوه أمانا؛ فإن زياد بن لبيد لما حصر النجير، قال الأشعث بن قيس: أعطوني الأمان لعشرة، أفتح لكم الحصن. ففعلوا.

فإن أشكل الذي أعطى الأمان، وادعاه كل واحد من أهل الحصن، فإن عرف صاحب الأمان، عمل على ذلك، وإن لم يعرف، لم يجز قتل واحد منهم؛ لأن كل واحد منهم يحتمل صدقه، وقد اشتبه المباح بالمحرم فيما لا ضرورة إليه، فحرم الكل، كما لو اشتبهت ميتة بمذكاة، أو أخته بأجنبيات، أو اشتبه زان محصن برجال معصومين. وبهذا قال الشافعي، ولا أعلم فيه خلافا. وفي استرقاقهم وجهان؛ أحدهما، يحرم. وذكر القاضي أن أحمد نص عليه. وهو مذهب الشافعي؛ لما ذكرنا في القتل، فإن استرقاق من لا يحل استرقاقه محرم.

والثاني، يقرع بينهم، فيخرج صاحب الأمان بالقرعة، ويسترق الباقون. قاله أبو بكر؛ لأن الحق لواحد منهم غير معلوم، فيقرع بينهم، كما لو أعتق عبدا من عبيده وأشكل، ويخالف القتل، فإنه إراقة دم تندرئ بالشبهات، بخلاف الرق، ولهذا يمنع القتل في النساء والصبيان دون الاسترقاق. وقال الأوزاعي: إذا أسلم واحد من أهل الحصن قبل فتحه، أشرف علينا، ثم أشكل، فادعى كل واحد منهم أنه الذي أسلم:." [(١)]

"الفارس فارس، والراجل راجل. لأنه دخل في الحرب بنية القتال، فلا يتغير سهمه بذهاب دابته، أو حصول دابة له، كما لو كان بعد القتال.

ولنا، أن الفرس حيوان يسهم له، فاعتبر وجوده حال القتال، فيسهم له مع الوجود فيه، ولا يسهم له مع العدم، كالآدمي، والأصل في هذا أن حالة استحقاق السهم حالة تقتضي الحرب، بدليل قول عمر الغنيمة لمن شهد الوقعة.

ولأنها الحال التي يحصل فيها الاستيلاء الذي هو سبب الملك، بخلاف ما قبل ذلك، فإن الأموال في

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤٦

أيدي أصحابها، ولا ندري هل يظفر بهم أو لا؟ ولأنه لو مات بعض المسلمين قبل الاستيلاء، لم يستحق شيئا، ولو وجد مدد في تلك الحال، أو انفلت أسير فلحق بالمسلمين، أو أسلم كافر فقاتلوا، استحقوا السهم، فدل على أن الاعتبار بحالة الإحراز، فوجب اعتباره دون غيره.

[مسألة سهم الفارس والفرس في الغنيمة]

(٧٤٩٣) قال: (ويعطي ثلاثة أسهم؛ سهم له، وسهمان لفرسه) أكثر أهل العلم على أن الغنيمة تقسم للفارس منها ثلاثة أسهم؛ سهم له، وسهمان لفرسه، وللراجل سهم.

قال ابن المنذر: هذا مذهب عمر بن عبد العزيز، والحسن، وابن سيرين، وحسين بن ثابت، وعوام علماء الإسلام في القديم والحديث؛ منهم مالك ومن تبعه من أهل المدينة، والثوري ومن وافقه من أهل العراق، والليث بن سعد ومن تبعه من أهل مصر، والشافعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وأبو يوسف، ومحمد، وقال أبو حنيفة: للفرس سهم واحد.

لما روى مجمع بن جارية، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قسم خيبر على أهل الحديبية، فأعطى الفارس سهمين، وأعطى الراجل سهما. رواه أبو داود. ولأنه حيوان ذو سهم، فلم يزد على سهم، كالآدمي.

ولنا، ما روى ابن عمر، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم؛ سهمان لفرسه، وسهم له متفق عليه.

وعن أبي رهم وأخيه، أنهما كانا فارسين يوم خيبر، فأعطيا ستة أسهم؛ أربعة أسهم لفرسيهما، وسهمين لهما. رواه سعيد بن منصور، وعن ابن عباس – رضي الله عنه – أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أعطى الفارس ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما. وقال خالد الحذاء: لا يختلف فيه عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه أسهم هكذا للفرس سهمين، ولصاحبه سهما، وللراجل سهما. وكتب عمر بن عبد العزيز إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن: أما بعد؛ فإن سهمان الخيل مما فرض رسول الله – صلى الله عليه وسلم – سهمين للفرس، وسهما للراجل، ولعمري لقد كان حديثا ما أشعر أن أحدا من المسلمين هم بانتقاض ذلك، فمن هم بانتقاض فعاقبه، والسلام عليك. رواهما سعيد، والأثرم.." (١)

"وقامت مقام الخيل؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يسهم لها، ولا أحد من خلفائه، ولأنها مما لا يجوز المسابقة عليه بعوض، فلم يسهم لها، كالبقر. (٧٤٩٨) فصل: وينبغي للإمام أن يتعاهد الخيل

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٤٨

عند دخول الحرب، فلا يدخل إلا شديدا، ولا يدخلها حطما، ولا ضعيفا، ولا ضرعا، ولا أعجف رازحا.

فإن شهد أحد الوقعة على واحد من هذه لم يسهم له. وبه قال مالك. وقال الشافعي: يسهم له؛ كما يسهم للمريض. ولنا، أنه لا ينتفع به، فلم يسهم له، كالرجل المخذل والمرجف، ولأنه حيوان يتعين منع دخوله، فلم يسهم له، كالمرجف.

وأما المريض الذي لا يتمكن من القتال، فإن خرج بمرضه عن كونه من أهل الجهاد، كالزمن والأشل والمفلوج، فلا سهم له؛ لأنه لم يبق من أهل الجهاد، وإن لم يخرج بمرضه عن ذلك، كالمحموم، ومن به الصداع، فإنه يسهم له؛ لأنه من أهل الجهاد، ويعين برأيه، وتكثيره، ودعائه.

[مسألة مات بعد إحراز الغنيمة]

(٧٤٩٩) مسألة؛ قال: (ومن مات بعد إحراز الغنيمة، قام وارثه مقامه في سهمه) وجملته أن الغازي إذا مات أو قتل، نظرت؛ فإن كان قبل حيازة الغنيمة، فلا سهم له؛ لأنه مات قبل ثبوت ملك المسلمين عليها، سواء مات حال القتال أو قبله، وإن مات بعد ذلك، فسهمه لورثته. وقال أبو حنيفة: إن مات قبل إحراز الغنيمة في دار الإسلام، أو قسمها في دار الحرب، فلا شيء له؛ لأن ملك المسلمين لا يتم عليها إلا بذلك.

وقال الأوزاعي: إن مات بعدما يدرب قاصدا في سبيل الله قبل أو بعد، أسهم له. وقال الشافعي، وأبو ثور: إن حضر القتال أسهم له، سواء مات قبل حيازة الغنيمة أو بعدها، وإن لم يحضر فلا سهم له. ونحوه قال مالك، والليث. ولنا، أنه إذا مات قبل حيازتها، فقد مات قبل ملكها، وثبوت اليد عليها، فلم يستحق شيئا، وإن مات بعدها، فقد مات بعد الاستيلاء عليها، في حال لو قسمت صحت قسمتها، وكان له سهمه منها، فيجب أن يستحق سهمه فيها، كما لو مات بعد إحرازها في دار الإسلام.

وإذا ثبت أنه يستحقه، فيكون لورثته، كسائر أملاكه وحقوقه.." (١)

"[فصل انفرد بالغنيمة من لا يسهم له]

(٧٥٠٦) فإن انفرد بالغنيمة من لا يسهم له، مثل عبيد دخلوا دار الحرب فغنموا، أو صبيان، أو عبيد وصبيان، أخذ خمسه، وما بقي لهم. ويحتمل أن يقسم بينهم؛ للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم؛ لأنهم تساووا، فأشبهوا الرجال الأحرار. ويحتمل أن يقسم بينهم على ما يراه الإمام من المفاضلة؛ لأنهم لا تجب

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٥٢

التسوية بينهم مع غيرهم، فلا تجب مع الانفراد، قياسا لإحدى الحالتين على الأخرى. وإن كان فيهم رجل حر، أعطي سهما، وفضل عليهم، بقدر ما يفضل الأحرار على العبيد والصبيان في غير هذا الموضع، ويقسم الباقي بين من بقي على ما يراه الإمام من التفضيل؛ لأن فيهم من له سهم، بخلاف التي قبلها.

[مسألة يسهم للكافر إذا غزا معنا]

(٧٥٠٧) قال: (ويسهم للكافر، إذا غزا معنا) اختلفت الرواية في الكافر يغزو مع الإمام بإذنه، فروي عن أحمد، أنه يسهم له كالمسلم. وبهذا قال الأوزاعي. والزهري، والثوري، وإسحاق، قال الجوزجاني: هذا مذهب أهل الثغور، وأهل العلم بالصوائف والبعوث. وعن أحمد لا يسهم له.

وهو مذهب مالك، والشافعي، وأبي حنيفة؛ لأنه من غير أهل الجهاد، فلم يسهم له، كالعبد، ولكن يرضخ له، كالعبد. ولنا ما روى الزهري، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – استعان بناس من اليهود في حربه، فأسهم لهم. رواه سعيد، في " سننه ". وروي: أن صفوان بن أمية، خرج مع النبي – صلى الله عليه وسلم – يوم خيبر، وهو على شركه، فأسهم له، وأعطاه من سهم المؤلفة، ولأن الكفر نقص في الدين، فلم يمنع استحقاق السهم، كالفسق، وبهذا فارق العبد؛ فإن نقصه في دنياه وأحكامه.

وإن غزا بغير إذن الإمام، فلا سهم له لأنه غير مأمون على الدين، فهو كالمرجف، وشر منه. وإن غزا جماعة من الكفار وحدهم فغنموا، فيحتمل أن تكون غنيمتهم لهم، لا خمس فيها؛ لأن هذا اكتساب مباح، لم يؤخذ على وجه الجهاد، فكان لهم، لا خمس فيه، كالاحتشاش والاحتطاب. ويحتمل أن يؤخذ خمسه، والباقي لهم؛ لأنه غنيمة قوم من أهل دار الإسلام، فأشبه غنيمة المسلمين.

[فصل لا يستعان بمشرك في الحرب]

(٧٥٠٨) فصل: ولا يستعان بمشرك. وبهذا قال ابن المنذر، والجوزجاني، وجماعة من أهل العلم. وعن أحمد ما يدل على جواز الاستعانة به. وكلام الخرقي يدل عليه أيضا عند الحاجة، وهو مذهب الشافعي؛ لحديث الزهري الذي." (١)

"النقالين والحافظين لها. والثاني، هو من أربعة الأخماس؛ لأنه استحق بحضور الوقعة، فأشبه سهام الغانمين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٦/٩

وللشافعي قولان، كهذين.

[فصل أول ما يبدأ في قسمة الغنائم]

(٧٥١١) أول ما يبدأ في قسمة الغنائم بالأسلاب، فيدفعها إلى أهلها؛ لأن صاحبها معين، ثم بمؤنة الغنيمة؛ من أجرة النقال والحمال والحافظ والمخزن، ثم بالرضخ، على أحد الوجهين، وفي الآخر بالخمس، ثم بالأنفال من أربعة الأخماس، ثم يقسم بقية أربعة الأخماس بين الغانمين. وإنما قدمنا قسمة أربعة الأخماس على قسمة الخمس، لستة معان؛ أحدها، أن أهلها حاضرون، وأهل الخمس غائبون.

الثاني؛ أن رجوع الغانمين إلى أوطانهم يقف على قسمة الغنيمة، وأهل الخمس في أوطانهم، فكان الاشتغال بقسم نصيبهم ليعودوا إلى أوطانهم أولى. الثالث، أن الغنيمة حصلت بتحصيل الغانمين وتعبهم، فصاروا بمنزلة من استحقها بعوض، وأهل الخمس بخلافه، فكان أهل الغنيمة أولى. الرابع، أنه إذا قسم الغنيمة بين الغانمين، أخذ كل إنسان نصيبه، فحمله، واهتم به، وكفى الإمام مؤنته، والخمس إذا قسم ليس له من يكفي الإمام مؤنته، فلا تحصل الفائدة بقسمته، بل كان يحمله مجتمعا، فصار يحمله متفرقا، فكان تأخير قسمته أولى.

الخامس، أن الخمس لا يمكن قسمه بين أهله كلهم؛ لأنه يحتاج إلى معرفتهم وعددهم، ولا يمكن ذلك مع غيبتهم. السادس؛ أن الغانمين ينتفعون بسهامهم، ويتمكنون من التصرف فيها لحضورهم، بخلاف أهل الخمس.

[مسألة غزا العبد على فرس لسيده]

(٧٥١٢) قال: (وإذا غزا العبد على فرس لسيده، قسم للفرس، فكان لسيده، ويرضخ للعبد) . أما الرضخ للعبد، فكما تقدم، وأما الفرس التي تحته، فيستحق مالكها سهمها، فإن كان معه فرسان أو أكثر، أسهم لفرسين، ويرضخ للعبد. نص على هذا أحمد.

وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يسهم للفرس؛ لأنه تحت من لا يسهم له، فلم يسهم له، كما لو كان تحت مخذل. ولنا، أنه فرس حضر الوقعة، وقوتل عليه، فاستحق السهم، كما لو كان السيد راكبه. إذا ثبت هذا، فإن سهم الفرس ورضخ العبد لسيده؛ لأنه مالكه ومالك فرسه، وسواء حضر السيد القتال أو غاب عنه. وفارق فرس المخذل؛ لأن الفرس له فإذا لم يستحق شيئا بحضوره، فلأن لا يستحق بحضور فرسه أولى.

[فصل غزا الصبي على فرس أو المرأة أو الكافر]

(٧٥١٣) وإن غزا الصبي على فرس، أو المرأة أو الكافر إذا قلنا: لا يستحق إلا الرضخ. لم يسهم للفرس، في ظاهر قول أصحابنا؛ لأنهم قالوا: لا يبلغ بالرضخ للفارس سهم فارس. وظاهر هذا أنه يرضخ له ولفرسه ما لا يبلغ سهم الفارس. ولأن سهم الفرس له، فإذا لم يستحق السهم بحضوره، فبفرسه أولى، بخلاف العبد، فإن الفرس لغيره.." (١)

"والرواية الثانية، لا يجوز. وهو القول الثاني للشافعي؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - كان يقسم الغنائم والخلفاء بعده، ولأن ذلك يقضي إلى اشتغالهم بالنهب عن القتال، وظفر العدو بهم، فلا يجوز، ولأن الاغتنام سبب لاستحقاقهم لها على سبيل التساوي، فلا يزول ذلك بقول الإمام، كسائر الاكتساب.
وأما قضية بدر، فإنها منسوخة، فإنهم اختلفوا فيها، فأنزل الله تعالى: ﴿يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول﴾ [الأنفال: ١]

[مسألة الغنيمة لمن حضر الموقعة]

(٧٥٢١) مسألة قال: (وإذا أحرزت الغنيمة، لم يكن فيها لمن جاءهم مددا، أو هرب من أسر حظ) وجملة ذلك أن الغنيمة لمن حضر الموقعة، فمن تجدد بعد ذلك من مدد يلحق بالمسلمين، أو أسر ينفلت من الكفار، فيلحق بجيش المسلمين، أو كافر يسلم، فلا حق لهم فيها. وبهذا قال الشافعي.
وقال أبو حنيفة في المدد: إن لحقهم قبل القسمة أو إحرازها بدار الإسلام، شاركهم؛ لأن تمام ملكها بتمام الاستيلاء، وهو الإحراز إلى دار الإسلام، أو قسمتها، فمن جاء قبل ذلك فقد أدركها قبل ملكها، فاستحل منها، كما لو جاء في أثناء الحرب.
وإن مات أحد من العسكر قبل ذلك، فلا شيء له؛ لما ذكرنا، وقد روى الشعبي، أن عمر - رضي الله عنه - كتب إلى سعد، أسهم لمن أتاك قبل أن تتفقأ قتلى فارس، **ولنا**، ما روى أبو هريرة، «أن أبان بن سعيد بن العاص وأصحابه، قدموا على رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بخيبر، بعد أن فتحها، فقال أبان: اقسم لنا يا رسول الله. فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: اجلس يا أبان. ولم يقسم له رسول الله - صلى الله عليه وسلم -» . رواه أبو داود
وعن طارق بن شهاب، أن أهل البصرة غزوا نهاوند، فأمدهم أهل الكوفة، فكتب في ذلك إلى عمر، -

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٨/٩

رضي الله عنه – فكتب عمر: إن الغنيمة لمن شهد الوقعة. رواه سعيد، في " سننه ". وروي نحوه عن عثمان في غزوة أرمينية، ولأنه مدد لحق بعد تقضي الحرب، أشبه ما لو جاء بعد القسمة، أو بعد إحرازها بدار الإسلام، ولأن سبب." (١)

"ملكها الاستيلاء عليها، وقد حصل قبل مجيء المدد. وقولهم: إن ملكها بإحرازها إلى دار الإسلام ممنوع، بل هو بالاستيلاء، وقد استولى عليها الجيش قبل المدد، وحديث الشعبي مرسل يرويه المجالد، وقد تكلم فيه، ثم هم لا يعملون به، ولا نحن، فقد حصل الإجماع منا على خلافه، فكيف يحتج به؟

(٧٥٢٢) فصل: وحكم الأسير يهرب إلى المسلمين حكم المدد، سواء قاتل أو لم يقاتل.

وقال أبو حنيفة: لا يسهم له إلا أن يقاتل؛ لأنه لم يأت للقتال بخلاف المدد. **ولنا**، أن من استحق إذا قاتل استحق وإن لم يقاتل، كالمدد، وسائر من حضر الوقعة.

(٧٥٢٣) فصل: وإن لحقهم المدد بعد تقضي الحرب، وقبل حيازة الغنيمة، أو جاءهم أسير، فظاهر كلام الخرقي، أنه يشاركهم؛ لأنه جاء قبل إحرازها.

وقال القاضي: تملك الغنيمة بانقضاء الحرب قبل حيازتها. فعلى هذا لا يسهم لهم. وإن حازوا الغنيمة، ثم جاءهم قوم من الكفار يقاتلونهم، فأدركهم المدد، فقاتلوا معهم، فقد نص أحمد، على أنه لا شيء للمدد. فإنه قال: إذا غنم المسلمون غنيمة، فلحقهم العدو وجاء المسلمين مدد، فقاتلوا العدو معهم حتى سلموا الغنيمة، فلا شيء لهم في الغنيمة؛ لأنهم إنما قاتلوا عن أصحابهم، ولم يقاتلوا عن الغنيمة؛ لأن الغنيمة قد صارت في أيديهم وحووها. قيل له: فإن أهل المصيصة غنموا ثم استنقذ منهم العدو، فجاء أهل طرسوس، فقاتلوا معهم حتى استنقذوه؟ فقال: أحب إلى أن يصطلحوا،.

أما في الصورة الأولى، فإن الأولين قد أحرزوا الغنيمة وملكوها بحيازتهم، فكانت لهم دون من قاتل معهم. أما في الصورة الثانية، فإنما حصلت الغنيمة بقتال الذين استنقذوها في المرة الثانية، فينبغي أن يشتركوا فيها، لأن الإحراز الأول قد زال بأخذ الكفار لها، ويحتمل أن الأولين قد ملكوها بالحيازة الأولى، ولم يزل ملكهم بأخذ الكفار لها منهم، فلهذا أحب أن يصطلحوا عليها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦١

[مسألة بعثه الأمير لمصلحة الجيش فلم يحضر الغنيمة]

(٧٥٢٤) مسألة؛ قال: ومن بعثه الأمير لمصلحة الجيش، فلم يحضر الغنيمة أسهم له.." [١]

"ولم يقفل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن غزاة قط أصاب فيها غنيمة إلا خمسه وقسمه من قبل أن يقفل، من ذلك غزوة بني المصطلق، وهوازن، وخيبر. ولأن كل دار صحت القسمة فيها جازت، كدار الإسلام، ولأن الملك ثبت فيها بالقهر والاستيلاء، فصحت قسمتها، كما لو أحرزت بدار الإسلام. والدليل على ثبوت الملك فيها أمور ثلاثة؛ أحدها، أن سبب الملك الاستيلاء التام، وقد وجد، فإننا أثبتنا أيدينا عليها حقيقة، وقهرناهم، ونفيناهم عنها، والاستيلاء يدل على حاجة المستولي، فيثبت الملك، كما في المباحات. الثاني، أن ملك الكفار قد زال عنها، بدليل أنه لا ينفذ عتقهم في العبيد الذين حصلوا في الغنيمة، ولا يصح تصرفهم فيها، ولم يزل ملكهم إلى غير مالك، إذ ليست في هذه الحال مباحة، علم أن ملكهم زال إلى الغانمين.

الثالث، أنه لو أسلم عبد الحربي، ولحق بجيش المسلمين، صار حرا، وهذا يدل على زوال ملك الكافر، وثبوت الملك لمن قهره، وبهذا يحصل الجواب عما ذكروه.

[مسألة التفريق بين الأم وولدها في قسمة الغنائم]

(٧٥٢٧) مسألة؛ قال: وإذا سبوا، لم يفرق بين الوالد وولده، ولا بين الوالدة وولدها أجمع أهل العلم على أن التفريق بين الأم وولدها الطفل غير جائز. هذا قول مالك في أهل المدينة، والأوزاعي في أهل الشام، والليث في أهل مصر، والشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي فيه.

والأصل فيه ما روى أبو أيوب، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «من فرق بين والدة وولدها، فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» . أخرجه الترمذي، وقال: حديث حسن غريب. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا توله والدة عن ولدها» . قال أحمد: لا يفرق بين الأم وولدها وإن رضيت.

وذلك والله أعلم لما فيه من الإضرار بالولد، ولأن المرأة قد ترضى بما فيه ضررها، ثم يتغير قلبها بعد ذلك فتندم. لا يجوز التفريق بين الأب وولده. وهذا قول أصحاب الرأي، ومذهب الشافعي. وقال بعض أصحابه: يجوز. وهو قول مالك، والليث؛ لأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه، ولأنه لا نص فيه، ولا هو في معنى

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٢/٩

المنصوص عليه، لأن الأم أشفق منه. **ولنا**، أنه أحد الأبوين، فأشبه الأم، ولا نسلم أنه ليس من أهل الحضانة. وظاهر كلام الخرقي، أنه لا فرق." (١)

"بين كون الولد كبيرا بالغا أو طفلا.

وهذه إحدى الروايتين عن أحمد؛ لعموم الخبر، ولأن الوالدة تتضرر بمفارقة ولدها الكبير، ولهذا حرم عليه الجهاد بدون إذنهما. والرواية الثانية، يختص تحريم التفريق بالصغير. وهو قول أكثر أهل العلم؛ منهم سعيد بن عبد العزيز، ومالك، والأوزاعي، والليث، وأبو ثور.

وهو قول الشافعي؛ لأن سلمة بن الأكوع أتى بامرأة وابنتها، فنفله أبو بكر ابنتها، فاستوهبها منه النبي - صلى الله عليه وسلم - فوهبها له، ولم ينكر التفريق بينهما. ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أهديت إليه مارية وأختها سيرين، فأمسك مارية، ووهب سيرين لحسان بن ثابت. ولأن الأحرار يتفرقون بعد الكبر، فإن المرأة تزوج ابنتها، فالعبيد أولى. وبما ذكرناه يتخصص عموم حديث النهي. واختلفوا في حد الكبر الذي يجوز معه التفريق، فروي عن أحمد: يجوز التفريق بينهما إذا بلغ الولد.

وهو قول سعيد بن عبد العزيز، وأصحاب الرأي، وقول الشافعي. وقال مالك: إذا أثغر. وقال الأوزاعي، والليث: إذا استغنى عن أمه، ونفع نفسه. وقال الشافعي، في أحد قوليه: إذا صار ابن سبع سنين أو ثمان سنين. وقال أبو ثور: إذا كان يلبس وحده، ويتوضأ وحده؛ لأنه إذا كان كذلك يستغني عن أمه، وكذلك خير الغلام بين أمه وأبيه إذا صار كذلك. ولأنه جاز التفريق بينهما بتخييره، فجاز بيعه وقسمته.

ولنا، ما روي عن عبادة بن الصامت، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يفرق بين الوالدة وولدها. فقيل: إلى متى؟ قال: حتى يبلغ الغلام، وتحيض الجارية» ولأن ما دون البلوغ مولى عليه، فأشبه الطفل.

(٧٥٢٨) فصل: وإن فرق بينهما بالبيع، فالبيع فاسد. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يصح البيع؛ لأن النهي لمعنى في غير المعقود عليه، فأشبه البيع في وقت النداء. **ولنا**، ما روى أبو داود، في " سننه "، بإسناده عن علي - رضي الله عنه - أنه فرق بين الأم وولدها، فنهاه رسول الله عن ذلك، ورد البيع. والأصل ممنوع، ولا يصح ما ذكروه، فإنه نهى عنه لما يلحق المبيع من الضرر، فهو لمعنى فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦٤

[مسألة والجد والجدة والأب سواء في تقسيم الغنائم]

(٧٥٢٩) مسألة؛ قال: (والجد في ذلك كالأب، والجدة فيه كالأم)." [١]

"وجملة ذلك أن الجد والجدة، في تحريم التفريق بينهما وبين ولد ولدهما، كالأبوين؛ لأن الجد أب، والجدة أم، ولذلك يقومان مقام الأبوين في استحقاق الحضانة والميراث والنفقة، فقاما مقامهما في تحريم التفريق، ويستوي في ذلك الجد والجدة من قبل الأب والأم؛ لأن للجميع ولادة ومحرمية، فاستووا في ذلك، كاستوائهم في منع شهادة بعضهم لبعض.

[مسألة التفريق بين الإخوة في تقسيم الغنائم]

مسألة؛ قال: (ولا يفرق بين أخوين، ولا أختين) وجملته أنه يحرم التفريق بين الإخوة في القسمة والبيع، وبهذا قال أصحاب الرأي. وقال مالك، والليث، والشافعي، وابن المنذر: يجوز؛ لأنها قرابة لا تمنع قبول الشهادة، فلم يحرم التفريق، كقرابة ابن العم. **ولنا**، ما روي عن علي - رضي الله عنه - قال: وهب لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - غلامين أخوين، فبعت أحدهما، فقال لي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «ما فعل غلامك؟ فأخبرته، فقال: رده، رده.» رواه الترمذي. وقال: هذا حديث حسن غريب.

وروى عبد الرحمن بن فروخ، عن أبيه، قال: كتب إلينا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -: لا تفرقوا بين الأخوين، ولا بين الأم وولدها، في البيع. لأنه ذو رحم محرم، فلم يجز التفريق بينهما، كالولد والوالد.

[فصل التفريق بين سائر الأقارب في تقسيم الغنائم]

(٧٥٣١) فصل: ويجوز التفريق بين سائر الأقارب، في ظاهر كلام الخرقي، وقال غيره من أصحابنا: لا يجوز التفريق بين ذوي رحم محرم، كالعمة مع ابن أخيها، والخالة مع ابن أختها؛ لما ذكرنا من القياس. **ولنا**، أن الأصل حل البيع والتفريق، ولا يصح القياس على الإخوة؛ لأنهم أقرب، ولذلك يحجبون غيرهم عن الميراث، فيبقى في من عداهم على مقتضى الأصل. فأما من ليس بينهما رحم محرم، فلا يمنع من التفريق بينهم عند أحد علمناه؛ لعدم النص فيهم، وامتناع القياس على المنصوص.

وكذلك يجوز التفريق بين الأم من الرضاع وولدها والأخت وأختها؛ لذلك، ولأن قرابة الرضاع لا توجب عتق أحدهما على صاحبه، ولا نفقة، ولا ميراثا، فلم تمنع التفريق، كالصداقة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦٥

(٧٥٣٢) فصل: وإذا كان في المغنم من لا يجوز التفريق بينهم، وكان قدرهم حصة واحد من الغانمين، دفعوا إلى واحد.." [١]

"منفردا، فيتبعه مع أحد أبويه، قياسا على ما لو أسلم أحد الأبوين، يحققه أن كل شخص غلب حكم إسلامه منفردا غلب مع أحد الأبوين، كالمسلم من الأبوين. الثالث، أن يسبى مع أبويه، فإنه يكون على دينهما. وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك، والشافعي.

وقال الأوزاعي: يكون مسلما؛ لأن السابي أحق به، لكونه ملكه بالسبي، وزالت ولاية أبويه عنه، وانقطع ميراثهما منه وميراثه منهما، فكان أولى به منهما. **ولنا**، قوله - عليه السلام -: «فأبواه يهودانه، أو ينصرانه، أو يمجسانه.» وهما معه، وملك السابي له لا يمنع اتباعه لأبويه، بدليل ما لو ولد في ملكه من عبده وأمته الكافرين.

[فصل سبي المتزوج من الكفار]

(٧٥٣٥) فصل: وإذا سبي المتزوج من الكفار، لم يخل من ثلاثة أحوال؛ أحدها، أن يسبى الزوجان معا، فلا ينفسخ نكاحهما. وبهذا قال أبو حنيفة، والأوزاعي. وقال مالك، والثوري، والليث، والشافعي، وأبو ثور: ينفسخ نكاحهما؛ لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] والمحصنات المزوجات ﴿إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] بالسبي، قال أبو سعيد الخدري: نزلت هذه الآية في سبي أوطاس. وقال ابن عباس: إلا ذوات الأزواج من المسبيات.

ولأنه استولى على محل حق الكافر، فزال ملكه، كما لو سباها وحدها. **ولنا**، أن الرق معنى لا يمنع ابتداء النكاح، فلا يقطع استدامته، كالعتق، والآية نزلت في سبايا أوطاس، وكانوا أخذوا النساء دون أزواجهن، وعموم الآية مخصوص بالمملوكة المزوجة في دار الإسلام، فيخص منه محل النزاع بالقياس عليه. الحال الثاني، أن تسبى المرأة وحدها، فينفسخ النكاح، بلا خلاف علمناه.

والآية دالة عليه، وقد روى أبو سعيد الخدري، قال: أصبنا سبايا يوم أوطاس، ولهن أزواج في قومهن، فذكر ذلك لرسول الله - صلى الله عليه وسلم - فنزلت: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] . رواه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن. إلا أن أبا حنيفة قال: إذا سبيت المرأة وحدها، ثم سبي زوجها بعدها بيوم، لم ينفسخ النكاح.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦٦

ولنا، أن السبب المقتضي للفسخ وجد، فانفسخ النكاح، كما لو سبي بعد شهر. الحال الثالث، سبي الرجل وحده، فلا ينفسخ النكاح؛ لأنه لا نص فيه، ولا القياس يقتضيه، وقد سبى النبي - صلى الله عليه وسلم - سبعين من الكفار يوم بدر، فمن على بعضهم، وفادى بعضا، فلم يحكم عليهم بفسخ." [١]

"أنكحتهم. ولأننا إذا لم نحكم بفسخ النكاح فيما إذا سبيا معا، مع الاستيلاء على محل حقه، فلأن لا ينفسخ نكاحه مع عدم الاستيلاء أولى. وقال أبو الخطاب: إذا سبي أحد الزوجين، انفسخ النكاح. ولم يفرق.

وبه قال أبو حنيفة؛ لأن الزوجين افترقت بهما الدار، وطرأ الملك على أحدهما، فانفسخ النكاح، كما لو سبيت المرأة وحدها. وقال الشافعي: إن سبي واسترق، انفسخ نكاحه، وإن من عليه أو فودي، لم ينفسخ. ولنا، ما ذكرناه، وأن السبي لم يزل ملكه عن ماله في دار الحرب، فلم يزله عن زوجته، كما لم يزله عن أمته.

(٧٥٣٦) فصل: ولم يفرق أصحابنا في سبي الزوجين، بين أن يسبيهما رجل واحد أو رجلان، وينبغي أن يفرق بينهما، فإنهما إذا كانا مع رجلين، كان مالك المرأة منفردا بها، ولا زوج معه لها، فتحل له؛ لقوله تعالى: ﴿والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٢٤] . وذكر الأوزاعي، أن الزوجين إذا سبيا، فهما على النكاح في المقاسم، فإن اشتراهما رجل، فله أن يفرق بينهما إن شاء، أو يقرهما على النكاح. ولنا، أن تجدد الملك في الزوجين لرجل لا يقتضي جواز الفسخ، كما لو اشترى زوجين مسلمين. إذا ثبت هذا، فإنه لا يحرم التفريق بين الزوجين في القسمة والبيع؛ لأن الشرع لم يرد بذلك.

[فصل أسلم الحربي في دار الحرب]

(٧٥٣٧) فصل: إذا أسلم الحربي في دار الحرب، حقن ماله ودمه وأولاده الصغار من السبي. وإن دخل دار الإسلام فأسلم، وله أولاد صغار في دار الحرب، صاروا مسلمين، ولم يجز سبيهم. وبه قال مالك، والشافعي، والأوزاعي.

وقال أبو حنيفة: ما كان في يديه من ماله ورقيقه ومتاعه وولده الصغار، ترك له، وما كان من أمواله بدار الحرب، جاز سبيهم؛ لأنه لم يثبت إسلامهم بإسلامه، لاختلاف الدارين بينهم، ولهذا إذا سبي الطفل وأبواه في دار الكفر، لم يتبعها، ويتبع سابيه في الإسلام، وما كان من أرض أو دار فهو فيء، وكذلك زوجته إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦٨

كانت كافرة، وما في بطنها فيء. **ولنا**، أن أولاده أولاد مسلم، فوجب أن يتبعوه في دار الإسلام، كما لو كانوا معه في الدار، ولأن ماله مال مسلم، فلا يجوز اغتنامه، كما لو كان في دار الإسلام، وبذلك يفارق مال الحربي وأولاده.

وما ذكره أبو حنيفة لا يلزم؛ فإننا نجعله تبعا للسابي؛ لأننا لا نعلم بقاء أبويه، فأما أولاده الكبار." (١)

"فلا يعصمهم؛ لأنهم لا يتبعونه، ولا يعصم زوجته لذلك، فإن سبيت صارت رقيقا، ولم ينفسخ نكاحه برقها، ولكن يكون حكمها في النكاح وفسخه حكم ما لو لم تسب، على ما مر في نكاح أهل الشرك فإن كانت حاملا من زوجها، لم يجز استرقاق الحمل، وكان حرا مسلما. وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يحكم برقه مع أمه؛ لأن ما سرى إليه العتق سرى إليه الرق، كسائر أعضائها. **ولنا**، أنه محكوم بحريته وإسلامه، فلم يجز استرقاقه، كالمنفصل، ويخالف الأعضاء؛ لأنها لا تنفرد بحكم عن الأصل.

(٧٥٣٨) فصل: وإذا أسلم الحربي في دار الحرب، وله مال وعقار، أو دخل إليها مسلم فابتاع عقارا أو مالا، فظهر المسلمون على ماله وعقاره لم يملكوه، وكان له. وبه قال مالك، والشافعي، وقال أبو حنيفة: يغنم العقار، وأما غيره، فما كان في يده أو يد مسلم، لم يغنم.

واحتج بأنها بقعة من دار الحرب، فجاز اغتنامها، كما لو كانت لحربي. **ولنا**، أنه مال مسلم، فأشبه ما لو كان في دار الإسلام.

[فصل استأجر المسلم أرضا من حربي ثم استولى عليها المسلمون]

(٧٥٣٩) فصل: إذا استأجر المسلم أرضا من حربي، ثم استولى عليها المسلمون، فهي غنيمة، ومنافعها للمستأجر؛ لأن المنافع ملك المسلم. فإن قيل: فلم أجزتم استرقاق الكافرة الحربية إذا كان زوجها قد أسلم، وفي استرقاقها إبطال حق زوجها؟ قلنا: يجوز استرقاقها؛ لأنها كافرة، ولا أمان لها، فجاز استرقاقها، كما لو لم تكن زوجة مسلم، ولا يبطل نكاحه، بل هو باق، ولأن منفعة النكاح لا تجري مجرى الأموال، بدليل أنها لا تضمن باليد، ولا يجوز أخذ العوض عنها، بخلاف حق الإجارة.

[فصل أسلم عبد الحربي أو أمته وخرج إلينا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦٩

(٧٥٤٠) فصل: إذا أسلم عبد الحربي أو أمته، وخرج إلينا، فهو حر، وإن أسر سيده وأولاده، وأخذ ماله، وخرج إلينا، فهو حر، والمال له، والسبي رقيقه. وإن أسلم وأقام بدار الحرب، فهو على رقه. وإن أسلمت أم ولد الحربي، وخرجت إلينا، عتقت، واستبرأت نفسها. وهذا قول أكثر أهل العلم.

قال ابن المنذر: وقال به كل من نحفظ عنه من أهل العلم، إلا أن أبا حنيفة قال في أم الولد: تزوج إن شاءت من غير استبراء. وأهل العلم على خلافه، لأنها أم ولد عتقت، فلم يجز أن تتزوج بغير استبراء، كما لو كانت لذمي. وروى سعيد بن منصور: حدثنا يزيد بن هارون، عن الحجاج، عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس، قال: كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يعتق العبيد إذا جاءوا قبل مواليهم.

وعن أبي سعيد الأعشم،." (١)

"أن رجلا وجد بعيرا له كان المشركون أصابوه، فقال له النبي – صلى الله عليه وسلم –: " إن أصبته قبل أن نقسمه، فهو لك، وإن أصبته بعدما قسم، أخذته بالقيمة.

ولأنه إنما امتنع أخذه له بغير شيء كي لا يفضي إلى حرمان أخذه من الغنيمة، أو يضيع الثمن على المشتري، وحقهما ينجبر بالثمن، فيرجع صاحب المال في عين ماله، بمنزلة مشتري الشقص المشفوع. إلا أن المحكي عن مالك وأبي حنيفة، أنه يأخذه بالقيمة. ويروى عن مجاهد مثله. والرواية الثانية عن أحمد، أنه إذا قسم فلا حق له فيه بحال.

نص عليه، في رواية أبي داود وغيره. وهو قول عمر، وعلي، وسلمان بن ربيعة، وعطاء، والنخعي، والليث. قال أحمد: أما قول من قال: هو أحق بالقيمة. فهو قول ضعيف عن مجاهد. وقال الشافعي: يأخذه صاحبه قبل القسمة وبعدها، ويعطى مشتريه ثمنه من خمس المصالح؛ لأنه لم يزل عن ملك صاحبه، فوجب أن يستحق أخذه بغير شيء، كما قبل القسمة. ويعطي من حسب عليه القيمة؛ لئلا يفضي إلى حرمان آخذه حقه من الغنيمة، وجعل من سهم المصالح؛ لأن هذا منها.

وهذا قول ابن المنذر. **ولنا**، ما روي أن عمر – رضي الله عنه – كتب إلى السائب: أيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه، فهو أحق به من غيره، وإن أصابه في أيدي التجار بعدما اقتسم، فلا سبيل له إليه. وقال سلمان بن ربيعة: إذا قسم فلا حق له فيه. رواهما سعيد، في " سننه ". ولأنه إجماع. قال أحمد: إنما قال الناس فيها قولين؛ إذا قسم فلا شيء له.

وقال قوم: إذا قسم فهو له بالثمن. فأما أن يكون له بعد القسمة بغير ذلك، فلم يقله أحد، ومتى ما انقسم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٧٠

أهل العصر على قولين في حكم، لم يجز إحداث قول ثالث، لأنه يخالف الإجماع، فلم يجز المصير إليه.
وقد روى أصحابنا عن ابن عمر، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال:
«من أدرك ماله قبل أن يقسم، فهو له، وإن أدركه بعد أن قسم، فليس له فيه شيء.» والمعمول على ما ذكرنا من الإجماع، وقولهم: لم يزل ملك صاحبه عنه. غير مسلم.." (١)

"وجد شيء موسوم عليه: حبس في سبيل الله، رد كما كان. نص عليه أحمد. وبه قال الأوزاعي، والشافعي. وقال الثوري: يقسم ما لم يأت صاحبه. **ولنا**، أن هذا قد عرف مصرفه وهو الحبس، فهو بمنزلة ما لو عرف صاحبه.

قيل لأحمد: فالجواميس تدرك وقد ساقها العدو للمسلمين، وقد ردت، يؤكل منها؟ قال: إذا عرف لمن هي، فلا يؤكل منها.

قيل لأحمد: فما حاز العدو للمسلمين، فأصابه المسلمون، أعليهم أن يقفوه حتى يتبين صاحبه؟ قال: إذا عرف فقيل: هو لفلان. وكان صاحبه بالقرب. قيل له: أصيب غلام في بلاد الروم، فقال: أنا لفلان؛ رجل؟ قال: إذا عرف الرجل، لم يقسم ماله، ورد على صاحبه. قيل له: أصبنا مركبا في بلاد الروم، فيها النواتية، قالوا: هذا لفلان، وهذا لفلان. قال: هذا قد عرف صاحبه، لا يقسم.

[فصل يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر]

(٧٥٤٤) فصل: قال القاضي: يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر. وهو قول مالك، وأبي حنيفة. وقال أبو الخطاب: لا يملكونها. وهو قول الشافعي. قال: وهو ظاهر كلام أحمد، حيث قال: إن أدركه صاحبه قبل القسمة؛ فهو أحق به. وإنما منعه أخذه بعد قسمه، لأن قسمة الإمام له تجري مجرى الحكم، ومتى صادف الحكم أمرا مجتهدا فيه، نفذ حكمه.

وحكي عن أحمد في ذلك روايتان، واحتج من قال: لا يملكونها بحديث ناقة النبي – صلى الله عليه وسلم – ولأنه مال معصوم، طرأت عليه يد عادية، فلم يملك بها، كالغصب، ولأن من لا يملك رقبة غيره بالقهر، لم يملك ماله به، كالمسلم مع المسلم. ووجه الأول، أن القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر، فملك به الكافر مال المسلم، كالبيع. فأما الناقة، فإنما أخذها النبي – صلى الله عليه وسلم – لأنه أدركها غير مقسومة ولا مشتراة. فعلى هذا، يملكونها قبل حيازتها إلى دار الكفر.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٧٢

وهو قول مالك. وذكر القاضي أنهم إنما يملكونها بالحيازة إلى دارهم. وهو قول أبي حنيفة. وحكي في ذلك عن أحمد روايتان. ووجه الأول، أن الاستيلاء سبب للملك، فيثبت قبل الحيازة إلى الدار، كاستيلاء المسلمين على مال الكفار، ولأن ما كان سببا للملك، أثبته حيث وجد، كالهبة والبيع.

وفائدة الخلاف في ثبوت الملك وعدمه، أن من أثبت الملك للكفار في أموال المسلمين، أباح للمسلمين إذا ظهروا عليها قسمتها، والتصرف فيها، ما لم يعلموا صاحبها، وأن الكافر إذا أسلم وهي في يده، فهو أحق بها.

ومن لم يثبت الملك، اقتضى مذهبه عكس ذلك. والله أعلم.." (١)

"[فصل الكافر الحربي إذا أسلم أو دخل إلينا بأمان]

(٧٥٤٥) فصل: ولا أعلم خلافا في أن الكافر الحربي، إذا أسلم، أو دخل إلينا بأمان، بعد أن استولى على مال مسلم فأتلفه، أنه لا يلزمه ضمانه. وإن أسلم وهو في يده، فهو له، بغير خلاف في المذهب؛ لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «من أسلم على شيء، فهو له» . وإن كان أخذه من المستولى عليه بهبة أو سرقة أو شراء، فكذلك؛ لأنه استولى عليه في حال كفره، فأشبه ما استولى عليه بقهره للمسلم. وعن أحمد، أن صاحبه يكون أحق به بالقيمة. وإن استولى على جارية مسلم فاستولدها، ثم أسلم، فهي له، وهي أم ولد له. نص عليه أحمد؛ لأنها مال، فأشبهت سائر الأموال.

وإن غنمها المسلمون وأولادها قبل إسلام سابيها، فعلم صاحبها، ردت إليه، وكان أولادها غنيمة؛ لأنهم أولاد كافر حدثوا بعد ملك الكافر لها.

[فصل أبق عبد المسلم إلى دار الحرب]

(٧٥٤٦) فصل: وإن استولوا على حر، لم يملكوه، سواء كان مسلما أو ذميا. لا أعلم في هذا خلافا؛ لأنه لا يضمن بالقيمة، ولا يثبت عليه يد بحال، وكل ما يضمن بالقيمة يملكونه بالقهر، كالعروض، والعبد القن، والمدبر، والمكاتب، وأم الولد. وقال أبو حنيفة: لا يملكون المكاتب وأم الولد؛ لأنهما لا يجوز نقل الملك فيهما، فهما كالحر. **ولنا**، أنهما يضمنان بالقيمة، فيملكونهما، كالعبد القن.

ويحتمل أن يملكوا المكاتب دون أم الولد؛ لأن أم الولد لا يجوز نقل الملك فيها، ولا يثبت فيها لغير سيدها. وفائدة الخلاف؛ أن من قال بثبوت الملك فيهما، قال: متى قسما، أو اشتراهما إنسان، لم يكن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٧٤

لسيدهما أخذهما إلا بالثمن. قال الزهري، في أم الولد: يأخذها سيدها بقيمة عدل. وقال مالك: يفديها الإمام، فإن لم يفعل، يأخذها سيدها بقيمة عدل، ولا يدعها يستحل فرجها من لا تحل له.

ومن قال: لا يثبت الملك فيهما. ردا إلى ما كانا عليه على كل حال، كالحر، وإن اشتراهما إنسان، فالحكم فيهما كالحكم في الحر إذا اشتراه.

(٧٥٤٧) فصل: إذا أبق عبد المسلم إلى دار الحرب، فأخذوه، ملكوه كالمال. وهذا قول مالك، وأبي يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: لا يملكونه. وعن أحمد مثل ذلك؛ لأنه إذا صار في دار الحرب، زالت يد مولاه عنه، وصار في يد نفسه، فلم يملك، كالحر.." [1]

"**ولنا**، أنه مال لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه، فإذا أخذوه من دار الحرب ملكوه، كالبهيمة.

[مسألة أخذ المسلمين شيئا له قيمة من دار الحرب]

(٧٥٤٨) مسألة؛ قال: (ومن قطع من مواتهم حجرا، أو عودا، أو صاد حوتا أو ظبيا، رده على سائر الجيش، إذا استغنى عن أكله، والمنفعة به) يعني إذا أخذ شيئا له قيمة من دار الحرب، فالمسلمون شركاؤه فيه. وبه قال أبو حنيفة، والثوري. وقال الشافعي: ينفرد آخذه بملكه؛ لأنه لو أخذه من دار الإسلام ملكه، فإذا أخذه من دار الحرب، ملكه، كالشيء التافه.

وهذا قول مكحول، والأوزاعي، ونقل ذلك عن القاسم، وسالم. **ولنا**، أنه مال ذو قيمة، مأخوذ من أرض الحرب بظهر المسلمين، فكان غنيمة، كالمطعومات، وفارق ما أخذوه من دار الإسلام، لأنه لا يحتاج إلى الجيش في أخذه. فأما إن احتاج إلى أكله، والانتفاع به، فله ذلك، ولا يرده؛ لأنه لو وجد طعاما مملوكا للكفار، كان له أكله إذا احتاج، فما أخذه من الصيود والمباحات أولى.

(٧٥٤٩) فصل: وإن أخذ من بيوتهم، أو خارج منها، ما لا قيمة له في أرضهم، كالمسن، والأقلام، والأحجار، والأدوية، فله أخذه، وهو أحق به، وإن صارت له قيمة بنقله أو معالجته. نص أحمد على نحو هذا. وبه قال مكحول، والأوزاعي، والشافعي.

وقال الثوري: إذا جاء به إلى دار الإسلام. دفعه في المقسم، وإن عالجه فصار له ثمن، أعطي بقدر عمله فيه، وبقيمته في المقسم. **ولنا**، أن القيمة إنما صارت له بعمله أو بنقله، فلم تكن غنيمة، كما لو لم تصر له قيمة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٧٥

[فصل ترك صاحب المقسم شيئا من الغنيمة عجزا عن حمله]

(٧٥٥٠) فصل: وإن ترك صاحب المقسم شيئا من الغنيمة، عجزا عن حمله، فقال: من أخذ شيئا فهو له. فمن حمل شيئا فهو له. نص عليه أحمد. وسئل عن قوم غنموا غنائم كثيرة، فيبقى خرثي المتاع، مما لا يباع ولا يشترى، فيدعه الوالي بمنزلة العقار والفخار وما أشبه ذلك، أيأخذه الإنسان لنفسه؟ قال: نعم، إذا ترك، ولم يشتر.

ونحو هذا قول مالك. ونقل عنه أبو طالب، في المتاع لا يقدرون على حمله: إذا حمله رجل يقسم. وهذا قول إبراهيم. قال الخلال: روى أبو طالب هذه في ثلاثة مواضع؛ في موضع منها وافق أصحابه، وفي موضع خالفهم.

قال: ولا شك أن أبا عبد الله قال هذا أولا، ثم تبين له بعد ذلك أن للإمام أن يبيحه وأن يحرمه، وأن لهم أن يأخذوه إذا تركه الإمام إذا لم يجد من يحمله؛ لأنه إذا لم يجد من يحمله، ولم يقدر على حمله، بمنزلة ما لا قيمة له، فصار كالذي ذكرناه في الفصل قبل هذا.." [١]

"[فصل وجد في دار الحرب ركازا]

(٧٥٥١) فصل: وإن وجد في أرضهم ركازا، فإن كان في موضع يقدر عليه بنفسه، فهو كما لو وجده في دار الإسلام، فيه الخمس، وباقيه له، وإن قدر عليه بجماعة المسلمين، فهو غنيمة. ونحو هذا قول مالك، والأوزاعي، والليث.

وقال الشافعي: إن وجده في مواتهم، فهو كما لو وجده في دار الإسلام. **ولنا**؛ ما روى عاصم بن كليب، عن أبي الجويرية الحرمي، قال: أصبت بأرض الروم جرة حمراء، فيها دنانير، في إمرة معاوية، وعلينا معن بن يزيد السلمي، فأتيته بها، فقسمها بين المسلمين، وأعطاني مثل ما أعطى رجلا منهم، ثم قال: لولا أني سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «لا نفل إلا بعد الخمس» . لأعطيتك. ثم أخذ يعرض علي من نصيبه، فأبيت. أخرجه أبو داود.

ولأنه مال مشرك، ظهر عليه بقوة جيش المسلمين، فكان غنيمة، كأموالهم الظاهرة.

[فصل قوم يكونون في حصن أو رباط فيخرج منهم قوم إلى قتالهم فيصيبون دواب أو سلاحا]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٧٦

(٧٥٥٢) فصل: وسئل أحمد، عن الدابة تخرج من بلد الروم، أو تنفلت، فتدخل القرية، وعن القوم يضلون عن الطريق، فيدخلون القرية من قرى المسلمين، فيأخذونهم؟ فقال يكونون لأهل القرية كلهم، يتقاسمونهم. وسئل عن قوم يكونون في حصن أو رباط، فيخرج منهم قوم إلى قتالهم، فيصيبون دواب أو سلاحا؟ فقال أبو عبد الله: تكون بين أهل الرباط وأهل الحضرة من القرية.

وسئل عن مركب بعث به ملك الروم، فيه رجاله، فطرحته الريح إلى طرطوس، فخرج إليه أهل طرطوس، فقتلوا الرجال، وأخذوا الأموال؟ فقال: هذا فيء المسلمين، مما أفاء الله عليهم. وقال الزهري: هو لمن غنمه، وفيه الخمس. وقال أبو الخطاب: من ضل الطريق منهم، أو حملته الريح إلينا، فهو لمن أخذه. في إحدى الروايتين؛ لأنه متاع أخذه أحد المسلمين بغير قوة مسلم، فكان له، كالحطب، والرواية الثانية، يكون فيئا.

فصل: ومن وجد في دارهم لقطة، فإن كانت من متاع المسلمين، فهي لقطة يعرفها سنة ثم يملكها، وإن كانت من متاع المشركين، فهي غنيمة، وإن احتمل الأمرين، عرفها حولا، ثم جعلها في الغنيمة، نص عليه أحمد. ويعرفها في بلد المسلمين، لأنها تحتمل الأمرين، فغلب فيها حكم مال المسلمين في التعريف، وحكم مال أهل الحرب في كونها غنيمة احتياطا.." (١)

"[مسألة تعلف فضلا عما يحتاج إليه]

(٧٥٥٤) مسألة؛ قال: (ومن تعلف فضلا عما يحتاج إليه، رده على المسلمين، فإن باعه، رد ثمنه في المقسم) أجمع أهل العلم، إلا من شذ منهم، على أن للغزاة إذا دخلوا أرض الحرب، أن يأكلوا مما وجدوا من الطعام، ويعلفوا دوابهم من أعلافهم؛ منهم سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن، والشعبي، والقاسم، وسالم، والثوري، والأوزاعي، ومالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وقال الزهري: لا يؤخذ إلا بإذن الإمام. وقال سليمان بن موسى: لا يترك إلا أن ينهى عنه الإمام، فيتقى نهيه. **ولنا**، ما روى عبد الله بن أبي أوفى، قال: أصبنا طعاما يوم خيبر، فكان الرجل يأخذ منه مقدار ما يكفيه، ثم ينصرف. رواه سعيد، وأبو داود، وروي أن صاحب جيش الشام، كتب إلى عمر: إنا أصبنا أرضا كثيرة الطعام والعلف، وكرهت أن أتقدم في شيء من ذلك. فكتب إليه: دع الناس يعلفون ويأكلون، فمن باع منهم شيئا بذهب أو فضة، ففيه خمس الله وسهام المسلمين. رواه سعيد. وقد روى عبد الله بن مغفل، قال: «دلي جراب من شحم يوم خيبر، فالتزمته، وقلت: والله لا أعطي أحدا منه شيئا. فالتفت، فإذا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يضحك، فاستحييت منه» . متفق عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٧/٩

ولأن الحاجة تدعو إلى هذا، وفي المنع منه مضرة بالجيش وبدوابهم، فإنه يعسر عليهم نقل الطعام والعلف من دار الإسلام، ولا يجدون بدار الحرب ما يشترونه، ولو وجدوه لم يجدوا ثمنه، ولا يمكن قسمة ما يأخذه الواحد منهم، ولو قسم لم يحصل للواحد منهم شيء ينتفع به، ولا يدفع به حاجته، فأباح الله تعالى لهم ذلك، فمن أخذ من الطعام شيئا مما يقتات أو يصلح به القوت، من الأدم وغيره، أو العلف لدابته، فهو أحق به، سواء كان له ما يستغني به عنه، أو لم يكن له، ويكون أحق بما يأخذه من غيره، فإن فضل منه ما لا حاجة به إليه، رده على المسلمين؛ لأنه إنما أبيح له ما يحتاج إليه.

وإن أعطاه أحد من أهل الجيش ما يحتاج إليه، جاز له أخذه، وصار أحق به من غيره. وإن باع شيئا من الطعام أو العلف، رد ثمنه في الغنيمة؛ لما ذكرنا من حديث عمر. وروي مثله عن فضالة بن عبيد. وبه قال سليمان بن موسى، والثوري، والشافعي.

وكره القاسم وسالم ومالك بيعه. قال القاضي: لا يخلو؛ إما أن يبيعه من غاز أو غيره، فإن باعه لغيره، فالبيع باطل؛ لأنه بيع مال الغنيمة بغير ولاية ولا نيابة، فيجب رد المبيع، ونقض البيع، فإن تعذر رده، رد قيمته، أو ثمنه إن كان أكثر من قيمته إلى المغنم.

وعلى هذا الوجه، كلام الخرقي. وإن باعه لغاز، لم يحل، إلا أن يبدله بطعام أو علف مما له الانتفاع به أو بغيره، فإن باعه بمثله، فليس هذا بيعا في الحقيقة، إنما سلم إليه مباحا، وأخذ مثله مباحا، ولكل واحد منهما." (١)

"الانتفاع بما أخذه، وصار أحق به؛ لثبوت يده عليه. فعلى هذا، لو باع صاعا بصاعين، وافترقا قبل القبض، جاز؛ لأنه ليس ببيع.

وإن باعه به نسيئة، أو أقرضه إياه، فأخذه، فهو أحق به، ولا يلزمه إيفاؤه، فإن وفاه، أو رده إليه، عادت اليد إليه، وإن باعه بغير الطعام والعلف، فالبيع أيضا غير صحيح، ويصير المشتري أحق به؛ لثبوت يده عليه، ولا ثمن عليه. وإن أخذ منه وجب رده إليه.

(٧٥٥٥) فصل: وإن وجد دهنا، فهو كسائر الطعام؛ لما ذكرنا من حديث ابن مغفل، ولأنه طعام، فأشبه البر والشعير.

وإن كان غير مأكول، فاحتاج أن يدهن به، أو يدهن دابته، فظاهر كلام أحمد جوازه، إذا كان من حاجة. قال أحمد، في زيت الروم: إذا كان من ضرورة أو صداع، فلا بأس، فأما التزين، فلا يعجبني، وقال الشافعي:

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٨/٩

ليس له دهن دابته من جرب ولا يوقحها إلا بالقيمة؛ لأن ذلك لا تعم الحاجة إليه. ويحتمل كلام أحمد مثل هذا؛ لأن هذا ليس بطعام ولا علف.

ووجه الأول، أن هذا مما لا يحتاج إليه لإصلاح نفسه ودابته، أشبه الطعام والعلف. وله أكل ما يتداوى به، وشرب الشراب من الجلاب والسكنجبين وغيرهما، عند الحاجة إليه؛ لأنه من الطعام. وقال أصحاب الشافعي: ليس له تناوله؛ لأنه ليس من القوت، ولا يصلح به القوت، ولأنه لا يباح مع عدم الحاجة إليه، فلا يباح مع وجودها، كغير الطعام. **ولنا**، أنه طعام احتيج إليه، أشبه الفواكه، وما ذكروه يبطل بالفاكهة، وإنما اعتبرنا الحاجة هاهنا، لأن هذا لا يتناول في العادة إلا عند الحاجة إليه.

(٧٥٥٦) فصل: قال أحمد: ولا يغسل ثوبه بالصابون؛ لأن ذلك ليس بطعام ولا علف، ويراد للتحسين والزينة، فلا يكون في معناهما.

ولو كان مع الغازي فهد أو كلب الصيد، لم يكن له إطعامه من الغنيمة، فإن أطعمها غرم قيمة ما أطعمها؛ لأن هذا يراد للتفرج والزينة، وليس مما يحتاج إليه في الغزو، بخلاف الدواب.." [١]

"[فصل لا يجوز لبس الثياب ولا ركوب دابة من المغنم]

(٧٥٥٧) فصل: ولا يجوز لبس الثياب، ولا ركوب دابة من المغنم، لما روى رويفع بن ثابت الأنصاري، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يركب دابة من فيء المسلمين، حتى إذا أعجفها ردها فيه، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يلبس ثوبا من فيء المسلمين، حتى إذا أخلقه رده فيه» . رواه سعيد. (٧٥٥٨) .

فصل: ولا يجوز الانتفاع بجلودهم، واتخاذ النعل والجرب منها، ولا الخيوط والحبال، وبهذا قال ابن محيريز، ويحيى بن أبي كثير، وإسماعيل بن عياش، والشافعي. ورخص في اتخاذ الجرب من جلود الغنم سليمان بن موسى. ورخص مالك في الإبرة، والحبل يتخذ من الشعر، والنعل والخف يتخذ من جلود البقر. **ولنا** ما روى قيس بن أبي حازم، أن رجلا أتى رسول الله بكبة من شعر من المغنم، فقال: يا رسول الله، إنا لنعمل الشعر، فهبها لي. قال: «نصيبي منها لك» . رواه سعيد.

وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «أدوا الخيط والمخيط؛ فإن الغلول نار وشنار يوم القيامة» . ولأن ذلك من الغنيمة، لا تدعو إلى أخذه حاجة عامة، فلم يجز أخذه، كالثياب.

(٧٥٥٩) فصل: فأما كتبهم، فإن كانت مما ينتفع به، ككتب الطب واللغة والشعر، فهي غنيمة، وإن كانت

---

(١) المغني ل ا بن قدامة ٩/٢٧٩

مما لا ينتفع به، ككتاب التوراة والإنجيل، فأمكن الانتفاع بجلودها أو ورقها بعد غسله، غسل، وهو غنيمة، وإلا فلا يجوز بيعها.

[فصل أخذوا من الكفار جوارح للصيد]

(٧٥٦٠) فصل: وإن أخذوا من الكفار جوارح للصيد، كالفهود والبزاة، فهي غنيمة تقسم. وإن كانت كلابا، لم يجز." (١)

"إحداهما، يجب؛ لأنه قتل مؤمنا خطأ، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] .

والثانية، لا دية له؛ لأنه قتل في دار الحرب برمي مباح، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] . ولم يذكر دية. وقال أبو حنيفة: لا دية له، ولا كفارة فيه؛ لأنه رمي أبيح مع العلم بحقيقة الحال، فلم يوجب شيئا، كرمي من أبيح دمه.

ولنا، الآية المذكورة، وأنه قتل معصوما بالإيمان، والقاتل من أهل الضمان، فأشبه ما لو لم يتترس به.

[مسألة تغريق النحل وتحريقه في دار الحرب]

(٧٥٨٠) مسألة؛ قال: ولا يغرقوا النحل وجملته أن تغريق النحل وتحريقه لا يجوز، في قول عامة أهل العلم؛ منهم الأوزاعي، والليث، والشافعي. وقيل لمالك: أنحرق بيوت نحلهم؟ قال: أما النحل فلا أدري ما هو؟ ومقتضى مذهب أبي حنيفة إباحته؛ لأن فيه غيظا لهم وإضعافا، فأشبه قتل بهائمهم حال قتالهم.

ولنا، ما روي عن أبي بكر الصديق، - رضي الله عنه - أنه قال ليزيد بن أبي سفيان، وهو يوصيه، حين بعثه أميرا على القتال بالشام: ولا تحرقن نحلا، ولا تغرقنه. وروي عن ابن مسعود، أنه قدم عليه ابن أخيه من غزاة غزاها، فقال: لعلك حرقت حرثا؟ قال: نعم. قال: لعلك غرقت نحلا؟ قال: نعم. قال: لعلك قتلت صبيا؟ قال: نعم. قال: ليكن غزوك كفافا. أخرجهما سعيد. ونحو ذلك عن ثوبان.

وقد ثبت «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن قتل النحلة، ونهى أن يقتل شيء من الدواب صبرا» . ولأنه إفساد، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿وإذا تولى سعى في الأرض ليفسد فيها ويهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد﴾ [البقرة: ٢٠٥] . ولأنه حيوان ذو روح، فلم يجز قتله لغيظ المشركين،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٨٠

كنسائهم وصبيانهم. وأما أخذ العسل وأكله فمباح؛ لأنه من الطعام المباح.

[مسألة لا يعقر شاة ولا دابة في دار الحرب]

(٧٥٨١) مسألة؛ قال: ولا يعقر شاة، ولا دابة، إلا لأكل لا بد لهم منه أما عقر دوابهم في غير حال الحرب، لمغايظتهم، والإفساد عليهم، فلا يجوز، سواء خفنا أخذهم لها أو لم نخف. وبهذا قال الأوزاعي، والليث، والشافعي، وأبو ثور.

وقال أبو حنيفة، ومالك: يجوز؛ لأن فيه غيظا لهم، وإضعافا لقوتهم، فأشبه قتلها حال قتالهم. **ولنا**، أن أبا بكر الصديق – رضي الله عنه – قال في وصيته ليزيد حين بعثه أميرا: يا يزيد، لا تقتل صبيا، ولا امرأة، ولا هرما، ولا تخربن عامرا، ولا تعقرن شجرا مثمرا، ولا دابة عجماء، ولا شاة، إلا لمأكلة، ولا تحرقن." [١]

"فجاء رجل بعد ذلك بزمام من شعر، فقال: يا رسول الله، هذا فيما كنا أصبنا من الغنيمة. فقال: سمعت بلالا نادى ثلاثا؟ . قال: نعم قال فما منعك أن تجيء به؟ . فاعتذر، فقال: كن أنت تجيء به يوم القيامة، فلن أقبله منك» . أخرجه أبو داود.

ولأن إحراق المتاع إضاعة له، وقد «نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن إضاعة المال.» **ولنا**؛ ما روى صالح بن محمد بن زرارة، قال: دخلت مع مسلمة أرض الروم، فأتي برجل قد غل، فسأل سالما عنه، فقال: سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – عن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «إذا وجدتم الرجل قد غل، فاحرقوا متاعه، واضربوه» . قال فوجدنا في متاعه مصحفا، فسأل سالما عنه، فقال: بعه، وتصدق بثمنه. أخرجه سعيد، وأبو داود، والأثرم.

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وأبا بكر وعمر أحرقوا متاع الغال» . فأما حديثهم، فلا حجة لهم فيه، فإن الرجل لم يعترف أنه أخذ ما أخذه على سبيل الغلول، ولا أخذه لنفسه، وإنما توانى في المجيء به، وليس الخلاف فيه، ولأن الرجل جاء به من عند نفسه تائبا معتذرا، والتوبة تجب ما قبلها، وتمحو الحوبة.

وأما النهي عن إضاعة المال، فإنما نهي عنه إذا لم تكن فيه مصلحة، فأما إذا كان فيه مصلحة، فلا بأس به، ولا يعد تضييعا، كإلقاء المتاع في البحر إذا خيف الغرق، وقطع يد العبد السارق، مع أن المال لا تكاد المصلحة تحصل به إلا بذهابه، فأكله إتلافه، وإنفاقه إذهابه، ولا يعد شيء من ذلك تضييعا ولا إفسادا،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٨٩

ولا ينهى عنه. وأما المصحف، فلا يحرق؛ لحرمته، ولما تقدم من قول سالم فيه، والحيوان لا يحرق؛ «لنهي النبي - صلى الله عليه وسلم - أن يعذب بالنار إلا ربها» ، ولحرمة الحيوان في نفسه، ولأنه لا يدخل في اسم المتاع المأمور بإحراقه. وهذا لا خلاف فيه. ولا تحرق آلة الدابة أيضا.
نص عليه أحمد؛ لأنه يحتاج إليها للانتفاع بها، ولأنها تابعة لما يحرق، فأشبه جلد المصحف وكيسه. وقال الأوزاعي: يحرق سرجه وإكافه.." [1]

"**ولنا**، أنه ملبوس حيوان، فلا يحرق، كثياب الغال. ولا تحرق ثياب الغال التي عليه؛ لأنه لا يجوز تركه عريانا، ولا ما غل؛ لأنه من غنيمة المسلمين. قيل لأحمد: فالذي أصاب في الغلول، أي شيء يصنع به؟ قال: يرفع إلى المغنم.
وكذلك قال الأوزاعي. ولا سلاحه؛ لأنه يحتاج إليه للقتال، ولا نفقته؛ لأن ذلك مما لا يحرق عادة، وجميع ذلك، أو ما أبقت النار من حديد أو غيره، فهو لصاحبه؛ لأن ملكه كان ثابتا عليه، ولم يوجد ما يزيله، وإنما عوقب بإحراق متاعه، فما لم يحترق يبقى على ما كان. ويحتمل أن يباع المصحف، ويتصدق به؛ لقول سالم فيه.
وإن كان معه شيء من كتب الحديث أو العلم، فينبغي أن لا تحرق أيضا؛ لأن نفع ذلك يعود إلى الدين، وليس المقصود الإضرار به في دينه، وإنما القصد الإضرار به في شيء من دنياه.

[فصل لم يحرق رحله حتى استحدث متاعا آخر الغنيمة]
(٧٦٠٤) فصل: وإن لم يحرق رحله حتى استحدث متاعا آخر، أو رجع إلى بلده، أحرق ما كان معه حال الغلول. نص عليه أحمد في الذي يرجع إلى بلده. قال: ينبغي أن يحرق ما كان معه في أرض العدو. وإن مات قبل إحراق رحله، لم يحرق. نص عليه أحمد؛ لأنها عقوبة، فتسقط بالموت، كالحدود، لأنه بالموت انتقل إلى ورثته، فإحراقه عقوبة لغير الجاني.
وإن باع متاعه، أو وهبه، احتمل أن لا يحرق؛ لأنه صار لغيره، أشبه ما لو انتقل عنه بالموت. واحتمل أن ينقض البيع والهبة ويحرق؛ لأنه تعلق به حق سابق على البيع والهبة، فوجب تقديمه، كالقصاص في حق الجاني.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٠٦

[فصل عدم إحراق متاع الغال في الغنيمة]
(٧٦٠٥) فصل: وإن كان الغال صبيا، لم يحرق متاعه. وبه قال الأوزاعي؛ لأن الإحراق عقوبة. وليس هو من أهلها، فأشبه الحد. وإن كان عبدا، لم يحرق متاعه؛ لأنه لسيده، فلا يعاقب سيده بجناية عبده. وإن استهلك ما غله، فهو في رقبته؛ لأنه من جنايته. وإن غلت امرأة أو ذمي أحرق متاعهم؛ لأنهما من أهل العقوبة، ولذلك يقطعان في السرقة، ويحدان في الزنى وغيره. وإن أنكر الغلول، وذكر أنه ابتاع ما بيده، لم يحرق متاعه، حتى يثبت غلوله ببينة أو إقرار؛ لأنه عقوبة به، فلا يجب قبل ثبوته بذلك، كالحد، ولا يقبل في بينته إلا عدلان؛ لذلك.
(٧٦٠٦) فصل: ولا يحرم الغال سهمه. وقال أبو بكر: في ذلك روايتان؛ إحداهما، يحرم سهمه؛ لأنه قد جاء في الحديث: يحرم سهمه. فإن صح، فالحكم له. وقال الأوزاعي، في الصبي يغل: يحرم سهمه، ولا يحرق متاعه. **ولنا**، أن سبب الاستحقاق موجود، فيستحق، كما لو لم يعلم، ولم يثبت حرمان سهمه في خبر، ولا قياس، فيبقى بحاله، ولا يحرق سهمه، لأنه ليس من رحله.." (١)
"كنت من سبي قريظة، فكانوا ينظرون، فمن أنبت الشعر قتل، ومن لم ينبت لم يقتل، فكنت في من لم ينبت» . أخرجه الأثرم، والترمذي. وقال: هذا حديث حسن صحيح. وعن كثير بن السائب، قال: «حدثني أبناء قريظة، أنهم عرضوا على النبي - صلى الله عليه وسلم - فمن كان منهم محتلما أو نبتت عانته قتل، ومن لا، ترك.» أخرجه الأثرم. وعن أسلم مولى عمر، أن عمر كان يكتب إلى أمراء الأجناد، أن لا يقتلوا إلا ممن جرت عليه المواسي، ولا يأخذوا الجزية إلا ممن جرت عليه المواسي.
وحكي عن الشافعي، أن هذا بلوغ في حق الكفار، لأنه لا يمكن الرجوع إلى قولهم في الاحتلام، وعدد السنين، وليس بعلامة عليه في حق المسلمين؛ لإمكان ذلك فيهم. **ولنا**، قول أبي نضرة، وعقبة بن عامر، حين اختلف في بلوغ تميم بن فرع المهري: انظروا، فإن كان قد أشعر، فاقسموا له. فنظر إليه بعض القوم، فإذا هو قد أنبت، فقسموا له. ولم يظهر خلاف هذا، فكان إجماعا.
ولأنه علم على البلوغ في حق الكافر، فكان علما عليه في حق المسلم كالعلمين الآخرين، ولأنه أمر يلازم البلوغ غالبا، فكان علما عليه، كالاحتلام. وقولهم: إنه يتعذر في حق الكافر معرفة الاحتلام والسن. قلنا: لا تتعذر معرفة السن في الذمي الناشئ بين المسلمين، ثم تعذر المعرفة لا يوجب جعل ما ليس بعلامة، كغير الإنبات. الثالث، بلوغ خمس عشرة سنة؛ لما

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٠٧

روى ابن عمر، قال: «عرضت على النبي - صلى الله عليه وسلم - وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني في القتال، وعرضت عليه، وأنا ابن خمس عشرة، فأجازني في المقاتلة.» قال نافع: فحدثت عمر بن عبد العزيز بهذا الحديث، فقال: هذا فصل ما بين الرجال وبين الغلمان متفق عليه. وهذه العلامات الثلاث في حق الذكر والأنثى، وتزيد الأنثى بعلامتين؛ الحيض والحمل، فمن لم يوجد فيه علامة منهن، فهو صبي يحرم قتله.

[فصل لا تقتل امرأة ولا شيخ في دار الحرب]

(٦١١٧) فصل: ولا تقتل امرأة، ولا شيخ فان. وبذلك قال ومالك، وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن أبي بكر الصديق، ومجاهد.

وروي عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿ولا تعتدوا﴾ [البقرة: ١٩٠] . يقول: لا تقتلوا النساء والصبيان والشيخ الكبير. وقال الشافعي، في أحد قوليه، وابن المنذر: يجوز قتل الشيوخ؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اقتلوا شيوخ المشركين، واستحيوا شرخهم» . رواه أبو داود، والترمذي، وقال: حديث حسن صحيح.

ولأن الله تعالى قال: ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة: ٥] . وهذا عام يتناول بعمومه الشيوخ.

قال ابن المنذر: لا أعرف حجة في ترك." (١)

"قتل الشيوخ يستثنى بها من عموم قوله: ﴿فاقتلوا المشركين﴾ [التوبة: ٥] . ولأنه كافر لا نفع في حياته، فيقتل كالشاب. ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تقتلوا شيخا فانيا، ولا طفلا، ولا امرأة» . رواه أبو داود، في سننه. وروي عن أبي بكر الصديق، - رضي الله عنه - أنه وصى يزيد حين وجهه إلى الشام، فقال: لا تقتل صبيا، ولا امرأة، ولا هرما.

وعن عمر، أنه وصى سلمة بن قيس، فقال: لا تقتلوا امرأة، ولا صبيا، ولا شيخا هرما. رواهما سعيد. ولأنه ليس من أهل القتال، فلا يقتل، كالمرأة. وقد أومأ النبي - صلى الله عليه وسلم - إلى هذه العلة في المرأة، فقال: «ما بال هذه قتلت، وهي لا تقاتل» . والآية مخصوصة بما روينا، ولأنه قد خرج من عمومها المرأة، والشيخ الهرم في معناها، فنقيسه عليها.

وأما حديثهم، فأراد به الشيوخ الذين فيهم قوة على القتال، أو معونة عليه، برأي أو تدبير، جمعا بين الأحاديث، ولأن أحاديثنا خاصة في الهرم، وحديثهم عام في الشيوخ كلهم، والخاص يقدم على العام،

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣١١

وقياسهم ينتقض بالعجوز التي لا نفع فيها.

[فصل لا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب في دار الحرب]

(٧٦١٢) فصل: ولا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب، والخلاف فيهم كالخلاف في الشيخ، وحجتهم ها هنا حجتهم فيه. **ولنا**، في الزمن والأعمى، أنهما ليسا من أهل القتال، فأشبها المرأة، وفي الراهب، ما روي في حديث أبي بكر الصديق، - رضي الله عنه - أنه قال: «وستمرون على أقوام في الصوامع، قد حبسوا أنفسهم فيها، فدعوهم حتى يميتهم الله على ضلالهم» . ولأنهم لا يقاتلون تدينا، فأشبهوا من لا يقدر على القتال.

[فصل لا يقتل العبيد في دار الحرب]

(٧٦١٣) فصل: ولا يقتل العبيد. وبه قال الشافعي؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أدركوا خالدا، فمروه أن لا يقتل ذرية، ولا عسيفا» . وهم العبيد؛ ولأنهم يصيرون رقيقا للمسلمين بنفس السبي، فأشبهوا النساء والصبيان.

[فصل جاز قتل أصحاب العاهات إذا كان له سبيل على المسلمين في الحرب]

(٧٦١٤) فصل: ومن قاتل ممن ذكرنا جميعهم، جاز قتله؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - «قتل يوم قريظة امرأة ألقت رحى على محمود بن سلمة» . ومن كان من هؤلاء الرجال المذكورين ذا رأي يعين به في الحرب، جاز قتله «؛ لأن دريد بن الصمة قتل يوم حنين، وهو شيخ لا قتال فيه، وكانوا خرجوا به معهم، يتيمنون به، ويستعينون برأيه، فلم ينكر النبي - صلى الله عليه وسلم - قتله.» ولأن الرأي من أعظم المعونة في الحرب، وقد جاء عن معاوية، أنه قال لمروان والأسود: أمددتما عليا بقيس بن سعد، وبرأيه ومكايدته، فوالله لو أنكما أمددتماه بثمانية آلاف مقاتل، ما كان بأغيظ لي من ذلك.." (١)

"[مسألة قتال النساء أو المشايخ أو الرهبان في المعركة]

مسألة، قال: (ومن قاتل من هؤلاء أو النساء أو المشايخ أو الرهبان في المعركة قتل) لا نعلم فيه خلافا وبهذا قال الأوزاعي والثوري والليث والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، وقد جاء عن ابن عباس قال: «مر

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٢/٩

النبي – صلى الله عليه وسلم – بامرأة مقتولة يوم الخندق فقال: من قتل هذه؟ قال رجل: أنا يا رسول الله قال: ولم؟ قال: نازعتني قائم سيفي قال: فسكت» «ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – وقف على امرأة مقتولة، فقال: ما بالها قتلت، وهي لا تقاتل» . وهذا يدل على أنه إنما نهى عن قتل المرأة إذا لم تقاتل، ولأن هؤلاء إنما لم يقتلوا لأنهم في العادة لا يقاتلون.

[فصل قتال المريض في المعركة]

(٧٦١٦) فصل: فأما المريض، فيقتل إذا كان ممن لو كان صحيحا قاتل لأنه بمنزلة الإجهاز على الجريح، إلا أن يكون مأيوسا من برئه فيكون بمنزلة الزمن، لا يقتل. لأنه لا يخاف منه أن يصير إلى حال يقاتل فيها.

[فصل قتال الحراث في المعركة]

(٧٦١٧) فصل فأما الفلاح الذي لا يقاتل، فينبغي أن لا يقتل، لما روي عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه قال: اتقوا الله في الفلاحين، الذين لا ينصبون لكم الحرب وقال الأوزاعي لا يقتل الحراث، إذا علم أنه ليس من المقاتلة، وقال الشافعي يقتل، إلا أن يؤدي الجزية، لدخوله في عموم المشركين، **ولنا** قول عمر وأن أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لم يقتلوهم حين فتحوا البلاد، ولأنهم لا يقاتلون، فأشبهوا الشيوخ والرهبان.

[فصل حاصر الإمام حصنا]

(٧٦١٨) فصل: إذا حاصر الإمام حصنا، لزمته مصابرته، ولا ينصرف عنه إلا بخصلة من خصال خمس أحدها، أن يسلموا، فيحرزوا بالإسلام دماءهم وأموالهم لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله. فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها» وإن أسلموا بعد الفتح، عصموا دماءهم دون أموالهم، ويرقون.

الثانية، أن يبذلوا مالا على الموادعة، فيجوز قبوله منهم، سواء أعطوه جملة أو جعلوه خراجا مستمرا يؤخذ منهم كل عام، فإن كانوا ممن تقبل منهم الجزية، فبذلوها، لزمه قبولها منهم، وحرم قتالهم، لقول الله." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣١٣

"وإن أسلموا بعد الحكم عليهم، نظرت، فإن كان قد حكم عليهم بالقتل، سقط، لأن من أسلم فقد عصم دمه، ولم يجز استرقاقهم، لأنهم أسلموا قبل استرقاقهم قال أبو الخطاب: ويحتمل جواز استرقاقهم، كما لو أسلموا بعد الأسر، ويكون المال على ما حكم فيه، وإن حكم بأن المال للمسلمين، كان غنيمة، لأنهم أخذوه بالقهر والحصر.

[مسألة الأسير إذا خلاه الكفار واستحلفوه على أن يبعث إليهم بفدائه]

(٧٦١٩) مسألة، قال: (وإذا خلي الأسير منا، وحلف أن يبعث إليهم بشيء يعينه أو يعود إليهم، فلم يقدر عليه، لم يرجع إليهم) وجملته أن الأسير إذا خليه الكفار، واستحلفوه على أن يبعث إليهم بفدائه أو يعود إليهم، نظرت، فإن أكرهوه بالعذاب، لم يلزمه الوفاء لهم برجوع ولا فداء، لأنه مكره فلم يلزمه ما أكره عليه، لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه» وإن لم يكره عليه، وقدر على الفداء الذي التزمه، لزمه أداؤه وبهذا قال عطاء، والحسن والزهري والنخعي والثوري والأوزاعي.

وقال الشافعي، أيضا: لا يلزمه، لأنه حر لا يستحقون بدله ولنا قول الله تعالى: ﴿وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم﴾ [النحل: ٩١]

«ولما صالح النبي - صلى الله عليه وسلم - أهل الحديبية على رد من جاءه مسلما وفى لهم بذلك. وقال: إنا لا يصلح في ديننا الغدر» ولأن في الوفاء مصلحة للأسارى، وفي الغدر مفسدة في حقهم، لأنهم لا يؤمنون بعده، والحاجة داعية إليه، فلزمه الوفاء به، كما يلزمه الوفاء بعقد الهدنة، ولأنه عاهدهم على أداء مال، فلزمه الوفاء به، كثمن المبيع، والمشروط في عقد الهدنة في موضع يجوز شرطه، وما ذكروه باطل بما إذا شرط رد من جاءه مسلما، أو شرط لهم مالا في عقد الهدنة.

فأما إن عجز عن الفداء، نظرنا، فإن كان المفادى امرأة، لم ترجع إليهم، ولم يحل لها ذلك لقول الله تعالى: ﴿فلا ترجعوهن إلى الكفار﴾ [الممتحنة: ١٠] ولأن في رجوعها تسليطا لهم على وطئها حراما، وقد منع الله تعالى رسوله رد النساء إلى الكفار بعد صلحه على ردهن في قصة الحديبية، وفيها: فجاء نسوة مؤمنات فنهاهم الله أن يردوهن. رواه أبو داود وغيره

وإن كان رجلا، ففيه روايتان، إحداهما، لا يرجع أيضا، وهو قول الحسن والنخعي والثوري والشافعي لأن الرجوع إليهم معصية فلم يلزم بالشرط، كما لو كان امرأة، وكما لو شرط قتل مسلم، أو شرب الخمر.." (١)

"لم أرد أمانه. نظرنا في الكافر، فإن قال: اعتقدته أمانا رد إلى مأمنه، ولم يجز قتله، وإن لم يعتقده أمانا فليس بأمان، كما لو أشار إليهم بما اعتقدوه أمانا.

[فصل الأمان بالإشارة]

(٧٦٣١) فصل: فإن أشار المسلم إليهم بما يرونه أمانا وقال: أردت به الأمان فهو أمان وإن قال: لم أرد به الأمان. فالقول قوله، لأنه أعلم بنيته فإن خرج الكفار من حصنهم بناء على هذه الإشارة، لم يجز قتلهم، ولكن يردون إلى مأمنهم.

قال عمر – رضي الله عنه –: والله لو أن أحدكم أشار بإصبعه إلى السماء إلى مشرك، فنزل بأمانه، فقتله، لقتلته به رواه سعيد وإن مات المسلم أو غاب، فإنهم يردون إلى مأمنهم، وبهذا قال مالك والشافعي وابن المنذر فإن قيل: فكيف صححتم الأمان بالإشارة، مع القدرة على النطق، بخلاف البيع والطلاق والعتق؟ قلنا: تغليبا لحقن الدم، كما حقن دم من له شبهة كتاب، تغليبا لحقن دمه، ولأن الكفار في الغالب لا يفهمون كلام المسلمين، والمسلمون لا يفهمون كلامهم، فدعت الحاجة إلى التكليم بالإشارة، بخلاف غيره

[فصل سبيت كافرة وجاء ابنه يطلبها]

(٧٦٣٢) فصل: إذا سبيت كافرة، فجاء ابنها يطلبها، وقال: إن عندي أسيرا مسلما فأطلقوها حتى أحضره. فقال الإمام: أحضره فأحضره، لزم إطلاقها لأن المفهوم من هذا إجابته إلى ما سأل وإن قال الإمام: لم أرد إجابته، لم يجبر على ترك أسيره، ورد إلى مأمنه.

وقال أصحاب الشافعي: يطلق الأسير، ولا تطلق المشركة، لأن المسلم حر لا يجوز أن يكون ثمنا لمملوكة ويقال له: إن اخترت شراءها، فأت بثمنها ولنا، أن هذا يفهم منه الشرط، فيجب الوفاء به، كما لو صرح به ولأن الكافر فهم منه ذلك، وبنى عليه، فأشبه ما لو فهم الأمان من الإشارة، وقولهم: إن الحر لا يكون ثمن مملوكة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣١٦

قلنا: لكن يصح أن يفادى بها، فقد فادى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بالأسيرة التي أخذها من سلمة بن الأكوع برجلين من المسلمين وفادى رجلين من المسلمين بأسير من الكفار، ووفى لهم برد من جاءه مسلما، وقال: «إنه لا يصلح في ديننا الغدر» وإن كان رد المسلم إليهم ليس بحق لهم، ولأنه التزم إطلاقها، فلزمه ذلك، لقوله – عليه السلام –: «المسلمون على شروطهم» وقوله: «إنه لا يصلح في ديننا الغدر.»." (١)

"**ولنا**، أن له فيها شبهة الملك، فلم يجب عليه الحد، كوطء الجارية المشتركة، والآية مخصوصة بوطء الجارية المشتركة وجارية ابنه، فنقيس عليه هذا، ومنع الملك لا يصح، لأن ملك الكفار، قد زال، ولا يزول، إلا إلى مالك، ولأنه تصح قسمته، ويملك الغانمون طلب قسمتها، فأشبهت مال الوارث، إنما كثر الغانمون فقل نصيب الواطئ، ولم يستقر في شيء بعينه، وكان للإمام تعيين نصيب كل واحد بغير اختياره، فلذلك جاز أن يسقط بالإسقاط، بخلاف الميراث.

وضعف الملك لا يخرجه عن كونه شبهة في الحد الذي يدرأ بالشبهات، ولهذا يسقط الحد بأدنى شيء، وإن لم يكن حقيقة الملك فهو شبهة، إذا ثبت هذا، فإنه يعزر، ولا يبلغ بالتعزير الحد، على ما أسلفناه، ويؤخذ منه مهر مثلها، فيطرح في المقسم وبهذا قال الشافعي.

وقال القاضي: إنه يسقط عنه من المهر قدر حصته منها، ويجب عليه بقيته، كما لو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره، وليس بصحيح، لأننا إذا أسقطنا عنه حصته، وأخذنا الباقي فطرحناه في المغنم، ثم قسمناه على الجميع وهو فيهم، عاد إليه سهم من حصة غيره، ولأن قدر حصته قد لا تمكن معرفته، لقلة المهر وكثرة الغانمين، ثم إذا أخذناه، فإن قسمناه مفردا على من سواه، لم يمكن، وإن خلطناه ببقية الغنيمة، ثم قسمناه على الجميع، أخذ سهما مما ليس له فيه حق إذا ثبت هذا، فإن ولدت منه، فالولد حر، يلحقه نسبه، وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة هو رقيق، لا يلحقه نسبه، لأن الغانمين إنما يملكون بالقسمة، فقد صادف وطؤه غير ملكه.

ولنا، أنه وطء سقط فيه الحد بشبهة الملك، فيلحق فيه النسب، كوطء جارية ابنه، وما ذكروه غير مسلم، ثم يبطل بوطء جارية ابنه، ويفارق الزنى، فإنه يوجب الحد. وإذا ثبت هذا، فإن الأمة تصير أم ولد له في الحال، وقال الشافعي لا تصير أم ولد في الحال، لأنها ليست ملكا له. فإذا ملكها بعد ذلك، فهل تصير

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٢٣

أم ولد؟ فيها قولان، **ولنا**، أنه وطء يلحق به النسب لشبهة الملك، فتصير به أم ولد، كوطء جارية ابنه، ويبطل ما ذكروه بجارية الابن، ولا نسلم ما ذكروه، فإنا قد بينا أن الملك يثبت في الغنيمة بمجرد الاغتنام، وعليه قيمتها تطرح في المغنم، لأنه فوتها عليهم، وأخرجها من الغنيمة بفعله، فلزمته قيمتها، كما لو قتلها، فإن كان معسرا كان في ذمته قيمتها.

وقال القاضي: إن كان معسرا حسب قدر حصته من الغنيمة، فصارت أم ولد، وباقيها رقيق للغانمين، لأن كونها أم ولد إنما يثبت بالسراية في ملك غيره، فلم يسر في حق المعسر، كالإعتاق، **ولنا**، أنه استيلاد جعل بعضها أم ولد، فيجعل جميعها أم ولد، كاستيلاد جارية الابن، وفارق العتق، لأن الاستيلاد أقوى، لكونه فعلا، وينفذ من المجنون.

فأما قيمة الولد، فقال أبو بكر فيها روايتان،." (١)

"قال: «كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يحثنا على الصدقة، وينهانا عن المثلة» وعن عبد الله قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إن أعف الناس قتلة أهل الإيمان» رواهما أبو داود

وعن شداد بن أوس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم -. قال: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح» رواه النسائي

وعن عبد الله بن عامر أنه قدم على أبي بكر الصديق، برأس البطريق فأنكر ذلك، فقال: يا خليفة رسول الله، فإنهم يفعلون ذلك بنا. قال: فاستنان بفارس والروم، لا يحمل إلي رأس، فإنما يكفي الكتاب والخبر.

وقال الزهري: لم يحمل إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - رأس قط، وحمل إلى أبي بكر رأس فأنكر، وأول من حملت إليه الرءوس عبد الله بن الزبير ويكره رميها في المنجنيق، نص عليه أحمد وإن فعلوا ذلك لمصلحة جاز، لما روينا، أن عمرو بن العاص حين حاصر الإسكندرية، ظفر برجل من المسلمين، فأخذوا رأسه، فجاء قومه عمرا مغضبين، فقال لهم عمرو خذوا رجلا منهم فاقطعوا رأسه، فارموا به إليهم في المنجنيق، ففعلوا ذلك، فرمى أهل الإسكندرية رأس المسلم إلى قومه.

[فصل هدية الكفار]

فصل: يجوز قبول هدية الكفار من أهل الحرب «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل هدية المقوقس صاحب مصر،» فإن كان ذلك في حال الغزو، فقال أبو الخطاب: ما أهداه المشركون لأمير الجيش، أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٢٥

لبعض قواده، فهو غنيمة، لأنه لا يفعل ذلك إلا لخوفه من المسلمين. فظاهر هذا، أن ما أهدي لآحاد الرعية فهو له، وقال القاضي: هو غنيمة أيضا وإن كان من دار الحرب إلى دار الإسلام، فهو لمن أهدي له، سواء كان الإمام أو غيره «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قبل الهدية» فكانت له دون غيره.

وهذا قول الشافعي ومحمد وقال أبو حنيفة: هو للمهدى له بكل حال، لأنه خص بها، أشبه إذا كان في دار الإسلام، وحكي ذلك رواية عن أحمد ولنا، أنه أخذ ذلك بظهر الجيش، أشبه ما لو أخذه قهرا، ولأنه إذا أهدي للإمام أو الأمير، فالظاهر أنه يداري عن نفسه به، فأشبه ما أخذ منه قهرا. وأما إن أهدي لآحاد المسلمين، فلم يقصد به ذلك في الظاهر، لعدم الخوف منه، فيكون له، كما لو أهدى إليه في دار الإسلام. ويحتمل أن ينظر، فإن كان بينهما مهاداة قبل، ذلك، فله ما أهدى إليه، وإن تجدد ذلك بالدخول إلى دارهم، فهو للمسلمين، كقولنا في الهدية إلى القاضي.." (١)

"الكتابين في نبيهم وكتابهم فهم منهم، وإن خالفوهم في ذلك، فليس هم من أهل الكتاب ويروى عنهم أنهم يقولون: إن الفلك حي ناطق، وإن الكواكب السبعة آلهة. فإن كانوا كذلك، فهم كعبدة الأوثان. وأما أهل صحف إبراهيم وشيث وزبور داود، فلا تقبل منهم الجزية لأنهم من غير الطائفتين، ولأن هذه الصحف لم تكن فيها شرائع، إنما هي مواعظ وأمثال، كذلك وصف النبي - صلى الله عليه وسلم - صحف إبراهيم وزبور داود في حديث أبي ذر.

وأما الذين لهم شبهة كتاب فهم المجوس فإنه يروى أنه كان لهم كتاب فرفع، فصار لهم بذلك شبهة أوجبت حقن دمائهم، وأخذ الجزية منهم.

ولم ينتهض في إباحة نكاح نسائهم ولا ذبائحهم دليل.

هذا قول أكثر أهل العلم ونقل عن أبي ثور أنهم من أهل الكتاب، وتحل نساؤهم وذبائحهم.

لما روي عن علي - رضي الله عنه - أنه قال: أنا أعلم الناس بالمجوس، كان لهم علم يعلمونه، وكتاب يدرسونه، وإن ملكهم سكر، فوقع على بنته أو أخته، فاطلع عليه بعض أهل مملكته، فلما صحا جاءوا يقيمون عليه الحد، فامتنع منهم، ودعا أهل مملكته، وقال: أتعلمون دينا خيرا من دين آدم، وقد أنكح بنيه بناته، فأنا على دين آدم قال: فتابعه قوم، وقاتلوا الذين يخالفونهم، حتى قتلوهم، فأصبحوا وقد أسري بكتابهم، ورفع العلم الذي في صدورهم، فهم أهل كتاب «وقد أخذ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وأبو بكر وأراه قال: وعمر - منهم الجزية» . رواه الشافعي وسعيد وغيرهما ولأن النبي - صلى الله عليه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٧/٩

وسلم - قال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» . **ولنا** قول الله تعالى: ﴿أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا﴾ [الأنعام: ١٥٦] . والمجوس من غير الطائفتين، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - : «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» .

يدل على أنهم غيرهم وروى البخاري بإسناده عن بجالة، أنه قال: ولم يكن عمر أخذ الجزية من المجوس، حتى حدثه عبد الرحمن بن عوف أن." (١)

"رسول الله - صلى الله عليه وسلم - «أخذها من مجوس هجر» ولو كانوا أهل كتاب، لما وقف عمر في أخذ الجزية منهم مع أمر الله تعالى بأخذ الجزية من أهل الكتاب، وما ذكروه هو الذي صار لهم به شبهة الكتاب.

وقد قال أبو عبيد: لا أحسب ما رووه عن علي في هذا محفوظا، ولو كان له أصل، لما حرم النبي - صلى الله عليه وسلم - نساءهم، وهو كان أولى بعلم ذلك. ويجوز أن يصح هذا مع تحريم نسائهم وذبائحهم، لأن الكتاب المبيح لذلك هو الكتاب المنزل على إحدى الطائفتين، وليس هؤلاء منهم، ولأن كتابهم رفع، فلم ينتهض للإباحة، ويثبت به حقن دمائهم.

فأما قول أبي ثور في حل ذبائحهم ونسائهم، فيخالف الإجماع، فلا يلتفت إليه، وقوله عليه السلام: (سنوا بهم سنة أهل الكتاب) في أخذ الجزية منهم.

إذا ثبت هذا، فإن أخذ الجزية من أهل الكتاب والمجوس ثابت بالإجماع.

لا نعلم في هذا خلافا، فإن الصحابة - رضي الله عنهم - أجمعوا على ذلك، وعمل به الخلفاء الراشدون، ومن بعدهم إلى زمننا هذا، من غير نكير ولا مخالف، وبه يقول أهل العلم من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر وغيرهم مع دلالة الكتاب على أخذ الجزية من أهل الكتاب ودلالة السنة على أخذ الجزية من المجوس بما روينا من قول المغيرة لأهل فارس: «أمرنا نبينا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده، أو تؤدوا الجزية» وحديث بريدة وعبد الرحمن بن عوف وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» ولا فرق بين كونهم عجما أو عربا.

وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وقال أبو يوسف: لا تؤخذ الجزية من العرب لأنهم شرفوا بكونهم من رهط النبي - صلى الله عليه وسلم - **ولنا** عموم الآية، «وأن النبي - صلى الله عليه وسلم - بعث خالد بن الوليد إلى دومة الجندل فأخذ أكيدر دومة فصالحه على الجزية وهو من

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٣٠

العرب» رواه أبو داود «وأخذ الجزية من نصارى نجران، وهم عرب وبعث معاذا إلى اليمن، فقال: إنك تأتي قوما أهل كتاب» متفق عليه. «وأمره أن يأخذ." (١)

"من كل حالم دينارا» وكانوا عربا.

قال ابن المنذر ولم يبلغنا أن قوما من العجم كانوا سكانا باليمن حيث وجه معاذا ولو كان، لكان في أمره أن يأخذ من جميعهم من كل حالم دينارا، دليل على أن العرب تؤخذ منهم الجزية.

وحديث بريدة فيه أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يأمر من بعثه على سرية، أن يدعو عدوه إلى أداء الجزية، ولم يخص بها عجميا دون غيره، وأكثر ما كان النبي – صلى الله عليه وسلم – يغزو العرب، ولأن ذلك إجماع، فإن عمر – رضي الله عنه – أراد الجزية من نصارى بني تغلب فأبوا ذلك وسألوه أن يأخذ منهم مثلما يأخذ من المسلمين، فأبى ذلك عليهم، حتى لحقوا بالروم، ثم صالحهم على ما يأخذه منهم عوضا عن الجزية، فالمأخوذ منهم جزية، غير أنه على غير صفة جزية غيرهم، وما أنكر أخذ الجزية منهم أحد، فكان ذلك إجماعا.

وقد ثبت بالقطع واليقين أن كثيرا من نصارى العرب ويهودهم، كانوا في عصر الصحابة في بلاد الإسلام، ولا يجوز إقرارهم فيها بغير جزية، فثبت يقينا أنهم أخذوا الجزية منهم، وظاهر كلام الخرقي أنه لا فرق بين من دخل في دينهم، قبل تبديل كتابهم أو بعده، ولا بين أن يكون ابن كتابيين، أو ابن وثنيين، أو ابن كتابي ووثني وقال أبو الخطاب: من دخل في دينهم بعد تبديل كتابهم، لم تقبل منه الجزية، ومن ولد بين أبوين أحدهما تقبل منه الجزية، والآخر لا تقبل منه، فهل تقبل منه؟ على وجهين.

وهذا مذهب الشافعي **ولنا** عموم النص فيهم، ولأنهم من أهل دين تقبل من أهله الجزية، فيقرون بها كغيرهم، وإنما تقبل منهم الجزية إذا كانوا مقيمين على ما عوهدوا عليه، من بذل الجزية والتزام أحكام الملة، لأن الله تعالى أمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية، أي يلتزموا أداءها، فما لم يوجد ذلك، يبقوا على إباحة دمائهم وأموالهم.

[فصل عقد الذمة المؤبدة]

فصل: ولا يجوز عقد الذمة المؤبدة إلا بشرطين، أحدهما، أن يلتزموا إعطاء الجزية في كل حول والثاني التزام أحكام الإسلام، وهو قبول ما يحكم به عليهم من أداء حق، أو ترك محرم، لقول الله تعالى: ﴿حتى

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٣١

يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث بريدة: «فادعهم إلى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم» ولا تعتبر حقيقة الإعطاء، ولا جريان الأحكام، لأن إعطاء الجزية إنما يكون في آخر الحول، والكف عنهم في ابتدائه عند البذل.

والمراد بقوله: ﴿حتى يعطوا﴾ [التوبة: ٢٩] أي يلتزموا الإعطاء، ويجيبوا إلى بذله، كقول الله تعالى: ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾ [التوبة: ٥] والمراد به التزام ذلك دون." (١)

"حقيقته، فإن الزكاة إنما يجب أداؤها عند الحول، لقوله - عليه السلام -: «لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول»

[مسألة قبول الجزية من كل كافر]

(٧٦٤٢) مسألة قال: (ومن سواهم، فالإسلام أو القتل) يعني من سوى اليهود والنصارى والمجوس لا تقبل منهم الجزية، ولا يقرون بها، ولا يقبل منهم إلا الإسلام، فإن لم يسلموا قتلوا، هذا ظاهر مذهب أحمد، وروى عنه الحسن بن ثواب، أنها تقبل من جميع الكفار، إلا عبدة الأوثان من العرب، لأن حديث بريدة يدل بعمومه على قبول الجزية من كل كافر، إلا أنه خرج منه عبدة الأوثان من العرب، لتغلظ كفرهم من وجهين، أحدهما، دينهم، والثاني، كونهم من رهط النبي - صلى الله عليه وسلم -.

وقال الشافعي: لا تقبل إلا من أهل الكتاب والمجوس، لكن في أهل الكتب غير اليهود والنصارى، مثل أهل صحف إبراهيم وشيث وزبور داود ومن تمسك بدين آدم وإدريس وجهان، أحدهما، يقرون بالجزية، لأنهم من أهل الكتاب، فأشبهوا اليهود والنصارى.

وقال أبو حنيفة: تقبل من جميع الكفار إلا العرب، لأنهم رهط النبي - صلى الله عليه وسلم - فلا يقرون على غير دينه، وغيرهم يقر بالجزية، لأنه يقر بالاسترقاق، فأقروا بالجزية، كالمجوس، وعن مالك أنها تقبل من جميعهم إلا مشركي قريش لأنهم ارتدوا وعن الأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز، أنها تقبل من جميعهم.

وهو قول عبد الرحمن بن يزيد بن جابر، لحديث بريدة، ولأنه كافر، فيقر بالجزية، كأهل الكتاب ولنا، قول الله تعالى: ﴿فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ [التوبة: ٥] وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله. فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها» .

وهذا عام خص منه أهل الكتاب بالآية، والمجوس بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «سنوا بهم سنة

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٣٢

أهل الكتاب» . فمن عداهم من الكفار يبقى على قضية العموم، وقد بينا أن أهل الصحف من غير أهل الكتاب المراد بالآية فيما تقدم.." (١)

"إلى رأي الإمام، لولا ذلك لكانت على قدر واحد في جميع هذه المواضع، ولم يجز أن تختلف. قال البخاري.

قال ابن عيينة: عن أبي نجيح قلت لمجاهد: ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير، وأهل اليمن عليهم دينار؟ قال: جعل ذلك من أجل اليسار، ولأنها عوض فلم تقدر كالأجرة والرواية الثالثة، أن أقلها مقدر بدينار، وأكثرها غير مقدر، وهو اختيار أبي بكر، فتجوز الزيادة، ولا يجوز النقصان لأن عمر زاد على ما فرض رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ولم ينقص منه، وروي أنه زاد على ثمانية وأربعين، فجعلها خمسين. (٧٦٤٦) الفصل الثاني: أننا إذا قلنا بالرواية الأولى، وأنها مقدرة، فقدرها في حق الموسر ثمانية وأربعون درهما، وفي حق المتوسط أربعة وعشرون، وفي حق الفقير اثنا عشر، وهذا قول أبي حنيفة وقال مالك: هي في حق الغني أربعون درهما أو أربعة دنانير، وفي حق الفقير عشرة دراهم أو دينار، وروي ذلك عن عمر وقال الشافعي: الواجب دينار في حق كل واحد لحديث «معاذ أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمره أن يأخذ من كل حالم دينارا» . رواه أبو داود وغيره، إلا أن المستحب جعلها على ثلاث طبقات، كما ذكرناه، لنخرج من الخلاف، قالوا: وقضاء النبي - صلى الله عليه وسلم - أولى بالاتباع من غيره ولنا حديث عمر - رضي الله عنه - وهو حديث لا شك في صحته وشهرته بين الصحابة - رضي الله عنهم - وغيرهم ولم ينكره منكر، ولا خلاف فيه، وعمل به من بعده من الخلفاء - رضي الله عنهم - فصار إجماعا لا يجوز الخطأ عليه، وقد وافق الشافعي على استحباب العمل به، وأما حديث معاذ، فلا يخلو من وجهين، أحدهما، أنه فعل ذلك لغلبة الفقر عليهم، بدليل قول مجاهد: إن ذلك من أجل اليسار.

والوجه الثاني، أن يكون التقدير غير واجب، بل هو موكول إلى اجتهاد الإمام ولأن الجزية وجبت صغارا أو عقوبة، فتختلف باختلاف أحوالهم، كالعقوبة في البدن، منهم من يقتل، ومنهم من يسترق، ولا يصح كونها عوضا عن سكنى الدار، لأنها لو كانت كذلك لوجبت على النساء والصبيان والزمنى والمكافيف.

(٧٦٤٧) فصل وحد اليسار في حقهم، ما عده الناس غنى في العادة، وليس بمقدر، لأن التقديرات بابها التوقيف، ولا توقيف في هذا، فيرجع فيه إلى العادة والعرف.." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٣٣

(٢) المغني لابن قدامة ٩/٣٣٥

"[فصل بذل أهل الحرب الجزية]

(٧٦٤٨) فصل: إذا بذلوا الجزية، لزم قبولها، وحرم قتالهم لقول الله تعالى ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله﴾ [التوبة: ٢٩] إلى قوله: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] فجعل إعطاء الجزية غاية لقتالهم. فمتى بذلوها، لم يجز قتالهم، وقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «فادعهم إلى أداء الجزية، فإن أجابوك، فاقبل منهم، وكف عنهم» وإن قلنا: إن الجزية غير مقدرة الأكثر، لم يحرم قتالهم حتى يجيبوا إلى بذل ما لا يجوز طلب أكثر منه، مما يحتمله حالهم.

[فصل تجب الجزية في آخر كل حول]

(٧٦٤٩) فصل وتجب الجزية في آخر كل حول وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة: تجب بأوله، ويطالب بها عقيب العقد، وتجب الثانية في أول الحول الثاني، لقول الله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩] **ولنا**، أنه مال يتكرر بتكرر الحول أو يؤخذ في آخر كل حول، فلم يجب بأوله كالزكاة والدية، وأما الآية فالمراد بها التزام إعطائها، دون نفس الإعطاء، ولهذا يحرم قتالهم بمجرد بذلها قبل أخذها.

[فصل الجزية مما يسر من أموالهم]

(٧٦٥٠) فصل: وتؤخذ الجزية مما يسر من أموالهم ولا يتعين أخذها من ذهب ولا فضة، نص عليه أحمد وهو قول الشافعي وأبي عبيد وغيرهم «لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لما بعث معاذا إلى اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم دينارا أو عدله مغافر.» «وكان النبي - صلى الله عليه وسلم - يأخذ من نصارى نجران ألفي حلة» وكان عمر يؤتى بنعم كثيرة يأخذها من الجزية.

وروي عن علي - رضي الله عنه - أنه كان يأخذ الجزية من كل ذي صنعة من متاعه، من صاحب الإبر إبرا، ومن صاحب المسال مسالا، ومن صاحب الحبال حبالا، ثم يدعو الناس فيعطيهم الذهب والفضة فيقتسمونه ثم يقول: خذوا فاقتسموا، فيقولون: لا حاجة لنا فيه، فيقول: أخذتم خياره، وتركتم شراره، لتحملنه. وإذا ثبت هذا، فإنه يؤخذ بالقيمة، لقوله - عليه السلام - «أو عدله مغافر.»." (١)

"[فصل للإمام أو نائبه عقد الذمة والهدنة]

(٧٦٥١) فصل: ولا يصح عقد الذمة والهدنة، إلا من الإمام أو نائبه، وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٣٦

خلافا، لأن ذلك يتعلق بنظر الإمام وما يراه من المصلحة، ولأن عقد الذمة عقد مؤبد، فلم يجز أن يفتات به على الإمام، فإن فعله غير الإمام أو نائبه، لم يصح، لكن إن عقده على ما لا يجوز أن يطلب منهم أكثر منه، لزم الإمام إجابتهم إليه، وعقدها عليه.

[فصل على أهل الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين]

(٧٦٥٢) فصل: ويجوز أن يشرط عليهم في عقد الذمة، ضيافة من يمر بهم من المسلمين، لما روى الإمام أحمد بإسناده عن الأحنف بن قيس أن عمر شرط عليهم ضيافة يوم وليلة، وأن يصلحوا القناطر، وإن قتل رجل من المسلمين بأرضهم فعليهم ديته، قال ابن المنذر وروي عن عمر أنه قضى على أهل الذمة، ضيافة من يمر بهم من المسلمين ثلاثة أيام، وعلف دوابهم، وما يصلحهم.

وروي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ضرب على نصارى أيلة ثلاثمائة دينار، وكانوا ثلاثمائة نفس، في كل سنة، وأن يضيفوا من مر بهم من المسلمين ثلاثة أيام» ولأن في هذا ضربا من

المصلحة

، لأنهم ربما امتنعوا من مبايعة المسلمين إضرارا بهم، فإذا شرطت عليهم الضيافة أمن ذلك، وإن لم تشترط الضيافة عليهم، لم تجب، ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي.

ومن أصحابنا من قال: تجب بغير شرط، كوجوبها على المسلمين، والأول أصح، لأنه أداء مال، فلم يجب بغير رضاهم، كالجزية، فإن شرطها عليهم، فامتنعوا من قبولها، لم تعقد لهم الذمة، وقال الشافعي: لا يجوز قتالهم عليها. **ولنا** أنه شرط سائغ، امتنعوا من قبوله، فقوتلوا عليه كالجزية.

(٧٦٥٣) فصل: ذكر القاضي، أنه إذا شرط الضيافة، فإنه يبين أيام الضيافة، وعدد من يضاف من الرجالة والفرسان، فيقول: تضيفون في كل سنة مائة يوم عشرة من المسلمين، من خبز كذا وأدم كذا، وللفرس من التبن كذا، ومن الشعير كذا فإن شرط الضيافة مطلقا، صح في الظاهر، لأن عمر - رضي الله عنه - شرط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين، من غير عدد ولا تقدير.

قال أبو بكر: إذا أطلق مدة الضيافة فالواجب يوم وليلة، لأن ذلك الواجب على المسلمين، ولا يكلفون الذبيحة، ولا ضيافتهم بأرفع من طعامهم، لأنه يروى عن عمر أنه شكا إليه أهل الذمة أن المسلمين يكلفونهم الذبيحة، فقال: أطعموهم مما تأكلون. وقال الأوزاعي ولا يكلفون الذبيحة ولا الشعير.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٧/٩

"النصوص، ولأنه كافر صحيح قادر على أداء الجزية، فأشبه الشماس. ووجه الأول، أنهم محقونون بدون الجزية، فلم تجب عليهم، كالنساء، وقد ذكرنا أنه يحرم قتلهم، والنصوص مخصوصة بالنساء، وهؤلاء في معناهن، ولأنه لا كسب له، فأشبه الفقير غير المعتمل.

[مسألة وجبت عليه الجزية فأسلم قبل أن تؤخذ منه]

(٧٦٦٥) مسألة؛ قال: ومن وجبت عليه الجزية، فأسلم قبل أن تؤخذ منه، سقطت عنه الجزية وجملته أن الذمي إذا أسلم في أثناء الحول، لم تجب عليه الجزية، وإن أسلم بعد الحول سقطت عنه. وهذا قول مالك، والثوري وأبي عبيد، وأصحاب الرأي. وقال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر: إن أسلم بعد الحول، لم تسقط؛ لأنها دين يستحقه صاحبه، واستحق المطالبة به في حال الكفر فلم يسقط بالإسلام، كالخراج وسائر الديون.

وللشافعي فيما إذا أسلم في أثناء الحول قولان؛ أحدهما، عليه من الجزية بالقسط، كما لو أفاق بعد الحول.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال: ٣٨] . وروى ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «ليس على المسلم جزية» . رواه الخلال. وذكر أن أحمد سئل عنه، فقال: ليس يرويه غير جرير.

قال أحمد: وقد روي عن عمر أنه قال: إن أخذها في كفه ثم أسلم، ردها عليه. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا ينبغي للمسلم أن يؤدي الخراج» . يعني الجزية. وروي أن ذميا أسلم، فطولب بالجزية، وقيل: إنما أسلمت تعوذا. قال: إن في الإسلام معاذا. فرفع إلى عمر، فقال عمر: إن في الإسلام معاذا. وكتب ألا تؤخذ منه الجزية. رواه أبو عبيد بنحو من هذا المعنى.

ولأن الجزية صغار، فلا تؤخذ منه، كما لو أسلم قبل الحول، ولأن الجزية عقوبة تجب بسبب الكفر، فيسقطها الإسلام، كالقتل. وبهذا فارق سائر الديون.

[فصل تؤخذ الجزية من ذمي مات بعد الحول]

(٧٦٦٦) فصل: وإن مات الذمي بعد الحول، لم تسقط الجزية عنه، في ظاهر كلام أحمد. ذكره أحمد. وهو مذهب." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٢/٩

"الشافعي. وحكى أبو الخطاب، عن القاضي، أنها تسقط بالموت. وهو قول أبي حنيفة. ورواه أبو عبيد عن عمر بن عبد العزيز؛ لأنها عقوبة، فتسقط بالموت، كالحدود، ولأنها تسقط بالإسلام، فتسقط بالموت، كما قبل الحول.

ولنا، أنه دين وجب عليه في حياته، فلم يسقط بموته، كديون الآدميين، والحد يسقط بفوات محله، وتعذر استيفائه، بخلاف الجزية. وفارق الإسلام؛ فإنه الأصل، والجزية بدل عنه، فإذا أتى بالأصل استغنى عن البدل، كمن وجد الماء لا يحتاج معه إلى التيمم، بخلاف الموت، ولأن الإسلام قربة وطاعة، يصلح أن يكون معاذا من الجزية، كما ذكر عمر - رضي الله عنه -، والموت بخلافه.

[فصل اجتمعت الجزية عليه سنين]

(٧٦٦٧) فصل: ولا تتداخل الجزية، بل إذا اجتمعت عليه جزية سنين، استوفيت منه كلها. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: تتداخل؛ لأنها عقوبة، فتتداخل، كالحدود. **ولنا**، أنها حق مال، يجب في آخر كل حول، فلم تتداخل، كالدية.

[مسألة أعتق لزمته الجزية لما يستقبل]

(٧٦٦٨) مسألة؛ قال: وإذا أعتق، لزمته الجزية لما يستقبل، سواء كان المعتق له مسلما أو كافرا هذا الصحيح عن أحمد رواه عنه جماعة. وروي ذلك عن عمر بن عبد العزيز. وبه قال سفيان، والليث، وابن لهيعة، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وعن أحمد، يقر بغير جزية. وروي نحو هذا عن الشعبي؛ لأن الولاء شعبة من الرق، وهو ثابت عليه. ووهن الخلال هذه الرواية، وقال: هذا قول قديم، رجع عنه أحمد، والعمل على ما رواه الجماعة. وعن مالك كقول الجماعة. وعنه، إن كان المعتق له مسلما، فلا جزية عليه، لأن عليه الولاء لمسلم، فأشبه ما لو كان عليه الرق. **ولنا**، أنه حر مكلف موسر من أهل القتل، فلم يقر في دارنا بغير جزية، كالحر الأصلي. فإذا ثبت هذا، فإن حكمه فيما يستقبل من جزيته حكم من بلغ من صبيانهم، أو أفاق من مجانينهم، على ما مضى.

[مسألة الجزية من نصارى بني تغلب]

(٧٦٦٩) مسألة؛ قال: ولا تؤخذ الجزية من نصارى بني تغلب، وتؤخذ الزكاة من أموالهم ومواشيهم وثمرهم، مثلي ما يؤخذ من المسلمين بنو تغلب بن وائل، من العرب، من ربيعة بن نزار، انتقلوا في الجاهلية إلى

النصرانية، فدعاهم عمر إلى بذل الجزية، فأبوا، وأنفوا، وقالوا: نحن عرب، خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة. فقال عمر:." [١]

"ويستحب أن يشترط العشر، ليوافق فعله فعل عمر - رضي الله عنه - وإن أذن مطلقا من غير شرط، فالمذهب أنه لا يؤخذ منهم شيء، لأنه أمان من غير شرط، فلم يستحق به شيء، كالهدنة.

ويحتمل أن يجب العشر؛ لأن عمر أخذه. **ولنا**، ما رويناه في المسألة التي قبلها، ولأن عمر أخذ منهم العشر، واشتهر ذلك فيما بين الصحابة، وعمل به الخلفاء الراشدون بعده، والأئمة بعده في كل عصر، من غير نكير، فأي إجماع يكون أقوى من هذا؟ ولم ينقل أنه شرط ذلك عليهم عند دخولهم، ولا يثبت ذلك بالتخمين من غير نقل، ولأن مطلق الأمر يحمل على المعهود في الشرع، وقد استمر أخذ العشر منهم في زمن الخلفاء الراشدين، فيجب أخذه.

فأما سؤال عمر عما يأخذون منا، فإنما كان لأنهم سألوه عن كيفية الأخذ ومقداره، ثم استمر الأخذ من غير سؤال، ولو تقيد أخذنا منهم بأخذهم منا، لوجب أن يسأل عنه في كل وقت.

[فصل يؤخذ من أهل الكتاب العشر من كل مال للتجارة أخذ الجزية]

فصل: ويؤخذ منهم العشر من كل مال للتجارة، في ظاهر كلام الخرقي. وقال القاضي: إذا دخلوا في نقل ميرة بالناس إليها حاجة، أذن لهم في الدخول بغير عشر يؤخذ منهم. وهذا قول الشافعي؛ لأن دخولهم نفع للمسلمين. **ولنا**، عموم ما رويناه. وروى صالح عن أبيه، عن عبد الرحمن بن مهدي، عن مالك، عن الزهري، عن سالم، عن أبيه، عن عمر، أنه كان يأخذ من النبط من القطنية العشر، ومن الحنطة والزبيب نصف العشر، ليكثر الحمل إلى المدينة. وهذا يدل على أنه يخفف عنهم إذا رأى

المصلحة

فيه، وله الترك أيضا إذا رأى

المصلحة.

[فصل يؤخذ العشر من كل حربي تاجر ونصف العشر من كل ذمي تاجر]

(٧٦٨٣) فصل: ويؤخذ العشر من كل حربي تاجر، ونصف العشر من كل ذمي تاجر، سواء كان ذكرا أو

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٤٣

أنثى، أو صغيرا أو كبيرا، وقال القاضي: ليس على المرأة عشر ولا نصف عشر، سواء كانت حربية أو ذمية، لكن إن دخلت الحجاز عشرت؛ لأنها ممنوعة من الإقامة به. ولا يعرف هذا التفصيل عن أحمد، ولا يقتضيه مذهبه؛ لأنه يوجب الصدقة في أموال نساء بني تغلب وصبيانهم، فكذلك يوجب العشر أو نصفه في مال النساء، وعموم الأحاديث المروية ليس فيها تخصيص للرجال دون النساء، وليس هذا بجزية، وإنما هو حق يختص بمال التجارة، لتوسعه في دار الإسلام، وانتفاعه بالتجارة فيها، فيستوي فيه الرجل والمرأة، كالزكاة في حق المسلمين.

[فصل الحربي يعشر كلما دخل إلينا الجزية]

(٧٦٨٤) فصل: ولا يعشرون في السنة إلا مرة، ولا يؤخذ من أقل من عشرة دنانير. نص عليهما أحمد. وحكي عن أبي عبد الله بن حامد، أن الحربي يعشر كلما دخل إلينا. وهو قول بعض أصحاب الشافعي؛ لأننا لو أخذنا منه مرة." (١)

"واحدة، لا نأمن أن يدخلوا، فإذا جاء وقت السنة الأخرى لم يدخلوا، فتعذر الأخذ منهم. **ولنا**، أنه حق يؤخذ من التجارة، فلا يؤخذ أكثر من مرة في السنة، كالزكاة، ونصف العشر من الذمي.

وقولهم: يفوت. غير صحيح؛ فإنه يؤخذ منه أول ما يدخل مرة، ويكتب الآخذ له بما أخذ منه، فلا يؤخذ منه شيء حتى تمضي تلك السنة، فإذا جاء في العام الثاني، أخذ منه، في أول ما يدخل، وإن لم يدخل، فما فات من حق السنة الأولى شيء.

[فصل ليس لأهل الحرب دخول دار الإسلام بغير أمان]

(٧٦٨٥) فصل وليس لأهل الحرب دخول دار الإسلام بغير أمان؛ لأنه لا يؤمن أن يدخل جاسوسا، أو متلصصا، فيضر بالمسلمين، فإن دخل بغير أمان، سئل، فإن قال: جئت رسولا. فالقول قوله؛ لأنه تتعذر إقامة البينة على ذلك، ولم تزل الرسل تأتي من غير تقدم أمان. وإن قال: جئت تاجرا. نظرنا؛ فإن كان معه متاع يبيعه، قبل قوله أيضا، وحقن دمه؛ لأن العادة جارية بدخول تجارهم إلينا وتجارنا إليهم، وإن لم يكن معه ما يتجر به، لم يقبل قوله؛ لأن التجارة لا تحصل بغير مال.

وكذلك مدعي الرسالة، إذا لم يكن معه رسالة يؤديها، أو كان ممن لا يكون مثله رسولا. وإن قال: أمنني

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥١/٩

مسلم. فهل يقبل منه؟ على وجهين؛ أحدهما، يقبل، تغليبا لحقن دمه، كما يقبل من الرسول والتاجر. والثاني، لا يقبل؛ لأن إقامة البينة عليه ممكنة. فإن قال: مسلم: أنا أمنته. قبل قوله؛ لأنه يملك أن يؤمنه، فقبل قوله فيه، كالحاكم إذا قال: حكمت لفلان على فلان بحق.

وإن كان جاسوسا، خير الإمام فيه بين أربعة أشياء؛ كالأسير. وإن كان ممن ضل الطريق، أو حملته الريح إلينا في مركب، فقد ذكرنا حكمه.

[مسألة نقض العهد بمخالفة شيء مما صولحوا عليه]

(٧٦٨٦) مسألة؛ قال: (ومن نقض العهد، بمخالفة شيء مما صولحوا عليه، حل دمه وماله) وجملة ذلك، أنه ينبغي للإمام عند عقد الهدنة أن يشترط عليهم شروطا، نحو ما شرطه عمر، - رضي الله عنه -.

وقد رويت عن عمر - رضي الله عنه -، في ذلك أخبار، منها ما رواه الخلال، بإسناده عن إسماعيل بن عياش، قال: حدثنا غير واحد من أهل العلم، قالوا: كتب أهل الجزيرة إلى عبد الرحمن بن غنم: إنا حين قدمنا من بلادنا، طلبنا إليك الأمان لأنفسنا وأهل ملتنا، على أنا شرطنا لك على أنفسنا أن لا نحدث في مدينتنا كنيسة، ولا فيما حولها ديرا، ولا قلاية، ولا صومعة راهب." (١)

"الشام على هذا الشرط. فهذه جملة شروط عمر - رضي الله عنه - فإذا صولحوا عليها، ثم نقض بعضهم شيئا منها، فظاهر كلام الخرقي أن عهده ينتقض به.

وهو ظاهر ما رويناه؛ لقولهم في الكتاب: إن نحن خالفنا، فقد حل لك منا ما يحل لك من أهل المعاندة والشقاق. وقال عمر: ومن ضرب مسلما عمدا فقد خلع عهده.

ولأنه عقد بشرط فمتى لم يوجد الشرط، زال حكم العقد، كما لو امتنع من التزام الأحكام. وذكر القاضي، والشريف أبو جعفر، أن الشروط قسمان؛ أحدهما ينتقض العهد بمخالفته، وهو أحد عشر شيئا؛ الامتناع من بذل الجزية، وجري أحكامنا عليهم إذا حكم بها حاكم، والاجتماع على قتال المسلمين، والزنى بمسلمة وإصابتها باسم نكاح، وفتن مسلم عن دينه، وقطع الطريق عليه، وقتله، وإيواء جاسوس المشركين، والمعاونة على المسلمين بدلالة المشركين على عوراتهم أو مكاتبتهم، وذكر الله تعالى أو كتابه أو دينه أو رسوله بسوء، فالخصلتان الأوليان ينتقض العهد بهما بلا خلاف في المذهب. وهو مذهب الشافعي.

وفي معناهما قتالهم للمسلمين منفردين أو مع أهل الحرب؛ لأن إطلاق الأمان يقتضي ذلك، فإذا فعلوه

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٢/٩

نقضوا الأمان؛ لأنهم إذا قاتلونا، لزمنا قتالهم، وذلك ضد الأمان، وسائر الخصال فيها روايتان؛ إحداهما، أن العهد ينتقض بها، سواء شرط عليهم ذلك أو لم يشترط. وظاهر مذهب الشافعي قريب من هذا. إلا أن ما لم يشترط عليهم، لا ينتقض العهد بتركه، ما خلا الخصال الثلاث الأولى، فإنه يتعين شرطها، وينتقض العهد بتركها بكل حال.

وقال أبو حنيفة: لا ينتقض العهد إلا بالامتناع من الإمام على وجه لا يتعذر معه أخذ الجزية منهم. **ولنا**، مع ما ذكرناه، ما روي أن عمر رفع إليه رجل قد أراد استكراه امرأة مسلمة على الزنا، فقال: ما على هذا صالحناكم. وأمر به فصلب في بيت المقدس. ولأن فيه ضررا على المسلمين، فأشبه الامتناع من بذل الجزية. وكل موضع قلنا: لا ينتقض عهده. فإنه إن فعل ما فيه حد أقيم عليه حده أو قصاصه، وإن لم يوجب حدا، عزر ويفعل به ما ينكف به أمثاله عن فعله.

فإن أراد أحد منهم فعل ذلك كف عنه، فإن مانع بالقتال نقض عهده. ومن حكمنا بنقض عهده منهم، خير الإمام فيه بين أربعة أشياء؛ القتل، والاسترقاق، والفداء، والمن، كالأسير الحربي؛ لأنه كافر قدرنا عليه في دارنا بغير عهد ولا عقد، ولا شبهة ذلك، فأشبه اللص الحربي. ويختص ذلك به دون ذريته؛ لأن النقض إنما وجد منه دونهم، فاختص به، كما لو أتى ما يوجب حدا أو تعزيرا.

[فصل أمصار المسلمين على ثلاثة أقسام]

(٧٦٨٧) فصل: أمصار المسلمين على ثلاثة أقسام؛ أحدها، ما مصره المسلمون، كالبصرة والكوفة وبغداد وواسط، فلا يجوز فيه إحداث كنيسة." [(١)]

"ولا بيعة ولا مجتمع لصلاتهم، ولا يجوز صلحهم على ذلك، بدليل ما روي عن عكرمة، قال: قال ابن عباس: أيما مصر مصرته العرب، فليس للعجم أن يبنوا فيه بيعة، ولا يضربوا فيه ناقوسا، ولا يشربوا فيه خمرا، ولا يتخذوا فيه خنزيرا. رواه الإمام أحمد، واحتج به.

ولأن هذا البلد ملك للمسلمين، فلا يجوز أن يبنوا فيه مجامع للكفر. وما وجد في هذه البلاد من البيع والكنائس، مثل كنيسة الروم في بغداد، فهذه كانت في قرى أهل الذمة، فأقرت على ما كانت عليه. القسم الثاني، ما فتحه المسلمون عنوة، فلا يجوز إحداث شيء من ذلك فيه؛ لأنها صارت ملكا للمسلمين، وما كان فيه من ذلك ففيه وجهان؛ أحدهما، يجب هدمه، وتحرم تبقيته؛ لأنها بلاد مملوكة للمسلمين، فلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٥٤

يجز أن تكون فيها بيعة، كالبلاد التي اختطها المسلمون.

والثاني يجوز؛ لأن في حديث ابن عباس: أيما مصر مصرته العجم، ففتحه الله على العرب، فنزلوه، فإن للعجم ما في عهدهم. ولأن الصحابة، – رضي الله عنهم –، فتحوا كثيرا من البلاد عنوة، فلم يهدموا شيئا من الكنائس. ويشهد لصحة هذا، وجود الكنائس والبيع في البلاد التي فتحت عنوة، ومعلوم أنها ما أحدثت، فيلزم أن تكون موجودة فأبقيت.

وقد كتب عمر بن عبد العزيز، – رضي الله عنه – إلى عماله، أن لا يهدموا بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار. ولأن الإجماع قد حصل على ذلك، فإنها موجودة في بلاد المسلمين من غير نكير.

القسم الثالث ما فتح صلحا، وهو نوعان؛ أحدهما، أن يصالحهم على أن الأرض لهم، **ولنا** الخراج عنها، فلهم إحداث ما يحتاجون فيها؛ لأن الدار لهم والثاني، أن يصالحهم على أن الدار للمسلمين، ويؤدون الجزية إلينا، فالحكم في البيع والكنائس على ما يقع عليه الصلح معهم، من إحداث ذلك، وعمارته؛ لأنه إذا جاز أن يقع الصلح معهم على أن الكل لهم، جاز أن يصالحوا على أن يكون بعض البلد لهم، ويكون موضع الكنائس والبيع معينا والأولى أن يصالحهم على ما صالحهم عليه عمر – رضي الله عنه – ويشترط عليهم الشروط المذكورة في كتاب عبد الرحمن بن غنم، أن لا يحدثوا بيعة، ولا كنيسة، ولا صومعة راهب، ولا قلاية.

وإن وقع الصلح مطلقا من غير شرط، حمل على ما وقع عليه صلح عمر، وأخذوا بشروطه. فأما الذين صالحهم عمر، وعقد معهم الذمة، فهم على ما في كتاب عبد الرحمن بن غنم، مأخوذون بشروطه كلها وما وجد في بلاد المسلمين من الكنائس والبيع، فهي على ما كانت عليه في زمن فاتحيها ومن بعدهم، وكل موضع قلنا: يجوز إقرارها. لم يجز هدمها، ولهم رم ما تشعث منها، وإصلاحها؛ لأن المنع من ذلك يفضي إلى خرابها وذهابها، فجرى مجرى هدمها. وإن وقعت كلها، لم يجز." (١)

"بناؤها.

وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وعن أحمد أنه يجوز. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي؛ لأنه بناء لما استهدم فأشبه بناء بعضها إذا انهدم ورم شعثها، ولأن استدامتها جائزة وبناؤها كاستدامتها. وحمل الخلال قول أحمد: لهم أن يبنوا ما انهدم منها. أي إذا انهدم بعضها، ومنعه من بناء ما انهدم، على ما إذا انهدمت كلها، فجمع بين الروايتين. **ولنا**، أن في كتاب أهل الجزيرة لعياض بن غنم: ولا نجدد ما خرب من كنائسنا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٥٥

وروى كثير بن مرة، قال: سمعت عمر بن الخطاب يقول قال: رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا تبنى الكنيسة في الإسلام ولا يجدد ما خرب منها» . ولأن هذا بناء كنيسة في دار الإسلام، فلم يجز، كما لو ابتدئ بناؤها. وفارق رم شعثها؛ فإنه إبقاء واستدامة، وهذا إحداث.

[فصل استحدث من أهل الذمة بناء]

(٧٦٨٨) فصل: ومن استحدث من أهل الذمة بناء، لم يجز له منعه حتى يكون أطول من بناء المسلمين المجاورين له؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «الإسلام يعلو ولا يعلى» . ولأن في ذلك رتبة على المسلمين، وأهل الذمة ممنوعون من ذلك، ولهذا يمنعون من صدور المجالس، ويلجئون إلى أضيق الطرق. ولا يمنع من تعلية بنائه على من ليس بمجاور له؛ لأن علوها إنما يكون ضررا على المجاور لها، دون غيره. وفي جواز مساواة المسلمين وجهان؛ أحدهما، الجواز؛ لأنه ليس بمستطيل على المسلمين.

والثاني، المنع؛ لقوله - عليه السلام -: «الإسلام يعلو ولا يعلى» . ولأنهم منعوا من مساواة المسلمين في لباسهم وشعورهم وركوبهم، كذلك في بنائهم، فإن كان للذمي دار عالية، فملك المسلم دارا إلى جانبها، أو بنى المسلم إلى جانب دار ذمي دارا دونها، أو اشترى ذمي دارا عالية لمسلم، فله سكنى داره، ولا يلزمه هدمها؛ لأنه لم يعل على المسلمين شيئا. فإن انهدمت داره العالية، ثم جدد بناءها، لم يجز له تعليته على بناء المسلمين. وإن انهدم ما علا منها، لم تكن له إعادته. وإن تشعث منه شيء ولم ينهدم، فله رمه وإصلاحه؛ لأنه ملك استدامته، فملك رم شعثه، كالكنيسة.

[فصل لا يجوز لأهل الكتاب سكنى الحجاز]

(٧٦٨٩) فصل: ولا يجوز لأحد منهم سكنى الحجاز. وبهذا قال مالك، والشافعي. إلا أن مالكا قال: أرى أن يجلوا." (١)

"المشهورة، وإن صحت فهي في الذبيحة، ولا يصح قياس الصيد عليها؛ لما ذكرنا، مع ما في الصيد من النصوص الخاصة.

إذا ثبت هذا، فالتسمية المعتبرة قوله: " بسم الله ". لأن إطلاق التسمية ينصرف إلى ذلك، وقد ثبت «أن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٥٦/٩

رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان إذا ذبح قال: بسم الله، والله أكبر» . وكان ابن عمر يقوله. ولا خلاف في أن قوله: " بسم الله " يجزئه. وإن قال: اللهم اغفر لي. لم يكف؛ لأن ذلك طلب حاجة. وإن هلل، أو سبح، أو كبر، أو حمد الله تعالى، احتمل الإجزاء؛ لأنه ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم، واحتمل المنع؛ لأن إطلاق التسمية لا يتناوله.

وإن ذكر اسم الله تعالى بغير العربية، أجزأه وإن أحسن العربية؛ لأن المقصود ذكر اسم الله، وهو يحصل بجميع اللغات، بخلاف التكبير في الصلاة، فإن المقصود لفظه. وتعتبر التسمية عند الإرسال؛ لأنه الفعل الموجود من المرسل، فتعتبر التسمية عنده، كما تعتبر عند الذبح من الذابح، وعند إرسال السهم من الرامي. نص أحمد على هذا.

ولا تشرع الصلاة على النبي – صلى الله عليه وسلم – مع التسمية في ذبح ولا صيد. وبه قال الليث. واختار أبو إسحاق بن شاقلا استحباب ذلك. وهو قول الشافعي؛ لقوله – صلى الله عليه وسلم –: «من صلى علي مرة، صلى الله عليه عشرا» .

وجاء في تفسير قوله تعالى: ﴿ورفعنا لك ذكرك﴾ [الشرح: ٤] . لا أذكر إلا ذكرت معي. **ولنا**، قوله – عليه السلام – " موطنان لا أذكر فيهما؛ عند الذبيحة، والعطاس ". رواه أبو محمد الخلال بإسناده، ولأنه إذا ذكر غير الله تعالى أشبه المهل لغير الله.

الشرط الثالث، أن يرسل الجارحة على الصيد، فإن استرسلت بنفسها فقتلت، لم يبح. وبهذا قال ربيعة، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال عطاء، والأوزاعي: يؤكل صيده إذا أخرجه للصيد. وقال إسحاق: إذا سمى عند انفلاته، أبيح صيده.

وروى بإسناده عن ابن عمر، أنه سئل عن الكلاب تنفلت من مرابضها فتصيد الصيد؟ قال: اذكر اسم الله، وكل. وقال إسحاق: فهذا الذي أختار إذا لم يتعمد هو إرساله من غير ذكر اسم الله عليه. قال الخلال: هذا على معنى قول أبي عبد الله. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم – «إذا أرسلت كلبك، وسميت، فكل» . ولأن إرسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح، ولهذا اعتبرت التسمية معه، وإن استرسل بنفسه فسمى صاحبه وزجره، فزاد في عدوه، أبيح صيده. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا يباح.

وعن عطاء كالمذهبين.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٨/٩

"**ولنا**، أن زجره أثر في عدوه، فصار كما لو أرسله؛ وذلك لأن فعل الإنسان متى انضاف إلى فعل غيره، فالاعتبار بفعل الإنسان، بدليل ما لو صال الكلب على إنسان، فأغراه إنسان، فالضمان على من أغراه. وإن أرسله بغير تسمية، ثم سمى وزجره، فزاد في عدوه، فظاهر كلام أحمد أنه يباح؛ فإنه قال: إذا أرسل، ثم سمى فانزجر، أو أرسل وسمى، فالمعنى قريب من السواء. وظاهر هذا الإباحة؛ لأنه انزجر بتسميته وزجره، فأشبه التي قبلها.

وقال القاضي: لا يباح صيده؛ لأن الحكم يتعلق بالإرسال الأول، بخلاف ما إذا استرسل بنفسه، فإنه لا يتعلق به حظر ولا إباحة.

الشرط الرابع، أن يكون الجارح معلما. ولا خلاف في اعتبار هذا الشرط؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] . وما تقدم من حديث أبي ثعلبة. ويعتبر في تعليمه ثلاثة شروط؛ إذا أرسله استرسل، وإذا زجره انزجر، وإذا أمسك لم يأكل. ويتكرر هذا منه مرة بعد أخرى حتى يصير معلما في حكم العرف، وأقل ذلك ثلاث. قاله القاضي. وهو قول أبي يوسف، ومحمد.

ولم يقدر أصحاب الشافعي عدد المرات؛ لأن التقدير بالتوقيف، ولا توقيف في هذا، بل قدره بما يصير به في العرف معلما. وحكي عن أبي حنيفة، أنه إذا تكرر مرتين، صار معلما؛ لأن التكرار يحصل بمرتين. وقال الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب: يحصل ذلك بمرة، ولا يعتبر التكرار؛ لأنه تعلم صنعة، فلا يعتبر فيه التكرار، كسائر الصنائع.

ولنا أن تركه للأكل يحتمل أن يكون لشبع، ويحتمل أنه لتعلم، فلا يتميز ذلك إلا بالتكرار، وما اعتبر فيه التكرار اعتبر ثلاثا، كالمسح في الاستجمار، وعدد الإقرار والشهود في العدة، والغسلات في الوضوء. ويفارق الصنائع، فإنها لا يتمكن من فعلها إلا من تعلمها، فإذا فعلها علم أنه قد تعلمها وعرفها، وترك الأكل ممكن الوجود من المتعلم وغيره، ويوجد من الصنفين جميعا، فلا يتميز به أحدهما من الآخر حتى يتكرر. وحكي عن ربيعة ومالك، أنه لا يعتبر ترك الأكل؛ لما روى أبو ثعلبة الخشني، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله عليه، فكل، وإن أكل» . ذكره الإمام أحمد، ورواه أبو داود. **ولنا**، أن العادة في المعلم ترك الأكل، فاعتبر شرطا، كالانزجار إذا زجر، وحديث أبي ثعلبة معارض بما روي عن عدي بن حاتم، «أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال: فإن أكل فلا تأكل،

فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه» . وهذا أولى بالتقديم لأنه، متفق عليه.
ولأنه متضمن للزيادة، وهو ذكر." (١)

"الحكم معللا. ثم إن حديث أبي ثعلبة محمول على جارحة ثبت تعليمها؛ لقوله: " إذا أرسلت كلبك المعلم ". ولا يثبت التعليم حتى يترك الأكل. إذا ثبت هذا، فإن الانزجار بالزجر إنما يعتبر بإرساله على الصيد، أو رؤيته، أما بعد ذلك، فإنه لا ينزجر بحال.

الشرط الخامس، أن لا يأكل من الصيد فإن أكل منه، لم يبح، في أصح الروايتين. ويروى ذلك عن ابن عباس، وأبي هريرة. وبه قال عطاء، وطاوس، وعبيد بن عمير، والشعبي، والنخعي، وسويد بن غفلة، وأبو بردة، وسعيد بن جبير، وعكرمة، والضحاك، وقتادة، وإسحاق، وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور. والرواية الثانية: يباح.
وروي ذلك عن سعد بن أبي وقاص، وسلمان، وأبي هريرة، وابن عمر. حكاه عنهم الإمام أحمد. وبه قال مالك. وللشافعي قولان، كالمذهبين. واحتج من أباحه بعموم قوله تعالى ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] .
وحديث أبي ثعلبة، ولأنه صيد جارح معلم، فأبيح، كما لو لم يأكل. فإن الأكل يحتمل أن يكون لفرط جوع أو غيظ على الصيد. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - في حديث عدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم، وذكرت اسم الله تعالى، فكل مما أمسك عليك. قلت: وإن قتل؟ قال: وإن قتل، إلا أن يأكل الكلب فإن أكل، فلا تأكل، فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه» . متفق عليه.
ولأن ما كان شرطا في الصيد الأول، كان شرطا في سائر صيوده، كالإرسال والتعليم. وأما الآية فلا تتناول هذا الصيد؛ فإنه قال: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] . وهذا إنما أمسك على نفسه. وأما حديث أبي ثعلبة، فقد قال أحمد: يختلفون عن هشيم فيه. وعلى أن حديثنا أصح؛ لأنه متفق عليه وعدي بن حاتم أضبط، ولفظه أبين؛ لأنه ذكر الحكم والعلة.
قال أحمد: حديث الشعبي عن عدي، من أصح ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - والشعبي يقول: كان جاري وربيطي، فحدثني. والعمل عليه. ويحتمل أنه أكل منه بعد أن قتله وانصرف عنه، وإذا ثبت هذا فإذا لا يحرم ما تقدم من صيوده، في قول أكثر أهل العلم. وقال أبو حنيفة: يحرم؛ لأنه لو كان

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٦٩

معلما ما أكل

ولنا، عموم الآية والأخبار، وإنما خص منه ما أكل منه، ففيما عداه يجب القضاء بالعموم، ولأن اجتماع شروط التعليم حاصلة، فوجب الحكم به، ولهذا حكمنا بحل صيده، فإذا وجد الأكل، احتمل أن يكون لنسيان، أو لفرط جوعه، أو نسي التعليم، فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال.." (١)

"**ولنا**، ما روي عن عدي، قال: «سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن صيد البازي، فقال: إذا أمسك عليك، فكل» . ولأنه جارح يصاد به عادة، ويقبل التعليم، فأشبه الكلب.

فأما الآية، فإن الجوارح الكواسب. ﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾ [الأنعام: ٦٠] . أي كسبتم. وفلان جارحة أهله، أي كاسبهم. (مكلبين) من التكليب وهو الإغراء.

[فصل هل يجب غسل أثر فم الكلب من الصيد؟]

فصل: وهل يجب غسل أثر فم الكلب من الصيد؟ فيه وجهان؛ أحدهما، لا يجب؛ لأن الله تعالى ورسوله أمرا بأكله، ولم يأمرا بغسله والثاني، يجب؛ لأنه قد ثبتت نجاسته، فيجب غسل ما أصابه، كبوله. "

[مسألة أرسل البازي وما أشبهه فصاد وقتل]

(٧٧١٠) مسألة؛ قال: (وإذا أرسل البازي، وما أشبهه فصاد وقتل، أكل، وإن أكل من الصيد؛ لأن تعليمه بأن يأكل) وجملته أنه يشترط في الصيد بالبازي ما يشترط في الصيد بالكلب، إلا ترك الأكل، فلا يشترط، ويباح صيده وإن أكل منه.

وبهذا قال ابن عباس. وإليه ذهب النخعي، وحماد، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه. ونص الشافعي على أنه كالكلب في تحريم ما أكل منه من صيده؛ لأن مجالدا روى عن الشعبي، عن عدي بن حاتم، «عن النبي - صلى الله عليه وسلم -: فإن أكل الكلب والبازي، فلا تأكل» .

ولأنه جارح أكل مما صاده عقيب قتله، فأشبه سباع البهائم. **ولنا**، إجماع الصحابة، روى الخلال، بإسناده عن ابن عباس، قال: إذا أكل الكلب، فلا تأكل من الصيد، وإذا أكل الصقر، فكل؛ لأنك تستطيع أن تضرب الكلب، ولا تستطيع أن تضرب الصقر. وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة إباحة ما أكل منه الكلب، وخالفهم ابن عباس فيه ووافقهم في الصقر، ولم ينقل عن أحد في عصرهم خلافهم، ولأن جوارح الطير تعلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٠

بالأكل، ويتعذر تعليمها بترك الأكل، فلم يقدح في تعليمها، بخلاف الكلب والفهد.

وأما الخبر، فلا يصح، يرويه مجالد، وهو ضعيف. قال أحمد: مجالد يصير القصة واحدة، كم من أعجوبة لمجالد. والروايات الصحيحة تخالفه، ولا يصح قياس الطير على السباع؛ لما بينهما من الفرق. إذا ثبت هذا، فكل جارح من الطير أمكن تعليمه، والاصطياد به، من البازي والصقر والشاهين والعقاب، حل صيدها على ما ذكرناه.

[مسألة لا يؤكل ما صيد بالكلب الأسود إذا كان بهيما]

(٧٧١١) مسألة؛ قال: (ولا يؤكل ما صيد بالكلب الأسود، إذا كان بهيما؛ لأنه شيطان)." [١]

"البهيم: الذي لا يخالط لونه لون سواه. قال أحمد: الذي ليس فيه بياض. قال ثعلب، وإبراهيم الحربي: كل لون لم يخالطه لون آخر بهيم. قيل لهما: من كل لون؟ قالا: نعم. وممن كره صيده الحسن، والنخعي، وقتادة، وإسحاق.

قال أحمد: ما أعرف أحدا يرخص فيه. يعني من السلف. وأباح صيده أبو حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لعموم الآية والخبر والقياس على غيره من الكلاب. **ولنا**، أنه كلب يحرم اقتناؤه، ويجب قتله، فلم يبح صيده، كغير المعلم، ودليل تحريم اقتنائه قول النبي – صلى الله عليه وسلم -: «فاقتلوا منها كل أسود بهيم» . رواه سعيد، وغيره.

وروى مسلم، في " صحيحه "، بإسناده عن عبد الله بن المغفل، قال: «أمرنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بقتل الكلاب، ثم نهى عن قتلها، فقال: عليكم بالأسود البهيم، ذي النكتتين، فإنه شيطان» . فأمر بقتله، وما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه، فلم يبح صيده لغير المعلم، ولأن النبي – صلى الله عليه وسلم – سماه شيطانا، ولا يجوز اقتناء الشيطان، وإباحة الصيد المقتول رخصة، فلا تستباح بمحرم كسائر الرخص، والعمومات مخصوصة بما ذكرناه، وإن كان فيه نكتتان فوق عينيه، لم يخرج بذلك عن كونه نهيا؛ لما ذكرناه من الخبر.

[مسألة أدرك الصيد وفيه روح فلم يذكه حتى مات]

(٧٧١٢) مسألة؛ قال: (وإذا أدرك الصيد وفيه روح، فلم يذكه حتى مات، لم يؤكل) يعني، والله أعلم، ما

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٢

كان فيه حياة مستقرة، فأما ما كانت حياته كحياة المذبوح، فهذا يباح من غير ذبح، في قولهم جميعا، فإن الذكاة في مثل هذا لا تفيد شيئا.

وكذلك لو ذبحه مجوسي، ثم أعاد ذبحه مسلم. لم يحل، فأما إن أدركه وفيه حياة مستقرة، فلم يذبحه حتى مات، نظرت؛ فإن لم يتسع الزمان لذكاته حتى مات، حل أيضا. قال قتادة: يأكله ما لم يتوان في ذكاته، أو يتركه عمدا وهو قادر على أن يذكيه. ونحوه قول مالك، والشافعي. وروي عن الحسن، و النخعي. وقال أبو حنيفة: لا يحل؛ لأنه أدركه حيا حياة مستقرة، فتعلقت إباحته بتذكيته، كما لو اتسع الزمان.

ولنا، أنه لم يقدر على ذكاته بوجه ينسب فيه إلى التفريط، ولم يتسع لها الزمان، فكان عقره ذكاته، كالذي قتله. ويفارق ما قاسوا عليه؛ لأنه أمكنه ذكاته، وفرط بتركها.

ولو أدركه وفيه حياة مستقرة يعيش بها طويلا، وأمكنته ذكاته، فلم يدركه حتى مات، لم يبح، سواء كان به جرح يعيش معه أو لا، وبه قال مالك، والليث، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور وأصحاب الرأي؛ لأن ما كان كذلك. فهو في حكم الحي. بدليل أن عمر. – رضي الله عنه –. كانت جراحاته موحية. فأوصى. وأجيزت وصاياه وأقواله في تلك الحال.." (١)

"وهذا قول الشافعي، وأبي ثور. وقال أبو حنيفة: لا يحل؛ لأن كلب المجوسي عاون في اصطياده، فأشبه إذا عقره. **ولنا**، أن جارحة المسلم انفردت بقتله، فأبيح، كما لو رمى المجوسي سهمه فرد الصيد، فأصابه سهم مسلم، فقتله، أو أمسك مجوسي شاة فذبحها مسلم. وبهذا يبطل ما قاله.

[فصل صاد المجوسي بكلب مسلم]

(٧٧١٧) فصل: وإذا صاد المجوسي بكلب مسلم، لم يبح صيده. في قولهم جميعا. وإن صاد المسلم، بكلب المجوسي، فقتل، حل صيده. وبهذا قال سعيد بن المسيب، والحكم، ومالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وعن أحمد: لا يباح. وكرهه جابر، والحسن، ومجاهد، والنخعي، والثوري؛ لقوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾ [المائدة: ٤] . وهذا لم يعلمه. وعن الحسن، أنه كره الصيد بكلب اليهودي والنصراني، لهذه الآية. **ولنا**، أنه آلة صاد بها المسلم، فحل صيده، كالقوس والسهم.

قال ابن المسيب: هي بمنزلة شفرته. والآية دلت على إباحة الصيد بما علمناه وما علمه غيرنا، فهو في

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٣

معناه، فيثبت الحكم بالقياس الذي ذكرناه، يحققه أن التعليم إنما أثر في جعله آلة، ولا تشرط الأهلية في ذلك، كعمل القوس والسهم، وإنما تشترط فيما أقيم مقام الذكاة، وهو إرسال الآلة، من الكلب والسهم، وقد وجد الشرط هاهنا.

[فصل أرسل جماعة كلابا وسموا فوجدوا الصيد قتيلا لا يدرون من قتله]

(٧٧١٨) فصل: إذا أرسل جماعة كلابا، وسموا، فوجدوا الصيد قتيلا، لا يدرون من قتله، حل أكله. فإن اختلفوا في قاتله، وكانت الكلاب متعلقة به، فهو بينهم على السواء؛ لأن الجميع مشتركة في إمساكه، فأشبه ما لو كان في أيدي الصيادين أو عبيدهم. وإن كان البعض متعلقا به دون باقيها، فهو لمن كلبه متعلق به، وعلى من حكمنا له به اليمين في المسألتين؛ لأن دعواه محتملة، فكانت اليمين عليه، كصاحب اليد.

وإن كان قتيلا والكلاب ناحية وقف الأمر حتى يصطلحوا. ويحتمل أن يقرع بينهم، فمن قرع صاحبه حلف، وكان له. وهذا قول أبي ثور. قياسا على ما لو تداعيا دابة في يد غيرهما. وعلى الأول، إذا خيف فساده، قبل اصطلاحهم عليه، باعوه، ثم اصطلحوا على ثمنه.

[مسألة سمى ورمى صيدا فأصابت غيره]

مسألة قال: (وإذا سمى، ورمى صيدا، فأصابت، غيره، جاز أكله) وجملة ذلك الأمر، أن الصيد بالسهام وكل محدد جائز، بلا خلاف، وهو داخل في مطلق قوله تعالى:." (١)

"﴿فاصطادوا﴾ [المائدة: ٢] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «فما صدت بقوسك، وذكرت اسم الله عليه، فكل» . وعن أبي قتادة أنه «كان مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرأى حمارا وحشيا، فاستوى على فرسه، وأخذ رمحه، ثم شد على الحمار فقتله، فلما أدركوا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سألوه عن ذلك، فقال: إنما هي طعمة أطعمكموها الله» . متفق عليه.

ويعتبر فيه من الشروط ما ذكرنا في الجارح، إلا التعليم. وتعتبر التسمية عند إرسال السهم والطعن إن كان برمح والضرب إن كان مما يضرب؛ لأنه الفعل الصادر منه. وإن تقدمت التسمية بزمن يسير، جاز، كما ذكرنا في النية في العبادات. ويعتبر أن يقصد الصيد، فلو رمى هدفا فأصاب صيدا، أو قصد رمي إنسان أو حجر، أو رمى عبثا غير قاصد صيدا فقتله، لم يحل.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٦

وإن قصد صيدا، فأصابه وغيره، حلا جميعا، والجارح في هذا بمنزلة السهم. نص أحمد على هذه المسائل. وهو قول الثوري، وقتادة، وأبي حنيفة، والشافعي، إلا أن الشافعي قال: إذا أرسل الكلب على صيد، فأخذ آخر في طريقه، حل، وإن عدل عن طريقه إليه، ففيه روايتان. وقال مالك: إذا أرسل كلبه على صيد بعينه، فأخذ غيره، لم يبح؛ لأنه لم يقصد صيده، إلا أن يرسله على صيود كبار، فتتفرق عن صغار، فإنها تباح إذا أخذها.

ولنا، عموم قوله تعالى: ﴿فكلوا مما أمسكن عليكم﴾ [المائدة: ٤] . وقوله - عليه السلام -: «إذا أرسلت كلبك، وذكرت اسم الله عليه، فكل مما أمسك عليك» . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «كل ما ردت عليك قوسك» . ولأنه أرسل آلة الصيد على صيد، فحل ما صاده، كما لو أرسلها على كبار فتفرقت عن صغار فأخذها، على مالك، أو كما لو أخذ صيدا في طريقه، على الشافعي.

ولأنه لا يمكن تعليم الجارح اصطياد واحد بعينه دون واحد، فسقط اعتباره، فأما إن أرسل سهمه أو الجارح، ولا يرى صيدا، ولا يعلمه، فصاد، لم يحل صيده؛ لأنه لم يقصد صيدا، لأن القصد لا يتحقق لما لا يعلمه. وبهذا قال الشافعي في الكلب. وقال الحسن، ومعاوية بن قرة: يأكله؛ لعموم الآية والخبر، ولأنه قصد الصيد، فحل له ما صاده، كما لو رآه. **ولنا**، أن قصد الصيد شرط، ولا يصح القصد مع عدم العلم، فأشبه ما لو لم يقصد الصيد.

[فصل رأى سوادا أو سمع حسا فظنه آدميا أو بهيمة أو حجرا فرماه فقتله فإذا هو صيد]

(٧٧٢٠) فصل وإن رأى سوادا، أو سمع حسا، فظنه آدميا، أو بهيمة، أو حجرا، فرماه فقتله، فإذا هو صيد، لم يبح. وبهذا قال مالك، ومحمد بن الحسن. وقال أبو حنيفة: يباح. وقال الشافعي: يباح إن كان المرسل سهما، ولا يباح إن كان جارحا. واحتج من أباحه بعموم الآية والخبر، ولأنه قصد الاصطياد، وسمى فأشبه ما لو علمه صيدا." (١)

"عباس أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا تطرقوا الطير في أوكارها؛ فإن الليل لها أمان» . فقال: هذا ليس بشيء، يرويه فرات بن السائب، وليس بشيء، ورواه عنه حفص بن عمر، ولا أعرفه. قال يزيد بن هارون: ما علمت أن أحدا كره صيد الليل. وقال يحيى بن معين: ليس به بأس. وسئل: هل يكره للرجل صيد الفراخ الصغار، مثل الورشان وغيره؟ يعني من أوكارها. فلم يكرهه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٧٧

[مسألة رمى صيدا فأبان منه عضوا]

(٧٧٢٦) مسألة؛ قال: (وإذا رمى صيدا، فأبان منه عضوا، لم يؤكل ما أبان منه ويؤكل ما سواه، في إحدى الروايتين، والأخرى يأكله وما أبان منه) وجملته أنه إذا رمى صيدا، أو ضربه، فبان بعضه، لم يخل من أحوال ثلاثة؛ أحدهما، أن يقطعه قطعتين، أو يقطع رأسه، فهذا جميعه حلال، سواء كانت القطعتان متساويتين أو متفاوتتين. وبهذا قال الشافعي.

وروي ذلك عن عكرمة، والنخعي، وقتادة، وقال أبو حنيفة: إن كانتا متساويتين، أو التي مع الرأس أقل، حلتا، وإن كانت الأخرى أقل، لم يحل، وحل الرأس وما معه، لأن «النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: ما أبين من حي فهو ميت» . ولنا، أنه جزء لا تبقى فيه الحياة مع فقده، فأبيح، كما لو تساوت القطعتان.

الحال الثاني، أن يبين منه عضو، وتبقى فيه حياة مستقرة، فالبائن محرم بكل حال، سواء بقي الحيوان حيا، أو أدركه فذكاه، أو رماه بسهم آخر فقتله، إلا أنه إن ذكاه حل بكل حال دون ما أبان منه. وإن ضربه في غير مذبحه فقتله، نظرت؛ فإن لم يكن أثبته بالضربة الأولى حل، دون ما أبان منه، وإن كان أثبته، لم يحل شيء منه؛ لأن ذكاة المقدور عليه في الحلق واللبة.

الحال الثالث، أبان منه عضوا، ولم تبق فيه حياة مستقرة، فهذه التي ذكر الخرقي فيها روايتين؛ أشهرهما عن أحمد، إباحتهما. قال أحمد: إنما حديث النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ما قطعت من الحي ميتة. إذا قطعت وهي حية، تمشي وتذهب» .

أما إذا كانت البينونة والموت جميعا، أو بعده بقليل، إذا كان في علاج." [١]

"وكره الصيد بالشباش، وهو طائر يخيط عينه أو يربط، من أجل تعذيبه. ولم ير بأسا بالصيد بالشبكة، والشرك، وشيء فيه دبق يمنع الطير من الطيران، وأن يطعم شيئا إذا أكله سكر وأخذه.

[مسألة لا يؤكل صيد مرتد ولا ذبيحته]

(٧٧٤١) مسألة؛ قال: (ولا يؤكل صيد مرتد، ولا ذبيحته، وإن تدين بدين أهل الكتاب) يعني ما قتله من الصيد ولم تدرك ذكاته. وهذا قول أكثر أهل العلم، منهم؛ الشافعي، وأبو حنيفة وأصحابه. وقال الأوزاعي، وإسحاق: تباح ذبيحته إذا ذهب إلى النصرانية أو اليهودية؛ لأن من تولى قوما فهو منهم. ولنا، أنه كافر لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٨١/٩

يقر على كفره، فلم تبح ذبيحته، كعبدة الأوثان. وقد مضت هذه المسألة في باب المرتد.

[مسألة ترك التسمية على الصيد عامدا أو ساهيا]

(٧٧٤٢) مسألة؛ قال: (ومن ترك التسمية على الصيد عامدا أو ساهيا، لم يؤكل، وإن ترك التسمية على الذبيحة عامدا، لم تؤكل، وإن تركها ساهيا، أكلت) أما الصيد فقد مضى القول فيه، وأما الذبيحة فالمشهور من مذهب أحمد، أنها شرط مع الذكر، وتسقط بالسهو. وروي ذلك عن ابن عباس. وبه قال مالك، والثوري، وأبو حنيفة، وإسحاق.

وممن أباح ما نسيت التسمية عليه، عطاء، وطاوس، وسعيد بن المسيب، والحسن، وعبد الرحمن بن أبي ليلى، وجعفر بن محمد، وربيعة، وعن أحمد، أنها مستحبة غير واجبة في عمد ولا سهو. وبه قال الشافعي؛ لما ذكرنا في الصيد قال أحمد: إنما قال الله تعالى: ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] . يعني الميتة.

وذكر ذلك عن ابن عباس. **ولنا**، قول ابن عباس: من نسي التسمية فلا بأس. وروى سعيد بن منصور، بإسناده عن راشد بن ربيعة، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «ذبيحة المسلم حلال وإن لم يسم، إذا لم يتعمد» . ولأنه قول من سمينا، ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا.

وقوله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] . محمول على ما تركت التسمية عليه عمدا، بدليل قوله: ﴿وإنه لفسق﴾ [الأنعام: ١٢١] . والأكل مما نسيت التسمية عليه ليس بفسق. ويفارق الصيد؛ لأن ذبحه في غير محل، فاعتبرت التسمية تقوية له، والذبيحة بخلاف ذلك.." (١)

"القاضي: ما ذبحه الكتابي لعيده أو نجم أو صنم أو نبي، فسماه على ذبيحته، حرم؛ ﴿وما أهل لغير الله به﴾ [المائدة: ٣] . وإن سمى الله وحده، حل؛ لقول الله تعالى ﴿فكلوا مما ذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١١٨] . لكنه يكره؛ لقصده بقلبه الذبح لغير الله.

[مسألة لا يؤكل ما قتل بالبندق أو الحجر]

مسألة؛ قال: (ولا يؤكل ما قتل بالبندق أو الحجر؛ لأنه موقوذ) يعني الحجر الذي لا حد له، فأما المحدد كالصوان، فهو كالمعراض، إن قتل بحده أبيح، وإن قتل بعرضه أو ثقله فهو وقيذ لا يباح. وهذا قول عامة

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٨٨

الفقهاء. وقال ابن عمر، في المقتولة بالبندق: تلك الموقوذة.

وكره ذلك سالم، والقاسم، ومجاهد، وعطاء، والحسن وإبراهيم، ومالك، والثوري، والشافعي، وأبو ثور. ورخص فيما قتل بها ابن المسيب. وروي أيضا عن عمار، وعبد الرحمن بن أبي ليلى. **ولنا**، قول الله تعالى ﴿والموقوذة﴾ [المائدة: ٣]

وروى سعيد، بإسناده عن إبراهيم، عن عدي قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «ولا تأكل من البندقة إلا ما ذكيت» . وقال في المعراض: «إذا أصيب بعرضه، فقتل، فإنه وقيذ» . وقال عمر: ليتق أحدكم أن يحذف الأرنب بالعصا والحجر. ثم قال: وليذك لكم الأسل؛ الرماح والنبل. إذا ثبت هذا، فسواء شدخه أو لم يشدخه، حتى لو رماه ببندقة فقطعت حلقوم طائر ومريئه، أو أطارت رأسه، لم يحل. وكذلك إن فعل ذلك بحجر غير محدد.

[مسألة لا يؤكل صيد المجوسي وذبيحته]

(٧٧٥٢) مسألة؛ قال: (ولا يؤكل صيد المجوسي وذبيحته، إلا ما كان من حوت فإنه لا ذكاة له) أجمع أهل العلم على تحريم صيد المجوسي وذبيحته، إلا ما لا ذكاة له، كالسمك والجراد، فإنهم أجمعوا على إباحته، غير أن مالكا، والليث، وأبا ثور، شذوا عن الجماعة، وأفرطوا؛ فأما مالك والليث فقالا: لا نرى أن يؤكل الجراد إذا صاده المجوسي. ورخصا في السمك وأبو ثور أباح صيده وذبيحته؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب» . ولأنهم يقرون بالجزية، فيباح صيدهم وذبائحهم، كاليهود والنصارى. واحتج برواية عن سعيد بن المسيب. وهذا قول يخالف الإجماع، فلا عبرة به. قال إبراهيم الحربي: خرق أبو ثور الإجماع.

قال أحمد: هاهنا قوم لا يرون بذبائح المجوس بأسا، ما أعجب هذا يعرض." (١)

"[فصل يباح أكل الجراد]

(٧٧٥٦) فصل: يباح أكل الجراد بإجماع أهل العلم. وقد قال عبد الله بن أبي أوفى: «غزونا مع رسول الله – صلى الله عليه وسلم – سبع غزوات، نأكل الجراد» . رواه البخاري، وأبو داود. . ولا فرق بين أن يموت بسبب أو بغير سبب، في قول عامة أهل العلم؛ منهم الشافعي، وأصحاب الحديث، وأصحاب الرأي وابن المنذر. وعن أحمد، أنه إذا قتله البرد، لم يؤكل. وعنه، لا يؤكل إذا مات بغير سبب. وهو قول مالك. ويروي

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٩٢

أيضا عن سعيد بن المسيب. **ولنا**، عموم قوله – عليه السلام –: «أحلت لنا ميتتان ودمان» فالميتتان السمك والجراد ". ولم يفصل.

ولأنه تباح ميتته، فلم يعتبر له سبب، كالسمك، ولأنه لو افتقر إلى سبب، لافتقر إلى ذبح وذابح وآلة، كبهيمة الأنعام.

(٧٧٥٧) فصل: ويباح أكل الجراد بما فيه، وكذلك السمك، يجوز أن يقلى من غير أن يشق بطنه، وقال أصحاب الشافعي في السمك: لا يجوز؛ لأن رجعيه نجس. **ولنا**، عموم النص في إباحته، وما ذكروه غير مسلم. وإن بلع إنسان شيئا منه حيا كره؛ لأن فيه تعذيبا له.

[فصل حكم السمك الملقى في النار؟]

(٧٧٥٨) فصل: وسئل أحمد عن السمك يلقى في النار؟ فقال: ما يعجبني. والجراد أسهل، فإن هذا له دم. ولم يكره أكل السمك إذا ألقي في النار، إنما كره تعذيبه بالنار. وأما الجراد فسهل في إلقائه؛ لأنه لا دم له، ولأن السمك لا حاجة إلى إلقائه في النار، لإمكان تركه حتى يموت بسرعة، والجراد لا يموت في الحال، بل يبقى مدة طويلة.

وفي " مسند الشافعي " أن كعبا كان محرما، فمرت به رجل من جراد، فنسي، وأخذ جرادتين، فألقاهما في النار، وشواهما، وذكر ذلك لعمر، فلم ينكر عمر تركهما في النار. وذكر له حديث ابن عمر: كان الجراد يقلى له. فقال: إنما يؤخذ الجراد فتقطع أجنحته، ثم يلقى في الزيت وهو حي.

[مسألة ذكاة المقدور عليه من الصيد والأنعام في الحلق واللبة]

(٧٧٥٩) مسألة؛ قال: (وذكاة المقدور عليه من الصيد والأنعام في الحلق واللبة) قد ذكرنا حكم المعجوز عنه، من الصيد والأنعام، فأما المقدور عليه منهما، فلا يباح إلا بالذكاة، بلا خلاف بين أهل العلم. وتفتقر الذكاة إلى خمسة أشياء؛ ذابح، وآلة، ومحل، وفعل، وذكر.

أما الذابح فيعتبر له شرطان؛ دينه، وهو كونه مسلما أو كتابيا، وعقله، وهو أن يكون ذا عقل يعرف الذبح ليقصد، فإن." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩٥/٩

"كان لا يعقل، كالطفل الذي لا يميز، والمجنون، والسكران، لم يحل ما ذبحه؛ لأنه لا يصح منه القصد، فأشبه ما لو ضرب إنسانا بالسيف فقطع عنق شاة. وأما الآلة، فلها شرطان؛ أحدهما، أن تكون محددة، تقطع أو تخرق بحدها، لا بثقلها.

والثاني، أن لا تكون سنا ولا ظفرا. فإذا اجتمع هذان الشرطان في شيء، حل الذبح به، سواء كان حديدا، أو حجرا، أو بلطة، أو خشبا؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا، ما لم يكن سنا أو ظفرا» . متفق عليه.

وعن عدي بن حاتم قال: قلت: «يا رسول الله، أرأيت إن أحدنا أصاب صيدا، وليس معه سكين، أيذبح بالمروة وشقة العصا؟ فقال: امرر الدم بما شئت، واذكر اسم الله» . والمروة: الصوان. وعن رجل من بني حارثة، «أنه كان يرعى لقحة، فأخذها الموت، فلم يجد شيئا ينحرها به، فأخذ وتدا، فوجأها به في لبتها حتى أهريق دمها، ثم جاء إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فأمره بأكلها» . رواه أبو داود.

وبهذا قال الشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. ونحوه قول مالك، وعمرو بن دينار. وبه قال أبو حنيفة، إلا في السن والظفر، قال: إذا كانا متصلين، لم يجز الذبح بهما، وإن كانا منفصلين، جاز. **ولنا**، عموم حديث رافع، ولأن ما لم تجز الذكاة به متصلا، لم تجز منفصلا، كغير المحدد. وأما العظم غير السن، فمقتضى إطلاق قول أحمد، والشافعي، وأبي ثور، إباحة الذبح به.

وهو قول مالك، وعمرو بن دينار، وأصحاب الرأي. وقال ابن جريج: يذكى بعظم الحمار، ولا يذكى بعظم القرد؛ لأنك تصلي على الحمار وتسقيه في جفنتك. وعن أحمد: لا يذكى بعظم ولا ظفر. وقال النخعي: لا يذكى بالعظم والقرن. ووجهه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه، فكلوا، ليس السن والظفر، وسأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة» . فعلله بكونه عظما، فكل عظم فقد وجدت فيه العلة.

والأول أصح، إن شاء الله تعالى؛ لأن العظم دخل في عموم اللفظ المبيح، ثم استثني السن والظفر خاصة، فيبقى سائر العظام داخلا فيما يباح الذبح به، والمنطوق مقدم على التعليل، ولهذا علل الظفر بكونه من مدى الحبشة، ولا يحرم." (١)

"(٧٧٧٢) فصل: ويكره سلخ الحيوان قبل أن يبرد؛ لأن فيه تعذيبا للحيوان، فهو كقطع العضو. ويكره النفخ في اللحم الذي يريده للبيع؛ لما فيه من الغش.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٣٩٦

(٧٧٧٣) فصل: وإن قطع من الحيوان شيء، وفيه حياة مستقرة، فهو ميتة؛ لما روى أبو واقد، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «ما قطع من البهيمة، وهي حية، فهو ميتة» . رواه أبو داود.
ولأن إباحته إنما تكون بالذبح، وليس هذا بذبح.

[مسألة ذبيحة من أطاق الذبح من المسلمين وأهل الكتاب]
(٧٧٧٤) مسألة؛ قال: (وذبيحة من أطاق الذبح من المسلمين وأهل الكتاب حلال، إذا سموا، أو نسوا التسمية) وجملة ذلك أن كل من أمكنه الذبح من المسلمين وأهل الكتاب، إذا ذبح، حل أكل ذبيحته، رجلا كان أو امرأة، بالغا أو صبيا، حرا كان أو عبدا، لا نعلم في هذا خلافا.
قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على إباحة ذبيحة المرأة والصبي. وقد روي «أن جاريةً لكعب بن مالك، كانت ترعى غنما بسلع، فأصيبت شاة منها، فأدركتها فذكتها بحجر، فسأل النبي – صلى الله عليه وسلم – فقال: كلوها» . متفق عليه.
وفي هذا الحديث فوائد سبع؛ أحدها، إباحة ذبيحة المرأة والثانية، إباحة ذبيحة الأمة. والثالثة إباحة ذبيحة الحائض؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يستفصل. والرابعة، إباحة الذبح بالحجر. والخامسة، إباحة ذبح ما خيف عليه الموت. والسادسة، حل ما يذبحه غير مالكه بغير إذنه. والسابعة، إباحة ذبحه لغير مالكه عند الخوف عليه. ويشترط أن يكون عاقلا، فإن كان طفلا، أو مجنونا، أو سكران لا يعقل، لم يصح منه الذبح. وبهذا قال مالك.
وقال الشافعي: لا يعتبر العقل. وله فيما إذا أرسل المجنون الكلب على صيد وجهان. **ولنا**، أن الذكاة يعتبر لها القصد، فيعتبر لها العقل، كالعبادة، فإن من لا عقل له لا يصح منه القصد، فيصير ذبحه كما لو وقعت الحديدة بنفسها على حلق شاة فذبحتها. وقوله: إذا سموا أو نسوا التسمية. فالتسمية مشترطة في كل ذابح مع العمد، سواء كان مسلما أو كتابيا، فإن ترك الكتابي التسمية عن عمد، أو ذكر اسم غير الله، لم تحل ذبيحته. روي ذلك عن علي.
وبه قال النخعي، والشافعي، وحماد، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وقال عطاء، ومجاهد، ومكحول: إذا ذبح النصراني باسم المسيح حل، فإن الله تعالى أحل لنا ذبيحته، وقد علم أنه سيقول ذلك.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٢

"ولنا، قول الله تعالى ﴿ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه﴾ [الأنعام: ١٢١] .

وقوله: ﴿وما أهل لغير الله به﴾ [المائدة: ٣] والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم. فإن لم يعلم أسمى الذابح أم لا؟ أو ذكر اسم غير الله أم لا؟ فذبيحته حلال؛ لأن الله تعالى أباح لنا أكل ما ذبحه المسلم والكتابي، وقد علم أننا لا نقف على كل ذابح.

وقد روي عن عائشة - رضي الله عنها - «أنهم قالوا: يا رسول الله، إن قوما حديثو عهد بشرك، يأتوننا بلحم لا ندري أذكروا اسم الله عليه أم لم يذكروا؟ قال: سموا أنتم، وكلوا» . أخرجه البخاري.

[فصل ذبح الكتابي ما حرم الله عليه مثل كل ذي ظفر]

(٧٧٧٥) فصل: وإذا ذبح الكتابي ما حرم الله عليه، مثل كل ذي ظفر. قال قتادة: هي الأيل والنعام والبط، وما ليس بمشقوق الأصابع. أو ذبح دابة لها شحم محرم عليه، فظاهر كلام أحمد والخرقي إباحته؛ فإن أحمد حكى عن مالك، في اليهودي يذبح الشاة، قال: لا يأكل من شحمها.

قال أحمد: هذا مذهب دقيق. وظاهر هذا أنه لم يره صحيحا. وهذا اختيار ابن حامد، وأبي الخطاب. وذهب أبو الحسن التميمي، والقاضي، إلى تحريمها. وحكاه التميمي عن الضحاك، ومجاهد، وسوار. وهو قول مالك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم﴾ [المائدة: ٥] . وليس هذا من طعامهم.

ولأنه جزء من البهيمة، لم يبح لذابحها، فلم يبح لغيره، كالدم. ولنا، ما روى عبد الله بن مغفل «، قال: دلي جراب من شحم من قصر خيبر، فنزوت لآخذه، فإذا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يتبسم إلي» . متفق عليه. ولأنها ذكاة أباحت اللحم والجلد، فأباحت الشحم، كذكاة المسلم.

والآية حجة لنا؛ فإن معنى طعامهم ذبائحهم، كذلك فسره العلماء، وقياسهم ينتقض بما ذبحه الغاصب.

(٧٧٧٦) فصل: وإن ذبح شيئا يزعم أنه محرم عليه، ولم يثبت أنه محرم عليه، فهو حلال؛ لعموم الآية. وقوله: إنه حرام. غير مقبول.

[مسألة ذبيحة الأخرس]

(٧٧٧٧) مسألة؛ قال: (فإن كان أخرس، أومأ إلى السماء) قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، على إباحة ذبيحة الأخرس؛ منهم الليث، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور. وهو قول الشعبي،

وقتادة، والحسن بن صالح.

إذا ثبت هذا فإنه يشير إلى السماء؛ لأن." [1]

"والضبع، محرم.

قال قتادة: ما البغل إلا شيء من الحمار. وعن جابر قال: ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير، فنهانا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن البغال والحمير، ولم ينهنا عن الخيل.

[فصل حكم ألبان الحمر]

(٧٧٨٤) فصل: وألبان الحمر محرمة، في قول أكثرهم. ورخص فيها عطاء، وطاوس والزهري. والأول أصح؛ لأن حكم الألبان حكم اللحمان.

[مسألة حكم أكل كل ذي ناب من السباع]

(٧٧٨٥) مسألة؛ قال: (وكل ذي ناب من السباع، وهي التي تضرب بأنيابها الشيء وتفرس) أكثر أهل العلم يرون تحريم كل ذي ناب قوي من السباع، يعدو به ويكسر، إلا الضبع، منهم مالك، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الحديث وأبو حنيفة وأصحابه. وقال الشعبي، وسعيد بن جبير، وبعض أصحاب مالك: هو مباح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿قل لا أجد في ما أوحي إلي محرما على طاعم يطعمه﴾ [الأنعام: ١٤٥] . وقوله سبحانه: ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله﴾ [البقرة: ١٧٣] **ولنا**، ما روى أبو ثعلبة الخشني، قال: «نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أكل كل ذي ناب من السباع» . متفق عليه. وقال أبو هريرة: إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «أكل كل ذي ناب من السباع حرام» . قال ابن عبد البر: هذا حديث ثابت صحيح مجمع على صحته.

وهذا نص صريح يخص عموم الآيات، فيدخل في هذا الأسد، والنمر، والفهد، والذئب، والكلب، والخنزير. وقد روي عن الشعبي، أنه سئل عن رجل يتداوى بلحم الكلب؟ فقال: لا شفاه الله. وهذا يدل على أنه رأى تحريمه.

[فصل حكم أكل القرد]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٣

(٧٧٨٦) فصل: ولا يباح أكل القرد. وكرهه عمر، وعطاء، ومجاهد، ومكحول، والحسن، ولم يجيزوا بيعه. قال ابن عبد البر: لا أعلم بين علماء المسلمين خلافا أن القرد لا يؤكل، ولا يجوز بيعه. وروي عن الشعبي، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن لحم القرد. ولأنه سبع، فيدخل في عموم الخبر، وهو مسخ أيضا، فيكون من الخبائث المحرمة.

[فصل حكم أكل ابن آوى والنمس وابن عرس]

(٧٧٨٧) فصل: وابن آوى، والنمس، وابن عرس، حرام. سئل أحمد عن ابن آوى وابن عرس فقال: كل شيء ينهش." [١]

"بأنيابه فهو من السباع. وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه. وقال الشافعي: ابن عرس مباح؛ لأنه ليس له ناب قوي، فأشبه الضب.

ولأصحابه في ابن آوى وجهان. ولنا، أنها من السباع، فتدخل في عموم النهي، ولأنها مستخبثة، غير مستطابة، فإن ابن آوى يشبه الكلب، ورائحته كريهة، فيدخل في عموم قوله تعالى ﴿ويحرم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧]

[فصل حكم أكل الثعلب]

(٧٧٨٨) فصل: واختلفت الرواية في الثعلب، فأكثر الروايات عن أحمد تحريمه. وهذا قول أبي هريرة، ومالك، وأبي حنيفة؛ لأنه سبع، فيدخل في عموم النهي. ونقل عن أحمد إباحته. اختاره الشريف أبو جعفر. ورخص فيه عطاء، وطاوس، وقتادة، والليث، وسفيان بن عيينة، والشافعي؛ لأنه يفدى في الإحرام والحرم. وقال أحمد وعطاء: كل ما يودى إذا أصابه المحرم، فإنه يؤكل.

واختلفت الرواية عن أحمد في سنور البر كاختلافها في الثعلب. والقول فيه كالقول في الثعلب. وللشافعي في سنور البر وجهان. فأما الأهلي، فمحرم في قول إمامنا، ومالك، وأبي حنيفة، والشافعي. وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه نهى عن أكل الهر.

[فصل حكم أكل الفيل]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٠٨/٩

(٧٧٨٩) فصل: والفيل محرم. قال أحمد: ليس هو من أطعمة المسلمين. وقال الحسن: هو مسخ. وكرهه أبو حنيفة، والشافعي. ورخص في أكله الشعبي. **ولنا**، نهي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أكل كل ذي ناب من السباع. وهو من أعظمها نابا، ولأنه مستخبث، فيدخل في عموم الآية المحرمة.

[فصل الاختلاف في أكل الدب]

(٧٧٩٠) فصل: فأما الدب، فينظر فيه؛ فإن كان ذا ناب يفرس به، فهو محرم، وإلا فهو مباح. قال أحمد: إن لم يكن له ناب، فلا بأس به. وقال أصحاب أبي حنيفة: هو سبع؛ لأنه أشبه شيء بالسباع، فلا يؤكل. **ولنا**، أن الأصل الإباحة، ولم يتحقق وجود المحرم، فيبقى على الأصل، وشبهه بالسباع إنما يعتبر في." (١)

"وجود العلة المحرمة، وهو كونه ذا ناب يصيد به ويفرس، فإذا لم يوجد ذلك، كان داخلا في عموم النصوص المبيحة. والله أعلم.

[مسألة حكم أكل كل ذي مخلب من الطير]

(٧٧٩١) مسألة؛ قال: (وكل ذي مخلب من الطير، وهي التي تعلق بمخالبها الشيء، وتصيد بها) هذا قول أكثر أهل العلم. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وقال مالك، والليث، والأوزاعي، ويحيى بن سعيد: لا يحرم من الطير شيء. قال مالك: لم أر أحدا من أهل العلم يكره سباع الطير. واحتجوا بعموم الآيات المبيحة، وقول أبي الدرداء وابن عباس: ما سكت الله عنه، فهو ما عفا عنه. **ولنا**، ما روى ابن عباس قال: «نهى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن كل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير» . وعن خالد بن الوليد قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «حرام عليكم الحمر الأهلية، وكل ذي ناب من السباع، وكل ذي مخلب من الطير» . رواهما أبو داود.

وهذا يخص عموم الآيات، ويقدم على ما ذكروه، فيدخل في هذا كل ما له مخلب يعدو به، كالعقاب، والبازي، والصقر، والشاهين والباشق، والحدأة، والبومة، وأشباهها.

(٧٧٩٢) فصل: ويحرم منها ما يأكل الجيف، كالنسور والرخم، وغراب البين، وهو أكبر الغربان، والأبقع. قال عروة: ومن يأكل الغراب وقد سماه رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فاسقا، والله ما هو من

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٠٩

الطيبات. ولعله يعني قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم؛ الغراب، والحدأة، والفأرة، والعقرب، والكلب العقور» . فهذه الخمس محرمة؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - أباح قتلها في الحرم، ولا يجوز قتل صيد مأكول في الحرم، ولأن ما يؤكل لا يحل قتله إذا قدر عليه، وإنما يذبح ويؤكل.

وسئل أحمد، عن العقعق، فقال: إن لم يكن يأكل الجيف، فلا بأس به. قال بعض أصحابنا: هو يأكل الجيف، فيكون على هذا محرما.

[فصل حكم أكل الخطاف والخشاف والخفاش]

(٧٧٩٣) فصل: ويحرم الخطاف والخشاف والخفاش وهو الوطواط. قال الشاعر:

مثل النهار يزيد أبصار الورى ... نورا ويعمي أعين الخفاش

قال أحمد: ومن يأكل الخشاف؟ وسئل عن الخطاف؟ فقال: لا أدري. وقال النخعي: كل الطير حلال." (١)

"إلا الخفاش. وإنما حرمت هذه؛ لأنها مستخبثة، لا تستطيبها العرب، ولا تأكلها. ويحرم الزنابير، واليعاسيب، والنحل، وأشباهها؛ لأنها مستخبثة، غير مستطابة.

(٧٧٩٤) فصل: وما عدا ما ذكرناه، فهو مباح؛ لعموم النصوص الدالة على الإباحة، من ذلك بهيمة الأنعام، وهي الإبل، والبقر، والغنم. قال الله تعالى: ﴿أحلت لكم بهيمة الأنعام﴾ [المائدة: ١] .

ومن الصيود الظباء، وحمر الوحش. وقد أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - أبا قتادة وأصحابه بأكل الحمار الذي صاده. وكذلك بقر الوحش كلها مباحة، على اختلاف أنواعها، من الإبل، والتيتل، والوعل، والمها، وغيرها من الصيود، كلها مباحة، وتفدى في الإحرام. ويباح النعام، وقد قضى الصحابة، - رضي الله عنهم -، في النعامة ببدنة. وهذا كله مجمع عليه، لا نعلم فيه خلافا، إلا ما يروى عن طلحة بن مصرف قال إن الحمار الوحشي إذا أنس واعتلف، فهو بمنزلة الأهلي. قال أحمد: وما ظننت أنه روي في هذا شيء، وليس الأمر عندي كما قال.

وأهل العلم على خلافه؛ لأن الظباء إذا تأنست لم تحرم، والأهلي إذا توحش لم يحل، ولا يتغير منها شيء عن أصله وما كان عليه. قال عطاء، في حمار الوحش: إذا تناسل في البيوت، لا تزول عنه أسماء الوحش.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/ ٤١٠

وسألوا أحمد عن الزرافة تؤكل؟ قال: نعم. وهي دابة تشبه البعير، إلا أن عنقها أطول من عنقه، وجسمها ألطف من جسمه، وأعلى منه، ويداها أطول من رجليها.

[فصل حكم أكل لحوم الخيل]

(٧٧٩٥) فصل: وتباح لحوم الخيل كلها عرابها وبراذينها. نص عليه أحمد. وبه قال ابن سيرين. وروي ذلك عن ابن الزبير، والحسن، وعطاء، والأسود بن يزيد. وبه قال حماد بن زيد، والليث، وابن المبارك، والشافعي، وأبو ثور. قال سعيد بن جبير: ما أكلت شيئا أطيب من معرفة برذون. وحرمها أبو حنيفة.

وكرهه مالك، والأوزاعي، وأبو عبيد؛ لقول الله تعالى ﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها﴾ [النحل: ٨] وعن خالد قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: «حرام عليكم الحمر الأهلية، وخيلها، وبغالها. ولأنه دون حافر، فأشبه الحمار.» **ولنا**، قول جابر: «نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن في لحوم الخيل» . وقالت أسماء: «نحرنا فرسا على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأكلناه، ونحن بالمدينة» . متفق عليهما.." [١]

"ولأنه حيوان طاهر مستطاب، ليس بذي ناب ولا مخلب، فيحل، كبهيمة الأنعام، ولأنه داخل في عموم الآيات والأخبار المبيحة. وأما الآية فإنما يتعلقون بدليل خطابها، وهم لا يقولون به. وحديث خالد ليس له إسناد جيد. قاله أحمد. قال: وفيه رجلان لا يعرفان، يرويه ثور عن رجل ليس بمعروف. وقال: لا ندع أحاديثنا لمثل هذا الحديث المنكر.

[فصل حكم أكل الأرنب]

(٧٧٩٦) فصل: والأرنب مباحة، أكلها سعد بن أبي وقاص. ورخص فيها أبو سعيد، وعطاء، وابن المسيب، والليث، ومالك، والشافعي، وأبو ثور وابن المنذر. ولا نعلم أحدا قائلا بتحريمها، إلا شيئا روي عن عمرو بن العاص. وقد صح عن أنس أنه قال: «أنفجنا أرنبا، فسعى القوم فلغبوا، فأخذتها، فجئت بها إلى أبي طلحة، فذبحها فبعث بوركها – أو قال – فخذها إلى النبي – صلى الله عليه وسلم – فقبله.» متفق عليه. وعن محمد بن صفوان، أو صفوان بن محمد، «أنه قال: صدت أرنبين. فذبحتهما بمروة، فسألت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فأمرني بأكلهما.» رواه أبو داود. ولأنها حيوان مستطاب، ليس بذي ناب؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤١١

فأشبه الظبي.

(٧٧٩٧) فصل: ويباح الوبر. وبه قال عطاء، وطاوس، ومجاهد، وعمرو بن دينار والشافعي، وابن المنذر، وأبو يوسف. وقال القاضي: هو محرم. وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، إلا أبا يوسف.

ولنا، أنه يفدى في الإحرام والحرم، وهو مثل الأرنب، يعتلف النبات والبقول، فكان مباحا كالأرنب، ولأن الأصل الإباحة، وعموم النصوص يقتضيها، ولم يرد فيه تحريم، فتجب إباحته.

[فصل حكم أكل اليربوع]

(٧٧٩٨) فصل: وسئل أحمد عن اليربوع، فرخص فيه. وهذا قول عروة، وعطاء الخراساني، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر.

وقال أبو حنيفة: هو محرم. وروي ذلك عن أحمد أيضا. وعن ابن سيرين، والحكم، وحماد، وأصحاب الرأي؛ لأنه يشبه الفأر. **ولنا**، أن عمر حكم فيه بجفرة. ولأن الأصل الإباحة ما لم يرد فيه تحريم. وأما السنجاب، فقال القاضي: هو محرم؛ لأنه ينهش بنابه، فأشبه الجرذ ويحتمل أنه مباح؛ لأنه يشبه اليربوع، ومتى تردد بين الإباحة والتحريم، غلبت الإباحة؛ لأنها الأصل، وعموم النصوص يقتضيها.." [١]

"إحداهما: يجوز له أن يحلب، ويشرب، ولا يحمل؛ لما روى الحسن عن سمرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إذا أتى أحدكم على ماشية، فإن كان فيها صاحبها، فليستأذنه، فإن أذن فليحلب، وليشرب، وإن لم يكن فيها، فليصوت ثلاثا، فإن أجابه أحد، فليستأذنه، وإن لم يجبه أحد، فليحلب، وليشرب، ولا يحمل» . رواه الترمذي، وقال: هذا حديث حسن صحيح، والعمل عليه عند بعض أهل العلم. وبه يقول أحمد وإسحاق. والرواية الثانية: لا يجوز له أن يحلب ولا يشرب؛ لما روى ابن عمر، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه، أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته، فتكسر خزانته، فينقل طعامه، فإنما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم، فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه» . وفي لفظ: «فإن ما في ضروع مواشيهم مثل ما في مشاربهم» متفق عليه.

[مسألة اضطر فأصاب الميتة وخبزا لا يعرف مالكه]

مسألة: قال: (ومن اضطر، فأصاب الميتة وخبزا لا يعرف مالكه، أكل الميتة) وبهذا قال سعيد بن المسيب

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٢/٩

وزيد بن أسلم. وقال مالك: إن كانوا يصدقونه أنه مضطر، أكل من الزرع والثمر، وشرب اللبن، وإن خاف أن تقطع يده، أو لا يقبل منه، أكل الميتة. ولأصحاب الشافعي وجهان؛ أحدهما: يأكل الطعام.

وهو قول عبد الله بن دينار؛ لأنه قادر على الطعام الحلال، فلم يجز له أكل الميتة، كما لو بذله له صاحبه.

ولنا أن أكل الميتة منصوص عليه، ومال الآدمي مجتهد فيه، والعدول إلى المنصوص عليه أولى؛ ولأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة وحقوق الآدمي مبنية على الشح والتضييق؛ ولأن حق الآدمي تلزمه غرامته، وحق الله لا عوض له.

(٧٨١٣) . فصل: إذا وجد المضطر من يطعمه ويسقيه، لم يحل له الامتناع من الأكل والشرب، ولا العدول إلى أكل الميتة، إلا أن يخاف أن يسمه فيه، أو يكون الطعام الذي يطعمه مما يضره، ويخاف أن يهلكه أو يمرضه.

(٧٨١٤) . فصل: وإن وجد طعاما مع صاحبه، فامتنع من بذله له، أو بيعه منه، ووجد ثمنه، لم يجز له مكابرته عليه، وأخذه منه، وعدل إلى الميتة، سواء كان قويا يخاف من مكابرته التلف أو لم يخف، فإن بذله له بثمن مثله، وقدر على الثمن، لم يحل له أكل الميتة؛ لأنه قادر على طعام حلال. وإن بذله بزيادة على ثمن المثل، لا يجحف بماله، لزمه شراؤه أيضا؛ لما ذكرناه، وإن كان عاجزا عن الثمن، فهو في حكم العادم، وإن امتنع من بذله إلا." (١)

"بأكثر من ثمن مثله، فاشتراه المضطر بذلك، لم يلزمه أكثر من ثمن مثله؛ لأن الزيادة أحوج إلى بدلها بغير حق، فلم يلزمه، كالمكره.

[فصل وجد المحرم ميتة وصيدا]

(٧٨١٥) فصل: وإن وجد المحرم ميتة وصيدا، أكل الميتة. وبه قال الحسن ومالك وأبو حنيفة وأصحابه. وقال الشافعي في أحد قوليه: يأكل الصيد، ويفديه. وهو قول الشعبي؛ لأن الضرورة تبيحه، ومع القدرة عليه لا تحل الميتة؛ لغناه عنها. **ولنا** أن إباحة الميتة منصوص عليها، وإباحة الصيد مجتهد فيها، وتقديم المنصوص عليه أولى. فإن لم يجد ميتة، ذبح الصيد وأكله. نص عليه أحمد؛ لأنه مضطر إليه عينا.

وقد قيل: إن في الصيد تحريمات ثلاثا؛ تحريم قتله، وأكله، وتحريم الميتة؛ لأن ما ذبحه المحرم من الصيد يكون ميتة، فقد ساوى الميتة في هذا، وفضل عليها بتحريم القتل والأكل، ولكن يقال على هذا: إن الشارع

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٩/٩

إذا أباح له ذبحه، لم يصر ميتة. ولهذا لو لم يجد الميتة فذبحه، كان ذكيا طاهرا، وليس بنجس ولا ميتة؛ ولهذا يتعين عليه ذبحه في حل الذبح، وتعتبر شروط الذكاة فيه، ولا يجوز قتله، ولو كان ميتة لم يتعين ذلك عليه.

(٧٨١٦) فصل: وإذا ذبح المحرم الصيد عند الضرورة، جاز له أن يشبع منه؛ لأنه لحم ذكي لا حق فيه لآدمي سواه، فأبيح له الشبع منه، كما لو ذبحه حلال من أجله.

(٧٨١٧) فصل: فإن لم يجد المضطر شيئا، لم يبح له أكل بعض أعضائه.

وقال بعض أصحاب الشافعي: له ذلك؛ لأن له أن يحفظ الجملة بقطع عضو، كما لو وقعت فيه الأكلة.

ولنا أن أكله من نفسه ربما قتله، فيكون قاتلا لنفسه، ولا يتيقن حصول البقاء بأكله. أما قطع الأكلة: فإنه يخاف الهلاك بذلك العضو، فأبيح له إبعاده، ودفع ضرره المتوجه منه بتركه، كما أبيح قتل الصائل عليه ولم يبح له قتله ليأكله.

[فصل لم يجد المضطر إلا آدميا محقون الدم]

(٧٨١٨) فصل: وإن لم يجد إلا آدميا محقون الدم، لم يبح له قتله إجماعا، ولا إتلاف عضو منه، مسلما كان أو كافرا؛ لأنه مثله، فلا يجوز أن يبقي نفسه بإتلافه. وهذا لا خلاف فيه. وإن كان مباح الدم، كالحربي والمرتد، فذكر." (١)

"وقال أبو حنيفة والثوري ومالك: هو حرام.

وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب؛ لأنها من السباع، وقد نهى النبي - صلى الله عليه وسلم - عن أكل كل ذي ناب من السباع. وهي من السباع، فتدخل في عموم النهي. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه سئل عن الضبع، فقال: «ومن يأكل الضبع؟» . **ولنا** ما روى جابر، قال: أمرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بأكل الضبع. قلت: صيد هي؟ قال: «نعم» . احتج به أحمد.

وفي لفظ قال: سألت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن الضبع. فقال: «هو صيد، ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم» . رواه أبو داود. قال ابن عبد البر: هذا لا يعارض حديث النهي عن كل ذي ناب من السباع؛ لأنه أقوى منه. قلنا: هذا تخصيص لا معارض، ولا يعتبر في التخصيص كون المخصص في رتبة المخصص؛ بدليل تخصيص عموم الكتاب بأخبار الآحاد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٢٠

فأما الخبر الذي فيه: " ومن يأكل الضبع؟ " فحديث طويل، يرويه عبد ال‍كريم بن أبي المخارق، ينفرد به، وهو متروك الحديث. ولأن الضبع قد قيل: إنها ليس لها ناب. وسمعت من يذكر أن جميع أسنانها عظم واحد كصفحة نعل الفرس. فعلى هذا لا تدخل في عموم النهي والله أعلم.

[مسألة حكم أكل الترياق]

(٧٨٢٣) مسألة؛ قال: (ولا يؤكل الترياق؛ لأنه يقع فيه لحوم الحيات) الترياق: دواء يتعالج به من السم، ويجعل فيه من لحوم الحيات، فلا يباح أكله ولا شربه؛ لأن لحم الحية حرام. وممن كرهه الحسن، وابن سيرين. ورخص فيه الشعبي، ومالك؛ لأنه يرى إباحة لحوم الحيات. ويقتضيه مذهب الشافعي؛ لإباحته التداوي ببعض المحرمات.

ولنا أن لحم الحيات حرام، بما قد ذكرناه فيما مضى. ولا يجوز التداوي بمحرم؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها.»

[فصل التداوي بمحرم]

(٧٨٢٤) فصل: ولا يجوز التداوي بمحرم، ولا بشيء فيه محرم، مثل ألبان الأتن، ولحم شيء من المحرمات، ولا شرب." (١)

"**ولنا** عموم الآية والخبر.

قال عبد الله: سألت أبي عن كلب الماء، فقال: حدثنا يحيى بن سعيد، عن ابن جريج، عن عمرو بن دينار، وأبي الزبير، سمعا شريحا - رجل أدرك النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول: «كل شيء في البحر فهو مذبوح» . قال: فذكرت ذلك لعطاء، فقال: أما الطير فنذبحه.

وقال أبو عبد الله: كلب الماء نذبحه.

(٧٨٣١) فصل: قيل لأبي عبد الله: يكره الجري؟ قال: لا والله، وكيف لنا بالجري؟ ورخص فيه علي والحسن ومالك والشافعي وأبو ثور، وأصحاب الرأي، وسائر أهل العلم. وقال ابن عباس الجري لا تأكله اليهود. ووافقهم الرافضة، ومخالفتهم صواب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٢٣

[فصل حكم أكل السمكة توجد في بطن سمكة أخرى]

(٧٨٣٢) فصل: وعن أحمد في السمكة توجد في بطن سمكة أخرى، أو حوصلة طائر، أو يوجد في حوصلته جراد، فقال في موضع: كل شيء أكل مرة لا يؤكل. وقال في موضع: الطافي أشد من هذا، وقد رخص فيه أبو بكر - رضي الله عنه -. وهذا هو الصحيح. .

وهو مذهب الشافعي فيما في بطن السمكة، دون ما في حوصلة الطائر؛ لأنه كالرجيع، ورجيع الطائر عنده نجس. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «أحلت لنا ميتتان ودمان» . ولأنه حيوان طاهر في محل طاهر، لا تعتبر له ذكاة، فأبيح، كالطافي في السمك. وهكذا يخرج في الشعير يوجد في بعر الجمل، أو خثي الجواميس، ونحوها.

[مسألة وقعت النجاسة في مائع]

(٧٨٣٣) مسألة؛ قال: (وإذا وقعت النجاسة في مائع، كالدهن وما أشبهه، نجس، واستصبح به إن أحب، ولم يحل أكله ولا ثمنه) ظاهر هذا أن النجاسة إذا وقعت في مائع غير الماء، نجسته وإن كثر. وهذا ظاهر المذهب. وعن أحمد، رواية أخرى، أنه لا ينجس إذا كثر.

قال حرب: سألت أحمد عن كلب ولغ في سمن أو زيت؟ قال: إذا كان في آنية كبيرة، مثل حب أو نحوه، رجوت أن لا يكون به بأس، يؤكل، وإذا كان في آنية صغيرة،." (١)

"فلا يعجبني أن يؤكل. وسئل عن كلب وقع في خل أكثر من قلتين، فخرج منه وهو حي؟ فقال: هذا أسهل من أنه لو مات. وعنه، رواية ثالثة: ما أصله الماء كالخل التمري، يدفع النجاسة عن نفسه إذا كثر، وما ليس أصله الماء، لا يدفع عن نفسه.

قال المروذي: قلت لأبي عبد الله: فإن وقعت النجاسة في خل أو دبس؟ فقال: أما الخل فأصله الماء، يعود إلى أن يكون ماء إذا حمل عليه. وقال ابن مسعود، في فأرة وقعت في سمن: إنما حرم من الميتة لحمها ودمها. **ولنا** ما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه سئل عن فأرة وقعت في سمن؟ فقال: إن كان جامدا فخذوها وما حولها، فألقوه، وإن كان مائعا، فلا تقربوه» . ولأن غير الماء ليس بطهور، فلا يدفع النجاسة عن نفسه، وحكم الجامد قد ذكرناه فيما تقدم. واختلفت الرواية في الاستصباح بالزيت النجس، فأكثر الروايات إباحته؛ لأن ابن عمر أمر أن يستصبح ب ه. ويجوز

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٢٦/٩

أن تطلى به سفينة. وهذا قول الشافعي.

وعن أحمد، لا يجوز الاستصباح به. وهو قول ابن المنذر؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن، وتدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: «لا، هو حرام» . وهذا في معناه. **ولنا** أنه زيت أمكن الانتفاع به من غير ضرر، فجاز، كالطاهر.

وقد جاء عن النبي – صلى الله عليه وسلم – في العجين الذي عجن بماء من آبار ثمود، أنه نهاهم عن أكله، وأمرهم أن يعلفوه النواضح. وهذا الزيت ليس بميتة، ولا هو من شحومها، فيتناوله الخبر.." (١)

"إذا ثبت هذا، فإنه يستصبح به على وجه لا يمسه، ولا تتعدى نجاسته إليه؛ إما أن يجعل الزيت في إبريق له بلبلة، ويصب منه في المصباح، ولا يمسه، وإما أن يدع على رأس الجرة التي فيها الزيت سراجا مثقوبا، أو قنديلا فيه ثقب، ويطينه على رأس إناء الزيت، أو يشمعه، وكلما نقص زيت السراج صب فيه ماء، بحيث يرتفع الزيت، فيملأ السراج، وما أشبه هذا، ولم ير أبو عبد الله أن تدهن بها الجلود، وقال: يجعل منه الأسقية والقرب.

ونقل عن عمر أنه تدهن به الجلود. وعجب أحمد من هذا، وقال: إن في هذا لعجبا، شيء يلبس يطيب بشيء فيه ميتة، فعلى قول أحمد، كل انتفاع يفضي إلى تنجيس إنسان لا يجوز، وإن لم يفض إلى ذلك جاز. فأما أكله: فلا إشكال في تحريمه؛ فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا تقربوه» .

ولأن النجس خبيث، وقد حرم الله الخبائث. وأما بيعه، فظاهر كلام أحمد – رحمه الله – تحريمه؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إذا حرم الله شيئا، حرم ثمنه» . وقال أبو موسى: لتوه بالسويق وبيعوه، ولا تبيعوه من مسلم، وبينوه.

وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية، أنه يباع لكافر بشرط أن يعلم بنجاسته؛ لأن الكفار يعتقدون حله، ويستبيحون أكله. **ولنا** قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لعن الله اليهود، حرمت عليهم الشحوم، فجملوها، وباعوها، وأكلوا أثمانها، إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه» . متفق عليه.

وكونهم يعتقدون حله، لا يجوز لنا بيعه لهم كالخمر والخنزير.

[فصل حكم شحوم الميتة وشحم الخنزير]

(٧٨٣٤) فصل: فأما شحوم الميتة، وشحم الخنزير، فلا يجوز الانتفاع به باستصباح ولا غيره، ولا أن تطلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٢٧

به السفن ولا الجلود؛ لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إن الله حرم الميتة والخنزير والأصنام. قالوا: يا رسول الله، شحوم الميتة تطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود ويستصبح الناس؟ قال: لا، هي حرام» . متفق عليه (٧٨٣٥) .
فصل: إذا استصبح بالزيت النجس، فدخانه نجس؛ لأنه جزء يستحيل منه، والاستحالة لا تطهر. فإن علق، بشيء، وكان يسيرا، عفي عنه؛ لأنه لا يمكن التحرز منه، فأشبه دم البراغيث، وإن كان كثيرا، لم يعف عنه.." (١)

"(٧٨٤٢) فصل: ولا يجوز أن يشتري الجوز الذي يتقامر به الصبيان، ولا البيض الذي يتقامرون به يوم العيد؛ لأنهم يأخذونه بغير حق.

[فصل الضيافة حق على كل المسلمين بعضهم بعضا]
(٧٨٤٣) فصل: قال أحمد: والضيافة على كل المسلمين، كل من نزل عليه ضيف كان عليه أن يضيفه. قيل إن ضاف الرجل ضيف كافر يضيفه؟ قال: قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ليلة الضيف حق واجب على كل مسلم» . وهذا الحديث بين، ولما أضاف المشرك دل على أن المسلم والمشرك يضاف، وأنا أراه كذلك. والضيافة معناها معنى صدقة التطوع على المسلم والكافر.
واليوم والليلة حق واجب. وقال الشافعي: ذلك مستحب، وليس بواجب؛ لأنه غير مضطر إلى طعامه، فلم يجب عليه بذله، كما لو لم يضفه. ولنا ما روى المقدام أبو كريمة قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «ليلة الضيف حق واجب، فإن أصبح بفنائه فهو دين عليه، إن شاء اقتضى، وإن شاء ترك» . حديث صحيح.
وفي لفظ: «أيما رجل ضاف قوما، فأصبح الضيف محروما، فإن نصره على كل مسلم حق، يأخذ بحقه من زرعه وماله» . رواه أبو داود. والواجب يوم وليلة، والكمال ثلاثة أيام؛ لما روى أبو شريح الخزاعي، قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «الضيافة ثلاثة أيام، وجائزته يوم وليلة، ولا يحل لمسلم أن يقيم عند أخيه حتى يؤثمه. قالوا: يا رسول الله، كيف يؤثمه؟ قال: يقيم عنده وليس عنده ما يقريه» . متفق عليه. قال أحمد: جائزته يوم وليلة "كأنه أوكد من سائر الثلاثة، ولم يرد يوما وليلة سوى الثلاثة؛ لأنه يصير أربعة أيام، وقد قال: " وما زاد على الثلاثة، فهو صدقة ". فإن امتنع من إضافته، فللضيف بقدر ضيافته. قال

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٢٨

أحمد: له أن يطالبهم بحقه الذي جعله له النبي - صلى الله عليه وسلم - ولا يأخذ شيئا إلا بعلم أهله. وعنه، رواية أخرى، أن له أن يأخذ ما يكفيه بغير إذنهم؛ لما روى عقبة بن عامر، قال: قلنا: يا رسول الله، إنك تبعثنا، فننزل بقوم لا يقروننا. قال: «إذا نزلتم بقوم، فأمروا لكم بما ينبغي للضيف، فاقبلوا، فإن لم يفعلوا، فخذوا منهم حق." (١)

"ولنا ما روى الدارقطني، بإسناده عن ابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ثلاث كتبت علي، وهن لكم تطوع» . وفي رواية: «الوتر، والنحر، وركعتا الفجر» .

ولأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من أراد أن يضحي، فدخل العشر، فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئا» . رواه مسلم. علقه على الإرادة، والواجب لا يعلق على الإرادة؛ ولأنها ذبيحة لم يجب تفريق لحمها، فلم تكن واجبة، كالعقيقة، فأما حديثهم فقد ضعفه أصحاب الحديث، ثم نحمله على تأكيد الاستحباب، كما قال: «غسل الجمعة واجب على كل محتلم» . وقال «من أكل من هاتين الشجرتين، فلا يقربن مصلانا» .

وقد روي عن أحمد، في اليتيم: يضحي عنه وليه إذا كان موسرا. وهذا على سبيل التوسعة في يوم العيد، لا على سبيل الإيجاب.

(٧٨٥٢) فصل: والأضحية أفضل من الصدقة بقيمتها. نص عليه أحمد. وبهذا قال ربيعة وأبو الزناد.

وروي عن بلال، أنه قال: ما أبالي أن لا أضحي إلا بديك، ولأن أضعه في يتيم قد ترب فوه، فهو أحب إلي من أن أضحي. وبهذا قال الشعبي وأبو ثور. وقالت عائشة: لأن أتصدق بخاتمي هذا أحب إلي من أن أهدي إلى البيت ألفا. ولنا أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ضحى والخلفاء بعده، ولو علموا أن الصدقة أفضل، لعدلوا إليها.

وروت عائشة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ما عمل ابن آدم يوم النحر عملا أحب إلى الله من إراقة دم، وإنه ليؤتى يوم القيامة بقرونها وأظلافها وأشعارها، وإن الدم ليقع من الله بمكان قبل أن يقع على الأرض، فطيبوا بها نفسا» . رواه ابن ماجه.

ولأن إيثار الصدقة على الأضحية يفضي إلى ترك سنة سنها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -. فأما قول عائشة، فهو في الهدي دون الأضحية، وليس الخلاف فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٣١

[مسألة أراد أن يضحي فدخل العشر]

(٧٨٥٣) مسألة؛ قال: (ومن أراد أن يضحي، فدخل العشر، فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئا) ظاهر هذا تحريم قص الشعر. وهو قول بعض أصحابنا. وحكاه ابن المنذر عن أحمد وإسحاق وسعيد بن المسيب. وقال القاضي، وجماعة من أصحابنا: هو مكروه، غير محرم.

وبه قال مالك والشافعي؛ لقول عائشة: كنت أفتل قلائد هدي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثم يقلدها بيده، ثم يبعث بها،." (١)

"ولا يحرم عليه شيء أحله الله له، حتى ينحر الهدي. متفق عليه. وقال أبو حنيفة: لا يكره ذلك؛ لأنه لا يحرم عليه الوطء واللباس، فلا يكره له حلق الشعر، وتقليم الأظفار، كما لو لم يرد أن يضحي. **ولنا** ما روت أم سلمة، عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «إذا دخل العشر، وأراد أحدكم أن يضحي، فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره شيئا، حتى يضحي» . رواه مسلم ومقتضى النهي التحريم، وهذا يرد القياس ويبطله، وحديثهم عام، وهذا خاص يجب تقديمه، بتنزيل العام على ما عدا ما تناوله الحديث الخاص؛ ولأنه يجب حمل حديثهم على غير محل النزاع لوجوه؛ منها أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يكن ليفعل ما نهى عنه وإن كان مكروها، قال الله تعالى إخبارا عن شعيب ﴿وما أريد أن أخالفكم إلى ما أنهاكم عنه﴾ [هود: ٨٨] .

ولأن أقل أحوال النهي أن يكون مكروها، ولم يكن النبي - صلى الله عليه وسلم - ليفعله، فيتعين حمل ما فعله في حديث عائشة على غيره؛ ولأن عائشة تعلم ظاهرا ما يباشرها به من المباشرة، أو ما يفعله دائما، كاللباس والطيب، فأما ما يفعله نادرا، كقص الشعر، وقلم الأظفار، مما لا يفعله في الأيام إلا مرة، فالظاهر أنها لم ترده بخبرها، وإن احتمل إرادتها إياه، فهو احتمال بعيد، وما كان هكذا، فاحتمال تخصيصه قريب، فيكفي فيه أدنى دليل، وخبرنا دليل قوي، فكان أولى بالتخصيص؛ ولأن عائشة تخبر عن فعله وأم سلمة عن قوله، والقول يقدم على الفعل؛ لاحتمال أن يكون فعله خاصا له.

إذا ثبت هذا، فإنه يترك قطع الشعر وتقليم الأظفار، فإن فعل استغفر الله تعالى. ولا فدية فيه إجماعا، سواء فعله عمدا أو نسيانا.

[مسألة تجزئ البدنة عن سبعة وكذلك البقرة في الأضحية]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٦/٩

(٧٨٥٤) مسألة: قال: (وتجزئ البدنة عن سبعة، وكذلك البقرة) وهذا قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن علي وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة - رضي الله عنهم -، وبه قال عطاء وطاوس وسالم والحسن وعمرو بن دينار والثوري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وعن عمر، أنه قال: لا تجزئ نفس واحدة عن سبعة. ونحوه قول مالك. قال أحمد: ما علمت أحدا إلا يرخص في ذلك، إلا ابن عمر. وعن سعيد بن المسيب، أن الجزور عن عشرة، والبقرة عن سبعة. وبه قال إسحاق؛ لما روى رافع، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قسم فعدل عشرة من الغنم ببعير. متفق عليه. وعن ابن عباس، قال: كنا مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في سفر، فحضر الأضحى، فاشتركنا في الجزور عن عشرة، والبقرة عن سبعة. رواه ابن ماجه.

ولنا ما روى جابر، قال: نحرنا بالحديبية مع النبي - صلى الله عليه وسلم - البدنة عن سبعة، والبقرة." (١)

"غيرها لا تجزئ، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا تذبحوا إلا مسنة، فإن عسر عليكم، فاذبحوا الجذع من الضأن» .

وقال أبو بردة بن نيار: «عندي جذعة، أحب إلي من شاتين، فهل تجزئ عني؟ قال: نعم، ولا تجزئ عن أحد بعدك» . متفق عليه. وحديثهم محمول على الجذع من الضأن لما ذكرنا. قال إبراهيم الحربي: إنما يجزئ الجذع من الضأن؛ لأنه ينزو فيلقح، فإذا كان من المعز لم يلقح حتى يكون ثنيا.

(٧٨٥٩) فصل: ولا يجزئ في الأضحية غير بهيمة الأنعام، وإن كان أحد أبويه وحشيا، لم يجزئ أيضا. وحكي عن الحسن بن صالح أن بقرة الوحش تجزئ عن سبعة، والظبي عن واحد.

وقال أصحاب الرأي: ولد البقر الإنسية يجزئ، وإن كان أبوه وحشيا. وقال أبو ثور: يجزئ إذا كان منسوبا إلى بهيمة الأنعام. **ولنا** قول الله تعالى ﴿ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الأنعام﴾ [الحج: ٣٤] . وهي الإبل والبقر والغنم. وعلى أصحاب الرأي، أنه متولد من بين ما يجزئ وما لا يجزئ، فلم يجزئ، كما لو كانت الأم وحشية.

[مسألة ما هو الجذع من الضأن]

(٧٨٦٠) مسألة: قال: (والجذع من الضأن ما له ستة أشهر، ودخل في السابع) قال أبو القاسم: وسمعت أبي يقول: سألت بعض أهل البادية: كيف تعرفون الضأن إذا أجذع؟ قال: لا تزال الصوفة قائمة على ظهره

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٣٧

مادام حملا، فإذا نامت الصوفة على ظهره، علم أنه قد أجذع. وثني المعز إذا تمت له سنة ودخل في الثانية، والبقرة إذا صار لها سنتان ودخلت في الثالثة، والإبل إذا كمل لها خمس سنين ودخلت في السادسة. قال الأصمعي أبو زياد الكلابي، وأبو زيد الأنصاري: إذا مضت السنة الخامسة على البعير، ودخل في السادسة، وألقى ثنيته، فهو حينئذ ثني، ونرى إنما سمي ثنيا؛ لأنه ألقى ثنيته. وأما البقرة: فهي التي لها سنتان؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا تذبحوا إلا مسنة» . ومسنة البقر التي لها سنتان. وقال وكيع: الجذع من الضأن يكون ابن سبعة أو ستة أشهر.

[مسألة يجتنب في الضحايا العوراء البين عورها]

(٧٨٦١) مسألة: قال: (ويجتنب في الضحايا العوراء البين عورها، والعجفاء التي لا تنقي، والعرجاء البين عرجها، والمريضة التي لا يرجى برؤها، والعضباء، والعضب ذهاب أكثر من نصف الأذن أو القرن)." (١)

"وإياك أن تضيق على الناس.

ولأن المقصود اللحم، ولا يؤثر ذهاب ذلك فيه. **ولنا** ما روي عن علي – رضي الله عنه – قال «نهى رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن يضحى بأعضب القرن والأذن.» قال قتادة: فسألت سعيد بن المسيب، فقال: نعم، العضب النصف فأكثر من ذلك. رواه الشافعي، وابن ماجه وعن علي – رضي الله عنه – قال: «أمرنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نستشرف العين والأذن» . رواه أبو داود، والنسائي. وهذا منطوق يقدم على المفهوم.

(٧٨٦٢) فصل: ولا تجزئ العمياء؛ لأن النهي عن العوراء تنبيه على العمياء وإن لم يكن عماها بينا؛ لأن العمى يمنع مشيها مع الغنم، ومشاركتها في العلف.

ولا تجزئ ما قطع منها عضو، كالألية والأطباء؛ لأن ابن عباس، قال: لا تجوز العجفاء، ولا الجداء. قال أحمد: هي التي قد يبس ضرعها. ولأن ذلك أبلغ في الإخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين.

[فصل يجزئ الخصي في الأضحية]

(٧٨٦٣) فصل: ويجزئ الخصي؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – ضحى بكبشين موجوءين والوجأ رض الخصيتين، وما قطعت خصيتاه أو شلتا، فهو كالموجوء؛ لأنه في معناه؛ ولأن الخصاء ذهاب عضو

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤٠

غير مستطاب، يطيب اللحم بذهابه، ويكثر ويسمن. قال الشعبي: ما زاد في لحمه وشحمه أكثر مما ذهب منه. وبهذا قال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو ثور، وأصحاب الرأي. ولا نعلم فيه مخالفا.

(٧٨٦٤) فصل: وتجزئ الجماء، وهي التي لم يخلق لها قرن، والصمعاء، وهي الصغيرة الأذن، والبتراء، وهي التي لا ذنب لها، سواء كان خلقة أو مقطوعا. وممن لم ير بأسا بالبتراء ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وسعيد بن جبير والنخعي والحكم. وكره الليث أن يضحى بالبتراء ما فوق القصبة.

وقال ابن حامد: لا تجوز التضحية بالجماء؛ لأن ذهاب أكثر من نصف القرن يمنع، فذهاب جميعه." (١)

"أولى؛ ولأن ما منع منه العور، منع منه العمى، فكذلك ما منع منه العضب، يمنع منه كونه أجم أولى.

ولنا أن هذا نقص لا ينقص اللحم، ولا يخل بالمقصود، ولم يرد به نهي، فوجب أن يجزئ، وفارق العضب، فإن النهي عنه وارد، وهو عيب، فإنه ربما أدمى وآلم الشاة، فيكون كمرضها، ويقبح منظرها، بخلاف الأجم، فإنه حسن في الخلقة ليس بمرض ولا عيب، إلا أن الأفضل ما كان كامل الخلقة، فإن النبي - صلى الله عليه وسلم -، ضحى بكبش أقرن أملح.

وقال: «خير الأضحية الكبش الأقرن» . وأمر باستشراف العين والأذن.

[فصل وتكره المشقوقة الأذن والمثقوبة وما قطع شيء منها الأضحية]

(٧٨٦٥) فصل: وتكره المشقوقة الأذن، والمثقوبة، وما قطع شيء منها؛ لما روي عن علي - رضي الله عنه - قال: «أمرنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن نستشرف العين والأذن، ولا نضحي بمقابلة، ولا مدابرة، ولا خرقاء، ولا شرقاء. قال زهير قلت لأبي إسحاق، ما المقابلة؟ قال يقطع طرف الأذن. قلت: فما المدابرة؟ قال يقطع من مؤخر الأذن. قلت: فما الشرقاء؟ قال: تشق الأذن. قلت: فما الخرقاء؟ قال: تشق أذنها السمة.» رواه أبو داود والنسائي. قال القاضي: الخرقاء التي انثقبت أذنها. وهذا نهي تنزيه، ويحصل الإجزاء بها، لا نعلم فيه خلافا؛ ولأن اشتراط السلامة من ذلك يشق إذ لا يكاد يوجد سالم من هذا كله.

[مسألة: لو أوجبها سليمة فعابت عنده الأضحية]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤٢

(٧٨٦٦) مسألة؛ قال: ولو أوجبها سليمة، فعابت عنده، ذبحها، وكانت أضحية وجملته أنه إذا أوجب أضحية صحيحة سليمة من العيوب، ثم حدث بها عيب يمنع الإجزاء، ذبحها، وأجزأته. روي هذا عن عطاء، والحسن، والنخعي، والزهري، والثوري، ومالك، والشافعي، وإسحاق. وقال أصحاب الرأي: لا تجزئه؛ لأن الأضحية عندهم واجبة، فلا يبرأ منها إلا بإراقة دمها سليمة، كما لو أوجبها في ذمته، ثم عينها، فعابت.." (١)

"**ولنا**، ما روى أبو سعيد قال: «ابتعنا كبشا نضحي به، فأصاب الذئب من أليته، فسألنا النبي - صلى الله عليه وسلم - فأمرنا أن نضحي به.» رواه ابن ماجه.

ولأنه عيب حدث في الأضحية الواجبة، فلم يمنع الإجزاء، كما لو حدث بها عيب بمعالجة الذبح، ولا نسلم أنها واجبة في الذمة، وإنما تعلق الوجوب بعينها. فأما إن تعيبت بفعله، فعليه بدلها. وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إذا عالج ذبحها، فقلعت السكين عينها، أجزأت، استحسانا. **ولنا**، أنه عيب أحدثه بها قبل ذبحها، فلم تجزئه، كما لو كان قبل معالجة الذبح.

[فصل نذر أضحية في ذمته ثم عينها في شاة]

(٧٨٦٧) فصل: وإن نذر أضحية في ذمته، ثم عينها في شاة، تعينت، فإن عابت تلك الشاة قبل ذبحها، لم تجزئ؛ لأن ذمته لا تبرأ إلا بذبح شاة سليمة، كما لو نذر عتق رقبة، أو كان عليه عتق رقبة في كفارة، فاشتراها، ثم عابت عنده، لم تجزئه، وإن قال: لله علي عتق هذا العبد فعاب، أجزأ عنه.

[فصل أتلف الأضحية الواجبة]

(٧٨٦٨) فصل: إذا أتلف الأضحية الواجبة، فعليه قيمتها؛ لأنها من المتقومات، وتعتبر القيمة يوم أتلفها، فإن غلت الغنم، فصار مثلها خيرا من قيمتها، فقال: أبو الخطاب: يلزمه مثلها؛ لأنه أكثر الأمرين، ولأنه تعلق بها حق الله - تعالى - في ذبحها، فوجب عليه مثلها، كما لو لم تتعيب، بخلاف الآدمي، وهذا مذهب الشافعي وظاهر قول القاضي، أنه لا يلزمه إلا القيمة يوم إتلافها.

وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه إتلاف أوجب القيمة، فلم يجب أكثر من القيمة يوم الإتلاف، كما لو أتلفها أجنبي، وكسائر المضمونات. فإن رخصت الغنم، فزادت قيمتها على مثلها، مثل أن كانت قيمتها عند

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤٣

إتلافها عشرة، فصارت قيمة مثلها خمسة، فعليه عشرة، وجها واحدا، فإن شاء اشترى بها أضحية واحدة تساوي عشرة، وإن شاء اشترى اثنتين، وإن شاء اشترى أضحية واحدة، فإن فضل من العشرة ما لا يجيء به أضحية، اشترى به شركا في بدنة، فإن لم يتسع لذلك، أو لم تمكنه المشاركة، ففيه وجهان؛ أحدهما، يشتري لحما، ويتصدق به؛ لأن الذبح وتفرقة اللحم مقصودان، فإذا تعذر أحدهما وجب الآخر.

والثاني، يتصدق بالفضل؛ لأنه إذا لم يحصل له التقرب بإراقة الدم، كان اللحم وثمنه سواء. فإن كان المتلف أجنبيا، فعليه قيمتها يوم أتلفها، وجها واحدا، ويلزمه دفعها إلى صاحبها، فإن زاد على ثمن مثلها، فحكمه حكم ما لو أتلفها صاحبها، وإن لم تبلغ القيمة ثمن أضحية، فالحكم فيه على ما مضى فيما زاد على ثمن الأضحية في حق المضحي. فإن تلفت الأضحية في يده بغير تفريط، أو سرقت، أو ضلت، فلا شيء عليه؛ لأنها أمانة في يده، فلم يضمنها إذا لم يفرط كالوديعة.." (١)

"لا يحلبها، ويرش على الضرع الماء حتى ينقطع اللبن، فإن احتلبها، تصدق، به؛ لأن اللبن متولد من الأضحية الواجبة، فلم يجز للمضحي الانتفاع به، كالولد ولنا، قول علي - رضي الله عنه - يحلبها إلا فضلا عن تيسير ولدها. ولأنه انتفاع لا يضرها، فأشبه الركوب، يفارق الولد، فإنه يمكن إيصاله إلى محله، أما اللبن، فإن حلبه وتركه فسد، وإن لم يحلبه، تعقد الضرع، وأضر بها، فجوز له شربه، وإن تصدق به كان أفضل. وإن احتلب ما يضر بها أو بولدها، لم يجز له، وعليه أن يتصدق به. فإن قيل: فصوفها شعرها، ووبرها إذا جزه، تصدق به، ولم ينتفع به، فلم أجزتم له الانتفاع باللبن؟ قلنا: الفرق بينهما من وجهين؛ أحدهما: أن لبنها يتولد من غذائها وعلفها، وهو القائم به، فجاز صرفه إليه، كما أن المرتهن إذا علف الرهن كان له أن يحلب، ويركب، وليس له أن يأخذ الصوف ولا الشعر.

الثاني، أن الصوف والشعر ينتفع به على الدوام، فجرى مجرى جلدها وأجزائها، واللبن يشرب ويؤكل شيئا فشيئا فجرى مجرى منافعها وركوبها، ولأن اللبن يتجدد كل يوم، والصوف والشعر عين موجودة دائمة في جميع الحول. (٧٨٧٢) فصل: وأما صوفها، فإن كان جزه أنفع لها، مثل أن يكون في زمن الربيع، تخف بجزه وتسمن، جاز جزه، ويتصدق به، وإن كان لا يضر بها؛ لقرب مدة الذبح أو كان بقاؤه أنفع لها؛ لكونه يقيها الحر والبرد لم يجز له أخذه، كما أنه ليس له أخذ بعض أجزائها.

[مسألة ما يوجب الأضحية]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤٤

(٧٨٧٣) مسألة؛ قال: وإيجابها أن يقول: هي أضحية وجملة ذلك أن الذي تجب به الأضحية، وتتعين به، هو القول دون النية. وهذا منصوص الشافعي. وقال مالك، وأبو حنيفة: إذا اشترى شاة أوغيرها بنية الأضحية، صارت أضحية؛ لأنه مأمور بشراء أضحية، فإذا اشتراها بالنية وقعت عنها، كالوكيل. **ولنا**، أنه إزالة ملك على وجه القربة، فلا تؤثر فيه النية المقارنة للشراء، كالعتق و الوقف، ويفارق البيع، فإنه لا يمكنه جعله لموكله بعد إيقاعه، وها هنا بعد الشراء يمكنه جعلها أضحية. فأما إذا قال: هذه أضحية. صارت واجبة، كما يعتق العبد بقول سيده: هذا حر. ولو أنه قلدها أوأشعرها ينوي به جعلها أضحية، لم تصر أضحية حتى ينطق به؛ لما ذكرنا.." [1]

"[مسألة أوجب الأضحية فكانت ناقصة]

(٧٨٧٤) مسألة؛ قال: ولو أوجبها ناقصة، ذبحها، ولم تجزئه يعني إذا كانت ناقصة نقصا يمنع الإجزاء فأوجبها، وجب عليه ذبحها؛ لأن إيجابها كالنذر لذبحها، فيلزمه الوفاء به، ولأن إيجابها كنذر هدي من غير بهيمة الأنعام، فإنه يلزمه الوفاء به، ولا يجزئه عن الأضحية الشرعية ولا تكون أضحية؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: (أربع لا تجزئ في الأضاحي) . ولكنه يذبحها، ويثاب على ما يتصدق به منها، كما يثاب على الصدقة بما لا يصلح أن يكون هديا، وكما لو أعتق عن كفارته عبدا لا يجزئ في الكفارة، إلا أنه هاهنا لا يلزمه بدلها؛ لأن الأضحية في الأصل غير واجبة، ولم يوجد منه ما يوجبها. وإن كانت الأضحية واجبة عليه، مثل من نذر أضحية في ذمته، أو أتلف أضحيته التي أوجبها، لم تجزئه هذه عما في ذمته.

فإن زال عيبها، كأن كانت عجفاء فزال عجفها، أو مريضة فبرأت، أو عرجاء فزال عرجها، فقال القاضي: قياس المذهب أنها تجزئ. وقال أصحاب الشافعي: لا تجزئ؛ لأن الاعتبار بحال إيجابها، ولأن الزيادة فيها كانت للمساكين، كما أن نقصها بعد إيجابها عليهم لا يمنع من كونها أضحية. **ولنا**، أن هذه أضحية يجزئ مثلها، فتجزئ، كما لو لم يوجبها إلا بعد زوال عينها.

[مسألة لا تباع أضحية الميت في دينه]

(٧٨٧٥) مسألة؛ قال: ولا تباع أضحية الميت في دينه، ويأكلها ورثته يعني إذا أوجب أضحية ثم مات، لم يجز بيعها، وإن كان على الميت دين لا وفاء له. وبهذا قال أبو ثور، ويشبه مذهب الشافعي. وقال الأوزاعي:

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤٦

إن ترك دينا لا وفاء له إلا منها، بيعت فيه. وقال مالك: إن تشاجر الورثة فيها باعوها. **ولنا**، أنه تعين ذبحها، فلم يصح بيعها في دينه، كما لو كان حيا. إذا ثبت هذا، فإن ورثته يقومون مقامه في الأكل والصدقة والهدية؛ لأنهم يقومون مقام موروثهم فيما له وعليه.

[فصل هل تجوز التضحية عن اليتيم من ماله]

(٧٨٧٦) فصل: واختلفت الرواية، هل تجوز التضحية عن اليتيم من ماله؟ فروي أنه ليس للولي ذلك؛ لأنه إخراج شيء من ماله بغير عوض، فلم يجز، كالصدقة والهدية. وهذا مذهب الشافعي وروي أن للولي أن يضحي عنه إذا كان موسرا. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك. قال مالك: إذا كان له ثلاثون دينارا، يضحي عنه بالشاة، بنصف دينار؛ لأنه إخراج مال يتعلق بيوم العيد، فجاز إخراجه من مال اليتيم كصدقة الفطر. فعلى هذا،." (١)

"يكون إخراجها من ماله على سبيل التوسعة عليه، والتطييب لقلبه، وإشراكه لأمثاله في مثل هذا اليوم، كما يشتري له الثياب الرفيعة للتجمل، والطعام الطيب، ويوسع عليه في النفقة وإن لم يجب ذلك.

ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في الروايتين على حالين؛ فالموضع الذي منع التضحية، إذا كان اليتيم طفلا لا يعقل التضحية، ولا يفرح بها، ولا ينكسر قلبه بتركها؛ لعدم الفائدة فيها، فيحصل إخراج ثمنها تضييع مال لا فائدة فيه، والموضع الذي أجازها، إذا كان اليتيم يعقلها، وينجبر قلبه بها وينكسر بتركها؛ لحصول الفائدة منها، والضرر بتفويتها. واستدل أبو الخطاب بقول أحمد: يضحي عنه. على وجوب الأضحية. والصحيح، إن شاء الله تعالى، ما ذكرناه. وعلى كل حال، متى ضحى عن اليتيم، لم يتصدق بشيء منها، ويوفرها لنفسه، لأنه لا يجوز الصدقة بشيء من مال اليتيم تطوعا.

[مسألة الاستحباب أن يأكل ثلث أضحيته ويهدي ثلثها ويتصدق بثلثها]

(٧٨٧٧) مسألة؛ قال: والاستحباب أن يأكل ثلث أضحيته، ويهدي ثلثها، ويتصدق بثلثها، ولو أكل أكثر جاز قال أحمد: نحن نذهب إلى حديث عبد الله: يأكل هو الثلث، ويطعم من أراد الثلث، ويتصدق على المساكين بالثلث. قال علقمة: بعث معي عبد الله بهدية، فأمرني أن آكل ثلثا، وأن أرسل إلى أهل أخيه عتبة بثلث، وأن أتصدق بثلث، وعن ابن عمر قال: الضحايا والهدايا ثلث لك، وثلث لأهلك، وثلث

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤٧

للمساكين. وهذا قول إسحاق، وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر: يجعلها نصفين، يأكل نصفا، ويتصدق بنصف؛ لقول الله تعالى: ﴿فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير﴾ [الحج: ٢٨] .

وقال أصحاب الرأي: ما كثر من الصدقة فهو أفضل؛ لأن «النبي - صلى الله عليه وسلم - أهدى مائة بدنة، وأمر من كل بدنة ببضعة، فجعلت في قدر، فأكل هو وعلي من لحمها، وحسيا من مرقها. ونحر خمس بدنات، أو ست بدنات، وقال: من شاء فليقتطع. ولم يأكل منهن شيئا» . **ولنا**، ما روي «عن ابن عباس، في صفة أضحية النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: يطعم أهل بيته الثلث،." (١)

"ويطعم فقراء جيرانه الثلث، ويتصدق على السؤال بالثلث.» رواه الحافظ أبو موسى الأصفهاني، في الوظائف، وقال: حديث حسن. ولأنه قول ابن مسعود وابن عمر، ولم نعرف لهما مخالفا في الصحابة، فكان إجماعا؛ ولأن الله تعالى قال: ﴿فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر﴾ [الحج: ٣٦] .

والقانع: السائل يقال: قنع قنوعا. إذا سأل وقنع قناعة إذا رضي. قال الشاعر:

لمال المرء يصلحه فيغني ... مفاقره أعف من القنوع

والمعتر: الذي يعتريك. أي يتعرض لك لتطعمه، فلا يسأل، فذكر ثلاثة أصناف، فينبغي أن يقسم بينهم أثلاثا. وأما الآية التي احتج بها أصحاب الشافعي، فإن الله - تعالى - لم يبين قدر المأكول منها والمتصدق به، وقد نبه عليه في آيتنا، وفسره النبي - صلى الله عليه وسلم - بفعله، وابن عمر بقوله، وابن مسعود بأمره. وأما خبر أصحاب الرأي، فهو في الهدي، والهدي يكثر، فلا يتمكن الإنسان من قسمه، وأخذ ثلثه، فتتعين الصدقة بها، والأمر في هذا واسع، فلو تصدق بها كلها أو بأكثرها جاز، وإن أكلها كلها إلا أوقية تصدق بها جاز.

وقال أصحاب الشافعي: يجوز أكلها كلها. **ولنا**، أن الله تعالى قال: ﴿فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر﴾ [الحج: ٣٦] . وقال: ﴿وأطعموا البائس الفقير﴾ [الحج: ٢٨] والأمر يقتضي الوجوب وقال بعض أهل العلم: يجب الأكل منها، ولا تجوز الصدقة بجميعها؛ للأمر بالأكل منها. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نحر خمس بدنات، ولم يأكل منهن شيئا، وقال " من شاء فليقتطع ". ولأنها ذبيحة يتقرب إلى الله - تعالى - بها فلم يجب الأكل منها، كالعقيقة، والأمر للاستحباب، أو الإباحة، كالأمر بالأكل من الثمار والزرع، والنظر إليها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤٨

[فصل يجوز ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث]

(٧٨٧٨) فصل: ويجوز ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث، في قول عامة أهل العلم. ولم يجزه علي، ولا ابن عمر - رضي الله عنه - لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث. **ولنا**، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث فامسكوا ما بدا لكم» رواه. مسلم. وروت عائشة - رضي الله عنها - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إنما نهيتكم." (١)

"للدافة التي دفت، فكلوا، وتزودوا، وتصدقوا، وادخروا» . وقال أحمد: فيه أسانيد صحاح فأما علي وابن عمر فلم يبلغهما ترخيص رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد كانوا سمعوا النهي، فرووا على ما سمعوا.

[فصل يجوز إطعام الكافر من الأضحية]

(٧٨٧٩) فصل: ويجوز أن يطعم منها كافرا. وبهذا قال الحسن، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال مالك: غيرهم أحب إلينا. وكره مالك والليث إعطاء النصراني جلد الأضحية. **ولنا** أنه طعام له أكله فجاز إطعامه للذمي، كسائر طعامه، ولأنه صدقة تطوع، فجاز إطعامها الذمي والأسير، كسائر صدقة التطوع. فأما الصدقة الواجبة منها، فلا يجزئ دفعها إلى كافر لأنها صدقة واجبة، فأشبهت الزكاة، وكفارة اليمين.

[مسألة لا يعطى الجازر بأجرته شيئا منها الأضحية]

(٧٨٨٠) مسألة؛ قال: ولا يعطى الجازر بأجرته شيئا منها. وبهذا قال مالك، والشافعي وأصحاب الرأي. ورخص الحسن وعبد الله بن عبيد بن عمير، في إعطائه الجلد. **ولنا**، ما روى علي - رضي الله عنه - قال «أمرني رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن أقوم على بدنه، وأن أقسم جلودها وجلالها، وأن لا أعطي الجازر منها شيئا، وقال: نحن نعطيه من عندنا» متفق عليه. ولأن ما يدفعه إلى الجزار أجرة عوض عن عمله وجزارته، ولا تجوز المعاوضة بشيء منها. فأما إن دفع إليه لفقره، أو على سبيل الهدية، فلا بأس؛ لأنه مستحق للأخذ، فهو كغيره، بل هو أولى؛ لأنه باشرها، وتاقت نفسه إليها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٤٩

[مسألة الانتفاع بجلد الأضحية]

(٧٨٨١) مسألة؛ قال: وله أن ينتفع بجلدها، ولا يجوز أن يبيعه، ولا شيئا منها. وجملة ذلك أنه لا يجوز بيع شيء من الأضحية، لا لحمها ولا جلدها، واجبة كانت أو تطوعا لأنها تعينت بالذبح. قال أحمد: لا يبيعها، ولا يبيع شيئا منها. وقال: سبحان الله كيف يبيعها، وقد جعلها لله تبارك وتعالى، وقال الميموني: قالوا لأبي عبد الله: فجلد الأضحية يعطاه السلاخ؟ قال: لا. وحكى قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: لا يعطى الجازر في جزارتها شيئا منها. ثم قال إسناده جيد. وبهذا قال أبو هريرة. وهو مذهب الشافعي. ورخص الحسن، والنخعي في الجلد أن يبيعه ويشتري به الغربال والمنخل وآلة البيت. وروي نحو هذا عن الأوزاعي؛ لأنه ينتفع به هو وغيره، فجرى مجرى تفريق اللحم. وقال أبو حنيفة:." (١)

"يبيع ما شاء منها، ويتصدق بثمنه. وروي عن ابن عمر، أنه يبيع الجلد، ويتصدق بثمنه. وحكاه ابن المنذر عن أحمد، وإسحاق. **ولنا**، أمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بقسم جلودها وجلالها، ونهيه أن يعطى الجازر شيئا منها.

ولأنه جعله لله - تعالى، فلم يجز بيعه، كالوقف، وما ذكروه في شراء آلة البيت، يبطل باللحم، لا يجوز بيعه بآلة البيت وإن كان ينتفع به، فأما جواز الانتفاع بجلودها وجلالها، فلا خلاف فيه؛ لأنه جزء منها، فجاز للمضحي الانتفاع به، كاللحم، وكان علقمة ومسروق يدبغان جلد أضحيتهما، ويصليان عليه. وروت عائشة، قالت: «قلت: يا رسول الله، قد كانوا ينتفعون من ضحاياهم، يجملون منها الودك، ويتخذون منها الأسقية. قال: وما ذاك؟ قالت: نهيت عن إمساك لحوم الأضاحي فوق ثلاث. قال: إنما نهيتكم للدافة التي دفت، فكلوا، وتزودوا، وتصدقوا.» حديث صحيح، رواه مالك، عن عبد الله بن أبي بكر عن عمرة عن عائشة - رضي الله عنها - ولأنه انتفاع به، فجاز كلحمها.

[مسألة يجوز أن يبدل الأضحية إذا أوجبها بخير منها]

(٧٨٨٢) مسألة؛ قال ويجوز أن يبدل الأضحية إذا أوجبها بخير منها هذا المنصوص عن أحمد. وبه قال عطاء، ومجاهد، وعكرمة، ومالك، وأبو حنيفة، ومحمد بن الحسن، واختار أبو الخطاب أنه لا يجوز بيعها، ولا إبدالها؛ لأن أحمد نص في الهدي إذا عطب، أنه يجزئ عنه، وفي الأضحية إذا هلكت، أو ذبحها فسرقت، لا بدل عليه. ولو كان ملكه مازال عنها، لزمه بدلها في هذه المسائل. وهذا مذهب أبي يوسف،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٥٠

والشافعي، وأبي ثور؛ لأنه قد جعلها لله تعالى فلم يملك التصرف فيها بالبيع والإبدال، كالوقف.

ولنا، ما روي، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - ساق مائة بدنة في حجته، وقدم علي من اليمن، فأشركه فيها» . رواه مسلم. وهذا نوع من الهبة أو بيع، ولأنه عدل عن عين وجبت لحق الله تعالى إلى خير منها من جنسها، فجاز، كما لو وجبت عليه بنت لبون، فأخرج حقة في الزكاة، فأما بيعها، فظاهر كلام الخرقي، أنه لا يجوز. وقال القاضي: يجوز أن يبيعها، ويشتري خيرا منها، وهو قول عطاء، ومجاهد، وأبي حنيفة؛ لما ذكرنا من حديث بدن النبي - صلى الله عليه وسلم - وإشراكه فيها، ولأن ملكه لم يزل عنها، بدليل جواز إبدالها، ولأنها عين يجوز إبدالها، فجاز بيعها كما قبل إيجابها. **ولنا**، أنه جعلها لله تعالى، فلم يجز بيعها، كالوقف، وإنما جاز إبدالها بجنسها؛ لأنه لم يزل الحق فيها عن جنسها، وإنما انتقل إلى خير منها، فكأنه في المعنى ضم زيادة إليها، وقد جاز إبدال المصحف، ولم يجز." (١)

"بيعه.

وأما حديث النبي - صلى الله عليه وسلم - فالظاهر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يبعها، وإنما شرك عليا في ثوابها وأجرها. ويحتمل أن ذلك كان قبل إيجابها. وقول الخرقي: بخير منها. يدل على أنه لا يجوز بدونها، ولا خلاف في هذا؛ لأنه تفويت جزء منها، فلم يجز، كإتلافه. وأنه لا يجوز بمثلها؛ لعدم الفائدة في هذا. وقال القاضي: في إبدالها بمثلها احتمالان؛ أحدهما، جوازه؛ لأنه لا ينقص مما وجب عليه شيء، **ولنا** أنه بغير ما أوجبه لغير فائدة، فلم يجز، كإبداله بما دونها.

[مسألة مضى من نهار يوم الأضحى مقدار صلاة العيد وخطبته فقد حل الذبح]

(٧٨٨٣) مسألة؛ قال وإذا مضى من نهار يوم الأضحى مقدار صلاة العيد وخطبته، فقد حل الذبح إلى آخر يومين من أيام التشريق نهارا، ولا يجوز ليلا الكلام في وقت الذبح في ثلاثة أشياء أوله، وآخره، وعموم وقته أو خصوصه. أما أوله، فظاهر كلام الخرقي أنه إذا مضى من نهار يوم العيد قدر تحل فيه الصلاة، وقدر الصلاة والخطبتين التامتين في أخف ما يكون، فقد حل وقت الذبح، ولا تعتبر نفس الصلاة، لا فرق في هذا بين أهل المصر وغيرهم.

وهذا مذهب الشافعي، وابن المنذر وظاهر كلام أحمد، أن من شرط جواز التضحية في حق أهل المصر صلاة الإمام وخطبته. وروي نحو هذا عن الحسن، والأوزاعي، ومالك، وأبي حنيفة، وإسحاق؛ لما روى

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٥١

جندب بن عبد الله البجلي، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «من ذبح قبل أن يصلي فليعد مكانها أخرى.» وعن البراء، قال: قال رسول الله – صلى الله عليه وسلم -: «من صلى صلاتنا، ونسك نسكنا، فقد أصاب النسك، ومن ذبح قبل أن يصلي، فليعد مكانها أخرى» متفق عليه. وفي لفظ قال: إن أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم، الذبح، فمن ذبح قبل الصلاة، فتلك شاة لحم قدمها لأهله، ليس من النسك في شيء " وظاهر هذا اعتبار نفس الصلاة. وقال عطاء: وقتها إذا طلعت الشمس؛ لأنها عبادة يتعلق آخرها بالوقت، فتعلق أولها بالوقت، كالصيام.

وهذا وجه قول الخرقي ومن وافقه. والصحيح، إن شاء الله تعالى، أن وقتها في الموضع الذي يصلى فيه بعد الصلاة؛ لظاهر الخبر، والعمل بظاهره أولى. فأما غير أهل الأمصار والقرى، فأول وقتها في حقهم قدر الصلاة والخطبة بعد الصلاة؛ لأنه لا صلاة في حقهم تعتبر، فوجب الاعتبار بقدرها. وقال أبو حنيفة: أول وقتها في حقهم إذا طلع الفجر الثاني؛ لأنه من يوم النحر، فكان وقتها منه كسائر اليوم.." (١)

"ولنا، أنها عبادة وقتها في حق أهل المصر بعد إشراق الشمس، فلا تتقدم وقتها في حق غيرهم، كصلاة العيد. وما ذكروه يبطل بأهل الأمصار فإن لم يصل الإمام في المصر، لم يجز الذبح حتى تزول الشمس؛ لأنها حينئذ تسقط، فكأنه قد صلى، وسواء ترك الصلاة عمدا أو غير عمد، لعذر أو غيره. فأما الذبح في اليوم الثاني، فهو في أول النهار؛ لأن الصلاة فيه غير واجبة، ولأن الوقت قد دخل في اليوم الأول، وهذا من أثنائه، فلا تعتبر فيه صلاة ولا غيرها. وإن صلى الإمام في المصلى، واستخلف من صلى في المسجد، فمتى صلوا في أحد الموضعين جاز الذبح؛ لوجود الصلاة التي يسقط بها الفرض عن سائر الناس فإن ذبح بعد الصلاة قبل الخطبة أجزأ، في ظاهر كلام أحمد؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – علق المنع على فعل الصلاة، فلا يتعلق بغيره، ولأن الخطبة غير واجبة. وهذا قول الثوري.

الثاني، آخر الوقت، وآخره آخر اليوم الثاني من أيام التشريق فتكون أيام النحر ثلاثة؛ يوم العيد، ويومان بعده. وهذا قول عمر، وعلي، وابن عمر، وابن عباس، وأبي هريرة، وأنس. قال أحمد: أيام النحر ثلاثة، عن غير واحد من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم -. وفي رواية، قال: خمسة من أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم -. ولم يذكر أنسا. وهو قول مالك، والثوري، وأبي حنيفة. وروي عن علي، آخر أيام التشريق. وهو مذهب الشافعي، وقول عطاء، والحسن؛ لأنه روي عن جبير بن مطعم، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «أيام منى كلها منحر» . ولأنها أيام تكبير وإفطار، فكانت محلا للنحر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٢/٩

كالأولين.

وقال ابن سيرين: لا تجوز إلا في يوم النحر خاصة؛ لأنها وظيفة عيد، فلا تجوز إلا في يوم واحد، كأداء الفطر. يوم الفطر. وقال سعيد بن جبير، وجابر بن زيد، كقول ابن سيرين في أهل الأمصار، وقولنا في أهل منى، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن، وعطاء بن يسار: تجوز التضحية إلى هلال المحرم. وقال أبو أمامة بن سهل بن حنيف: كان الرجل من المسلمين يشتري أضحية، فيسمنها حتى يكون آخر ذي الحجة، فيضحي بها. رواه الإمام أحمد بإسناده. وقال: هذا الحديث عجيب. وقال: أيام الأضحى التي أجمع عليها ثلاثة أيام. ولنا، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث.

ولا يجوز الذبح في وقت لا يجوز ادخار الأضحية إليه، ولأن اليوم الرابع لا يجب الرمي فيه، فلم تجز التضحية فيه، كالذي بعده." (١)

"ضحى بكبشين أقرنين أملحين، ذبحهما بيده، وسمى وكبر، ووضع رجله على صفاحهما. ونحر البدنات الست بيده. ونحر من البدن التي ساقها في حجته ثلاثا وستين بدنة بيده. ولأن فعله قربة، وفعل القربة أولى من استنابته فيها فإن استناب فيها، جاز؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - استناب من نحر باقي بدنه بعد ثلاث وستين. وهذا لا شك فيه.

ويستحب أن يحضر ذبحها؛ لأن في حديث ابن عباس الطويل " واحضروها إذا ذبحتم فإنه يغفر لكم عند أول قطرة من دمها ". وروي «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال لفاطمة: احضري أضحيتك، يغفر لك بأول قطرة من دمها.»

[مسألة التسمية عند الذبح]

(٧٨٨٨) مسألة؛ قال ويقول عند الذبح: بسم الله، والله أكبر. وإن نسي فلا يضره. ثبت أن النبي - صلى الله عليه وسلم - «كان إذا ذبح قال: بسم الله، والله أكبر» وفي حديث أنس: وسمى وكبر. وكذلك كان يقول ابن عمر. وبه يقول أصحاب الرأي، ولا نعلم في استحباب هذا خلافا، ولا في أن التسمية مجزئة. وإن نسي التسمية، أجزأه، على ما ذكرنا في الذبائح. وإن زاد فقال: اللهم هذا منك ولك، اللهم تقبل مني، أو من فلان. فحسن. وبه قال أكثر أهل العلم.

وقال أبو حنيفة: يكره أن يذكر اسم غير الله؛ لقول الله تعالى: ﴿وما أهل به لغير الله﴾ [البقرة: ١٧٣] .

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٥٣

ولنا، «أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أتي بكبش له ليذبحه، فأضجعه، ثم قال: اللهم تقبل من محمد وآل محمد وأمة محمد. ثم ضحى» . رواه مسلم. وفي حديث جابر أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «اللهم منك ولك، عن محمد وأمته، بسم الله، والله اكبر. ثم ذبح» . وهذا نص لا يعرج على خلافه.
(٧٨٨٩) مسألة؛ قال: وليس عليه أن يقول عند الذبح عمن لأن النية تجزئ لا أعلم خلافا في أن النية تجزئ،." (١)

"وإن ذكر من يضحي عنه فحسن؛ لما روينا من الحديث. قال الحسن: يقول بسم الله، والله أكبر، هذا منك ولك، تقبل من فلان. وكره أهل الرأي هذا. وقد ذكرناه في التي قبلها.

[فصل عين أضحية فذبحها غيره بغير إذنه]

(٧٨٩٠) فصل: وإن عين أضحية، فذبحها غيره بغير إذنه، أجزأت عن صاحبها، ولا ضمان على ذابحها. وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك: هي شاة لحم، لصاحبها أرشها، وعليه بدلها؛ لأن الذبح عبادة، فإذا فعلها غير صاحبها عنه بغير إذنه لم تقع الموقع، كالزكاة. وقال الشافعي: تجزئ عن صاحبها، وله على ذابحها أرش ما بين قيمتها صحيحة ومذبوحة؛ لأن الذبح أحد مقصودي الهدي، فإذا فعله فاعل بغير إذن المضحي، ضمنه، كتفرقة اللحم.

ولنا، على مالك، أنه فعل لا يفتقر إلى النية، فإذا فعله غير الصاحب أجزأ عنه، كغسل ثوبه من النجاسة. وعن الشافعي، أنها أضحية أجزأت عن صاحبها، ووقعت موقعها، فلم يضمن ذابحها، كما لو كان بإذن، ولأنه إراقة دم تعين إراقته لحق الله - تعالى، فلم يضمن مريقه، كقاتل المرتد بغير إذن الإمام، ولأن الأرش لو وجب، فإنما يجب ما بين كونها مستحقة الذبح في هذه الأيام متعينة له وما بين كونها مذبوحة، ولا قيمة لهذه الحياة، ولا تفاوت بين القيمتين، فتعذر وجود الأرش ووجوبه، ولأنه لو وجب الأرش لم يخل إما أن يجب للمضحي، أو للفقراء، لا جائز أن يجب للفقراء؛ لأنهم إنما يستحقونها مذبوحة، ولو دفعها إليهم في الحياة لم يجز، ولا جائز أن يجب له؛ لأنه لا يجوز أن يأخذ بدل شيء منها، كعضو من أعضائها، ولأنهم وافقونا في أن الأرش لا يدفع إليه، فيتعذر إيجابه، لعدم مستحقه.

[فصل نذر أضحية في ذمته ثم ذبحها]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٥٦

(٧٨٩١) فصل: وإن نذر أضحية في ذمته ثم ذبحها، فله أن يأكل منها. وقال القاضي: من أصحابنا من منع الأكل منها. وهو ظاهر كلام أحمد، وبناه على الهدي المنذور. **ولنا**، أن النذر محمول على المعهود، والمعهود من الأضحية الشرعية ذبحها، والأكل منها، والنذر لا يغير من صفة المنذور إلا الإيجاب، وفارق الهدي الواجب بأصل الشرع؛ لا يجوز الأكل منه، فالمنذور محمول عليه، بخلاف الأضحية.

[فصل لا يضحي عما في البطن]

(٧٨٩٢) فصل: ولا يضحي عما في البطن. وروي ذلك عن ابن عمر. وبه قال الشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. ولا نعلم مخالفا لهم. وليس للعبد، والمدبر، والمكاتب، وأم الولد، أن يضحوا إلا بإذن سادتهم؛ لأنهم ممنوعون من التصرف بغير إذنهم، إلا المكاتب، فإنه ممنوع من التبرع، والأضحية تبرع. وأما من نصفه." (١)

"حر إذا ملك بجزئه الحر شيئا، فله أن يضحي بغير إذن سيده؛ لأن له أن يتبرع بغير إذنه

[مسألة يجوز أن يشترك السبعة فيضحوا بالبدنة والبقرة]

(٧٨٩٣) مسألة؛ قال: ويجوز أن يشترك السبعة، فيضحوا بالبدنة والبقرة وجملته أنه يجوز أن يشترك في التضحية بالبدنة والبقرة سبعة، واجبا كان أو تطوعا، سواء كانوا كلهم متقربين، أو يريد بعضهم القربة وبعضهم اللحم. وبهذا قال الشافعي وقال مالك: لا يجوز الاشتراك في الهدي. وقال أبو حنيفة: يجوز للمتقربين، ولا يجوز إذا كان بعضهم غير متقرب؛ لأن الذبح واحد، فلا يجوز أن تختل نية القربة فيه. **ولنا**، ما روى جابر، قال: «أمرنا رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أن نشترك في الإبل والبقر، كل سبعة منا في بدنة» رواه مسلم.

ولنا، على أبي حنيفة، أن الجزء المجزأ لا ينقص بإرادة الشريك غير القربة، فجاز، كما لو اختلفت جهات القرب، فأراد بعضهم التضحية، وبعضهم الفديءة. (٧٨٩٤) فصل: ويحوز للمشتركين قسمة اللحم، ومنع منه أصحاب الشافعي في وجه، بناء على أن القسمة بيع، وبيع لحم الهدي والأضحية غير جائز. **ولنا**، أن أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بالاشتراك، مع أن سنة الهدي والأضحية الأكل منها، دليل على تجويز القسمة، إذ لا يتمكن واحد منهم من الأكل إلا بالقسمة، وكذلك الصدقة والهدية، ولا نسلم أن القسمة

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٥٧

بيع، بل هي إفراز حق، على ما ذكرناه في باب القسمة.

[مسألة حكم العقيقة]

(٧٨٩٥) مسألة؛ قال والعقيقة سنة، عن الغلام شاتان، وعن الجارية شاة العقيقة: الذبيحة التي تذبح عن المولود، وقيل: هي الطعام الذي يصنع ويدعى إليه من أجل المولود. قال أبو عبيد: الأصل في العقيقة. الشعر الذي على المولود، وجمعها عقائق، ومنها قول الشاعر:
أيا هند لا تنكحي بوهة ... عليه عقيقته أحسبا." (١)

"ثم إن العرب سمت الذبيحة عند حلق شعره عقيقة، على عاداتهم في تسمية الشيء باسم سببه أو ما جاوره، ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية، وصارت الحقيقة مغمورة فيه، فلا يفهم من العقيقة عند الإطلاق إلا الذبيحة. وقال ابن عبد البر: أنكر أحمد هذا التفسير، وقال: إنما العقيقة الذبح نفسه. ووجهه أن أصل العق القطع، ومنه عق والديه، إذا قطعهما.
والذبح قطع الحلقوم والمريء والودجين. والعقيقة سنة في قول عامة أهل العلم؛ منهم ابن عباس، وابن عمر، وعائشة، وفقهاء التابعين، وأئمة الأمصار، إلا أصحاب الرأي، قالوا ليست سنة، وهي من أمر الجاهلية. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه سئل عن العقيقة، فقال: إن الله - تعالى - لا يحب العقوق. فكأنه كره الاسم، وقال: من ولد له مولود، فأحب أن ينسك عنه فليفعل.» رواه مالك في " موطئه " لو. وقال الحسن وداود: هي واجبة. وروي عن بريدة، أن الناس يعرضون عليها، كما يعرضون على الصلوات الخمس؛ لما روى سمرة بن جندب، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «كل غلام رهينة بعقيقته، تذبح عنه يوم سابعه، ويسمى فيه، وتحلق رأسه» . وعن أبي هريرة مثله. قال أحمد: إسناده جيد، وروى حديث سمرة الأثرم، وأبو داود. وعن عائشة، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمرهم عن الغلام بشاتين، وعن الجارية بشاة.» وظاهر الأمر الوجوب. **ولنا**، على استحبابها هذه الأحاديث، وعن أم كرز الكعبية، قالت: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «عن الغلام شاتان مكافئتان، وعن الجارية شاة» . وفي لفظ: «عن الغلام شاتان مثلان، وعن الجارية شاة» . رواه أبو داود، وفي رواية قال: " العقيقة عن الغلام شاتان ".
والإجماع، قال أبو الزناد: العقيقة من أمر الناس، كانوا يكرهون تركه. وقال أحمد: العقيقة سنة عن رسول

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٥٨

الله – صلى الله عليه وسلم – قد عق عن الحسن والحسين. وفعله أصحابه، وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: " الغلام مرتهن بعقيقته ". وهو إسناد جيد، يرويه أبو هريرة عن النبي – صلى الله عليه وسلم –. وجعلها أبو حنيفة من أمر الجاهلية، وذلك لقلة علمه ومعرفته بالأخبار. وأما بيان كونها غير واجبة، فدليله ما احتج به أصحاب الرأي من الخبر، وما رووه محمول على تأكيد الاستحباب، جمعا بين الأخبار، ولأنها ذبيحة لسرور حادث، فلم تكن واجبة، كالوليمة والنقيعة.." (١)

"[مسألة متى تذبح العقيقة]

(٧٨٩٨) مسألة؛ قال ويذبح يوم السابع قال أصحابنا: السنة أن تذبح يوم السابع، فإن فات ففي أربع عشرة، فإن فات ففي إحدى وعشرين. ويروى هذا عن عائشة. وبه قال إسحاق. وعن مالك، في الرجل يريد أن يعق عن ولده، فقال: ما علمت هذا من أمر الناس، وما يعجبني. ولا نعلم خلافا بين أهل العلم القائلين بمشروعيتها في استحباب ذبحها يوم السابع. والأصل فيه حديث سمرة، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «كل غلام رهينة بعقيقته، تذبح عنه يوم سابعه، ويسمى فيه، ويحلق رأسه» . وأما كونه في أربع عشرة، ثم في أحد وعشرين، فالحجة فيه قول عائشة – رضي الله عنها – وهذا تقدير، الظاهر أنها لا تقوله إلا توقيفا.

وإن ذبح قبل ذلك أو بعده، أجزأه؛ لأن المقصود يحصل. وإن تجاوز أحدا وعشرين، احتمل أن يستحب في كل سابع، فيجعله في ثمانية وعشرين، فإن لم يكن، ففي خمسة وثلاثين، وعلى هذا، قياسا على ما قبله، واحتمل أن يجوز في كل وقت؛ لأن هذا قضاء فائت، فلم يتوقف، كقضاء الأضحية وغيرها. وإن لم يعق أصلا، فبلغ الغلام، وكسب، فلا عقيقة عليه. وسئل أحمد عن هذه المسألة، فقال: ذلك على الوالد. يعني لا يعق عن نفسه؛ لأن السنة في حق غيره. وقال عطاء، والحسن: يعق عن نفسه؛ لأنها مشروعة عنه ولأنه مرتهن بها، فينبغي أن يشرع له فكاك نفسه. **ولنا**، أنها مشروعة في حق الوالد، فلا يفعلها غيره، كالأجنبي، وكصدقة الفطر.

[فصل يستحب أن يحلق رأس الصبي يوم السابع ويسمى]

(٧٨٩٩) فصل: ويستحب أن يحلق رأس الصبي يوم السابع، ويسمى؛ لحديث سمرة. وإن تصدق بزنة شعره فضة فحسن؛ لما روي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال لفاطمة، لما ولدت الحسن: احلقي

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٥٩

رأسه، وتصدقي بزنة شعره فضة على المساكين والأفاوض» . يعني أهل الصفة. رواه الإمام أحمد. وروى سعيد، في سننه، عن محمد بن علي، «أن رسول الله - ص‍ل‍ى الله عليه وسلم - عق عن الحسن والحسين بكبش كبش، وأنه تصدق بوزن شعورهما ورقا» ، وأن فاطمة كانت إذا ولدت ولدا، حلقت شعره، وتصدقت بوزنه ورقا.

وإن سماه قبل السابع، جاز لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ولد الليلة لي غلام، فسميته باسم أبي إبراهيم.» وسمى الغلام الذي جاءه به أنس بن مالك، فحنكه وسماه عبد الله. ويستحب أن يحسن اسمه؛ لأنه روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال «إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم، وأسماء آبائكم، فأحسنوا أسماءكم» . وقال - عليه السلام - «أحب." (١)

"كنت رجلا راميا «، وكان عقبة بن عامر الجهني يمر بي فيقول: يا خالد، اخرج بنا نرمي. فلما كان ذات يوم، أبطأت عنه، فقال: هلم أحدثك حديثا سمعته من رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه يحتسب في صنعه الخير، والرامي به، ومنبله، ارموا واركبوا، وأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا، وليس من اللهو إلا ثلاث؛ تأديب الرجل فرسه، وملاعبته أهله، ورميه بقوسه ونبله، ومن ترك الرمي بعد ما علمه، رغبة عنه، فإنها نعمة تركها» .

وعن مجاهد، قال قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -:: «إن الملائكة لا تحضر من لهوكم إلا الرهان والنضال» .

قال الأزهري: النضال في الرمي، والرهان في الخيل، والسباق فيهما. قال مجاهد: ورأيت ابن عمر يشتد بين الهدفين، إذا أصاب خصلة قال: أنا بها، أنا بها. وعن حذيفة مثله.

[مسألة السبق في ‌النصل والحافر والخف لا غير]

(٧٩٠٦) مسألة؛ قال: (والسبق في النصل والحافر والخف لا غير) السبق بسكون الباء، المسابقة والسبق بفتحها: الجعل المخرج في المسابقة. والمراد بالنصل هاهنا السهم ذو النصل، وبالحافر الفرس، وبالخف البعير، عبر عن كل واحد منها بجزء منه يختص به. ومراد الخرقي أن المسابقة بعوض لا تجوز إلا في هذه الثلاثة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦١/٩

وبهذا قال: الزهري، ومالك وقال أهل العراق: يجوز ذلك في المسابقة على الأقدام، والمصارعة؛ لورود الأثر بهما «، فإن النبي – صلى الله عليه وسلم – سابق عائشة، وصارع ركانة.» ولأصحاب الشافعي وجهان، كالمذهبين. ولهم في المسابقة في الطيور والسفن وجهان، بناء على الوجهين في المسابقة على الأقدام والمصارعة. **ولنا**، ما روى أبو هريرة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر» . رواه أبو داود. فنفى السبق في غير هذه الثلاثة. ويحتمل أن يراد به نفي الجعل، أي لا يجوز الجعل إلا في هذه الثلاثة. ويحتمل أن يراد به نفي المسابقة بعوض، فإنه يتعين حمل الخبر على أحد الأمرين، للإجماع على جواز المسابقة بغير عوض في هذه الثلاثة، وعلى كل تقدير فالحديث حجة لنا.

ولأن غير هذه الثلاثة لا يحتاج إليها في الجهاد، كالحاجة إليها، فلم تجز المسابقة عليها بعوض، كالرمي بالحجارة ورفعها. إذا ثبت هذا، فالمراد بالنصل السهام من النشاب والنبل دون غيرهما، والحافر الخيل وحدها، والخف الإبل وحدها. وقال أصحاب الشافعي: تجوز المسابقة بكل ما له نصل من المزاريق، وفي." (١)

"الرمح والسيف وجهان، وفي الفيل والبغال والحمير وجهان لأن للمزاريق والرماح والسيوف نصلا، وللفيل خف، وللبغال والحمير حوافر، فتدخل في عموم الخبر.

ولنا، أن هذه الحيوانات المختلف فيها لا تصلح للكر والفر، ولا يقاتل عليها، ولا يسهم لها، والفيل لا يقاتل عليه أهل الإسلام، والرماح والسيوف لا يرمى بها، فلم تجز المسابقة عليها، كالبقر والتراس، والخبر ليس بعام فيما تجوز المسابقة به؛ لأنه نكرة في إثبات، وإنما هو عام في نفي ما لا تجوز المسابقة به بعوض؛ لكونه نكرة في سياق النفي، ثم لو كان عاما، لحمل على ما عهدت المسابقة عليه، وورد الشرع بالحث على تعلمه، وهو ما ذكرناه.

[مسألة أرادا أن يستبقا أخرج أحدهما ولم يخرج الآخر]

(٧٩٠٧) مسألة؛ قال وإذا أرادا أن يستبقا، أخرج أحدهما، ولم يخرج الآخر، فإن سبق من أخرج، أحرز سبقه، ولم يأخذ من المسبوق شيئا وإن سبق من لم يخرج، أحرز سبق صاحبه وجملته أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو حزبين، لم تخل إما أن يكون العوض منهما، أو من غيرهما، فإن كان من غيرهما نظرت،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٧/٩

فإن كان من الإمام جاز، سواء كان من ماله، أو من بيت المال؛ لأن في ذلك مصلحة وحثا على تعلم الجهاد، ونفعا للمسلمين. وإن كان غير إمام، جاز له بذل العوض من ماله. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: لا يجوز بذل العوض من غير الإمام؛ لأن هذا مما يحتاج إليه للجهاد، فاختص به الإمام لتولية الولايات وتأمير الأمراء.

ولنا، أنه بذل لماله فيما فيه مصلحة وقربة فجاز كما لو اشترى به خيلا وسلاحا. فأما إن كان منهما، اشترط كون الجعل من أحدهما دون الآخر، فيقول: إن سبقتني فلك عشرة، وإن سبقتك فلا شيء عليك. فهذا جائز. وحكي عن مالك، أنه لا يجوز؛ لأنه قمار. **ولنا**، أن أحدهما يختص بالسبق، فجاز، كما لو أخرجه الإمام.

ولا يصح ما ذكره؛ لأن القمار أن لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم، وها هنا لا خطر على أحدهما، فلا يكون قمارا فإذا سبق المخرج أحرز سبقه، ولا شيء له على صاحبه، وإن سبق الآخر أخذ سبق المخرج فملكه، وكان كسائر ماله؛ لأنه عوض في الجعالة، فيملك فيها، كالعوض المجعول في رد الضالة والآبق. وإن كان العوض في الذمة، فهو دين يقضى به عليه، ويجبر على تسليمه إن كان موسرا، وإن أفلس، ضرب به مع الغرماء.

[فصل حكم المسابقة]

(٧٩٠٨) فصل: والمسابقة عقد جائز. ذكره ابن حامد. وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: هو لازم." (١)

"إن كان العوض منهما، وجائز إذا كان من أحدهما أو من غيرهما. وذكره القاضي احتمالا؛ لأنه عقد من شرطه أن يكون العوض والمعوض معلومين، فكان لازما، كالإجارة. **ولنا**، أنه عقد على ما لا تتحقق القدرة على تسليمه، فكان جائزا، كرد الآبق، فإنه عقد على الإصابة، ولا يدخل تحت قدرته، وبهذا فارق الإجارة.

فعلى هذا، لكل واحد من المتعاقدين الفسخ قبل الشروع في المسابقة، وإن أراد أحدهما الزيادة فيها أو النقصان منها، لم يلزم الآخر إجابته، فأما بعد الشروع في المسابقة، فإن كان لم يظهر لأحدهما فضل على الآخر، جاز الفسخ لكل واحد منهما، وإن ظهر لأحدهما فضل، مثل أن يسبقه بفرسه في بعض المسابقة،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٦٨

أو يصيب بسهامه أكثر منه، فللفاضل الفسخ، ولا يجوز للمفضول؛ لأنه لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقة، لأنه متى بان له سبق صاحبه له فسخها، وترك المسابقة، فلا يحصل المقصود. وقال أصحاب الشافعي: إذا قلنا: العقد جائز. فقي جواز الفسخ من المفضول وجهان.

[فصل يشترط في السبق أن يكون العوض معلوما]

(٧٩٠٩) فصل: ويشترط أن يكون العوض معلوما؛ لأنه مال في عقد فكان معلوما، كسائر العقود، ويكون معلوما بالمشاهدة، أو بالقدر والصفة، على ما تقدم في غير موضع. ويجوز أن يكون حالا ومؤجلا، كالعوض في البيع. ويجوز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا، فلو قال: إن نضلتني فلك دينار حال، وقفيز حنطة بعد شهر. جاز وصح النضال؛ لأن ما جاز أن يكون حالا ومؤجلا، جاز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا، كالثمن، غير أنه يحتاج إلى صفة الحنطة بما تصير به معلومة.

[فصل شرط أن يطعم السبق أصحابه]

(٧٩١٠) فصل: فإن شرط أن يطعم السبق أصحابه، فالشرط فاسد؛ لأنه عوض على عمل، فلا يستحقه غير العامل، كالعوض في رد الآبق، ولا يفسد العقد. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: يفسد. **ولنا**، أنه عقد لا تقف صحته على تسمية بدل، فلم يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح. وذكر القاضي أن الشروط الفاسدة في المسابقة تنقسم قسمين؛ أحدهما، ما يخل بشرط صحة العقد، نحو أن يعود إلى جهالة العوض، أو المسافة، ونحوهما، فيفسد العقد؛ لأن العقد لا يصح مع فوات شرطه.

والثاني، ما لا يخل بشرط العقد، نحو أن يشترط أن يطعم السبق أصحابه أو غيرهم، أو يشرط أنه إذا نضل لا يرمي أبدا، أو لا يرمي شهرا أو شرطا أن لكل واحد منهما أو لأحدهما فسخ العقد متى شاء بعد الشروع في العمل، وأشباه هذا، فهذه شروط باطلة في نفسها، وفي العقد المقترن بها وجهان؛ أحدهما، صحته؛ لأن العقد تم بأركانه وشروطه، فإذا حذف الزائد الفاسد، بقي العقد صحيحا.." (١)

"السبق؛ بالفتح: الجعل الذي يسابق عليه، ويسمى الخطر والندب والقرع والرهن. ويقال: سبق. إذا أخذ وإذا أعطى. ومن الأضداد.

ومتى استبق الاثنان، والجعل بينهما، فأخرج كل واحد منهما، لم يجز، وكان قمارا؛ لأن كل واحد منهما لا

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٩/٩

يخلو من أن يغنم أو يغرم، وسواء كان ما أخرجاه متساويا، مثل أن يخرج كل واحد منهما عشرة، أو متفاوتا مثل أن أخرج أحدهما عشرة والآخر خمسة. ولو قال: إن سبقتني فلك علي عشرة، وإن سبقتك فلي عليك قفيز حنطة. أو قال إن سبقتني فلك علي عشرة ولي عليك قفيز لم يجز؛ لما ذكرناه. فإن أدخلا بينهما محللا، وهو ثالث لم يخرج شيئا، جاز. وبهذا قال سعيد بن المسيب، والزهري، والأوزاعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي. وحكى أشهب، عن مالك، أنه قال في المحلل: لا أحبه.

وعن جابر بن زيد، أنه قيل له: إن أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كانوا لا يرون بالدخيل بأسا. قال: هم أعف من ذلك. **ولنا**، ما روى أبو هريرة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «من أدخل فرسا بين فرسين، وهو لا يؤمن أن يسبق، فليس بقمار، ومن أدخل فرسا بين فرسين، وقد أمن أن يسبق فهو قمار» . رواه أبو داود. فجعله قمارا إذا أمن أن يسبق؛ لأنه لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم، وإذا لم يؤمن أن يسبق، لم يكن قمارا؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يخلو عن ذلك.

ويشترط أن يكون فرس المحلل مكافئا لفرسيهما، أو بعيره مكافئا لبعيريهما، ورميه لرمييهما، فإن لم يكن مكافئا، مثل أن يكون فرساهما جوادين وفرسه بطيئ، فهو قمار؛ للخبر، ولأنه مأمون سبقه، فوجوده كعدمه. وإن كان مكافئا لهما، جاز.

فإن جاءوا كلهم الغاية دفعة واحدة، أحرز كل واحد منهما سبق نفسه، ولا شيء للمحلل؛ لأنه لا سابق فيهما، وكذلك إن سبق المستبقان المحلل، وإن سبق المحلل وحده، أحرز السبقين بالاتفاق، وإن سبق أحد المستبقين وحده، أحرز سبق نفسه، وأخذ سبق صاحبه، ولم يأخذ من المحلل شيئا، وإن سبق أحد المستبقين والمحلل، أحرز السابق مال نفسه، ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحلل نصفين، سواء كان المستبقون اثنين أو أكثر، حتى لو كانوا مائة، وبينهم محلل لا سبق منه، جاز. وكذلك لو كان المحلل جماعة، جاز؛ لأنه لا فرق بين الاثنين والجماعة. وهذا كله مذهب الشافعي.

[فصل ما يشترط في المسابقة بالحيوان]

(٧٩١٤) فصل: ويشترط في المسابقة بالحيوان تحديد المسافة، وأن يكون لابتداء عدوهما وآخره غاية لا يختلفان فيها؛ لأن الغرض معرفة أسبقهما، ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما في الغاية، ولأن أحدهما قد يكون مقصرا في أول عدوه، سريعا في انتهائه، وقد يكون بضد ذلك، فيحتاج إلى غاية تجمع حاليه، ومن الخيل

ما هو أصبر، والقارح أصبر من غيره. وقد روى ابن عمر، «أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سبق بين الخيل، وفضل." (١)

"رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال، يعني اللغو في اليمين: «هو كلام الرجل في بيته، لا والله. وبلى والله» . أخرجه أبو داود. قال: ورواه الزهري، وعبد الملك بن أبي سليمان، ومالك بن مغول، عن عطاء، عن عائشة، موقوفا.

وروى الزهري، أن عروة حدثه، عن عائشة، قالت، أيمان اللغو، ما كان في المراء، والهزل، والمزاحة، والحديث الذي لا يعقد عليه القلب، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الأمر، في غضب أو غيره، ليفعلن، أو ليتركن، فذلك عقد الأيمان التي فرض الله - تعالى - فيها الكفارة. ولأن اللغو في كلام العرب الكلام غير المعقود عليه. وهذا كذلك.

وممن قال: لا كفارة في هذا؛ ابن عباس، وأبو هريرة، وأبو مالك، وزرارة بن أوفى، والحسن، والنخعي، ومالك. وهو قول من قال: إنه من لغو اليمين. ولا نعلم في هذا خلافا.

ووجه ذلك قول الله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] . فجعل الكفارة لليمين التي يؤاخذ بها، ونفى المؤاخذة باللغو، فيلزم انتفاء الكفارة، ولأن المؤاخذة يحتمل أن يكون معناها إيجاب الكفارة، بدليل أنها تجب في الأيمان التي لا مأثم فيها، وإذا كانت المؤاخذة إيجاب الكفارة، فقد نفاها في اللغو، فلا تجب، ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم، فكان إجماعا، ولأن قول عائشة في تفسير اللغو، وبيان الأيمان التي فيها الكفارة، خرج منها تفسيرا لكلام الله تعالى، وتفسير الصحابي مقبول.

[مسألة حلف على شيء يظنه كما حلف]

(٧٩٥٢) مسألة؛ قال: (ومن حلف على شيء يظنه كما حلف، فلم يكن، فلا كفارة عليه؛ لأنه من لغو اليمين) أكثر أهل العلم على أن هذه اليمين لا كفارة فيها. قاله ابن المنذر. يروى هذا عن ابن عباس، وأبي هريرة، وأبي مالك، وزرارة بن أوفى، والحسن، والنخعي، ومالك، وأبي حنيفة، والثوري.

وممن قال: هذا لغو اليمين. مجاهد، وسليمان بن يسار، والأوزاعي، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه. وأكثر أهل العلم على أن لغو اليمين لا كفارة فيه. وقال ابن عبد البر: أجمع المسلمون على هذا. وقد حكي عن

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٧٢/٩

النخعي في اليمين على شيء يظنه حقا، فيتبين بخلافه، أنه من لغو اليمين، وفيه الكفارة. وهو أحد قولي الشافعي. وروي عن أحمد، أن فيه الكفارة، وليس من لغو اليمين؛ لأن اليمين بالله – تعالى – وجدت مع المخالفة، فأوجبت الكفارة، كاليمين على مستقبل. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم﴾ [البقرة: ٢٢٥] . وهذه منه، ولأنها يمين غير منعقدة، فلم تجب فيها كفارة، كيمين الغموس، ولأنه غير مقصود للمخالفة، فأشبه ما لو حنث ناسيا.

وفي الجملة، لا كفارة في يمين على ماض؛ لأنها تنقسم ثلاثة أقسام؛ ما هو صادق فيه، فلا كفارة فيه إجماعا. وما تعمد الكذب فيه،." (١)

"قد أريتنا قدرتك، فأرنا عفوك. ويقال: انظر إلى قدرة الله. أي مقدوره. فمتى أقسم بهذا، كان يمينا. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة، إذا قال: وعلم الله. لا يكون يمينا؛ لأنه يحتمل المعلوم. **ولنا**، أن العلم من صفات الله – تعالى، فكانت اليمين به يمينا موجبة للكفارة، كالعظمة، والعزة، والقدرة، وينتقض ما ذكروه بالقدرة، فإنهم قد سلموها، وهي قرينتها.

فأما إن نوى القسم بالمعلوم، والمقدور، احتمل أن لا يكون يمينا. وهو قول أصحاب الشافعي؛ لأنه نوى بالاسم غير صفة لله، مع احتمال اللفظ ما نواه، فأشبه ما لو نوى القسم بمحلوف في الأسماء التي يسمى بها غير الله – تعالى. وقد روي عن أحمد، أن ذلك يكون يمينا بكل حال، ولا تقبل منه نية غير صفة الله – تعالى. وهو قول أبي حنيفة في القدرة؛ لأن ذلك موضوع للصفة، فلا يقبل منه نية غير الصفة، كالعظمة. وقد ذكر طلحة العاقولي، في أسماء الله تعالى المعرفة فاللام التعريف، كالخالق والرازق، أنها تكون يمينا بكل حال؛ لأنها لا تنصرف إلا إلى اسم الله، كذا هذا.

الثالث، مالا ينصرف بإطلاقه إلى صفة الله تعالى، لكن ينصرف بإضافته إلى الله – سبحانه – لفظا أو نية، كالعهد، والميثاق، والأمانة، ونحوه. فهذا لا يكون يمينا مكفرة إلا بإضافته أو نيته. وسنذكر ذلك فيما بعد، إن شاء الله تعالى.

[فصل قال وحق الله]

(٧٩٥٥) فصل: وإن قال: وحق الله فهي يمين مكفرة. وبهذا قال مالك، والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا كفارة لها؛ لأن حق الله طاعته ومفروضاته، وليست صفة له.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٤٩٧

ولنا، أن لله حقوقا يستحقها لنفسه؛ من البقاء، والعظمة، والجلال، والعزة، وقد اقترن عرف الاستعمال بالحلف بهذه الصفة، فتنصرف إلى صفة الله تعالى، كقوله: وقدرة الله. وإن نوى بذلك القسم بمخلوق، فالقول فيه كالقول في الحلف بالعلم والقدرة، إلا أن احتمال المخلوق بهذا اللفظ أظهر.

[فصل قال لعمر الله]

(٧٩٥٦) فصل: وإن قال: لعمر الله. فهي يمين موجبة للكفارة. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي، إن قصد اليمين، فهي يمين، وإلا فلا. وهو اختيار أبي بكر؛ لأنها إنما تكون يمينا بتقدير خبر محذوف، فكأنه قال: لعمر الله ما أقسم به. فيكون مجازا، والمجاز لا ينصرف إليه الإطلاق.

ولنا، أنه أقسم بصفة من صفات ذات الله، فكان يمينا موجبا للكفارة، كالحلف ببقاء الله – تعالى، فإن معنى ذلك الحلف ببقاء الله – تعالى، وحياته. ويقال: العمر والعمر واحد. وقيل: معناه وحق الله. وقد."[1]

"أيها المنكح الثريا سهيلا ... عمرك الله كيف يلتقيان

فقد قيل: هو مثل قوله: نشدتك الله. ولهذا ينصب اسم الله تعالى فيه. وإن قال: لعمري، أو عمرك. فليس بيمين؛ في قول أكثرهم. وقال الحسن، في قوله: لعمرك: عليه الكفارة. **ولنا**، أنه أقسم بحياة مخلوق، فلم تلزمه كفارة، كما لو قال: وحياتي. وذلك لأن هذا اللفظ يكون قسما بحياة الذي أضيف إليه العمر، فإن التقدير، لعمرك قسمي، أو ما أقسم به، والعمر: الحياة أو البقاء.

[فصل قال وأيم الله أو وأيمن الله]

(٧٩٥٧) فصل: وإن قال: وايم الله، أو وايمن الله. فهي يمين موجبة للكفارة، والخلاف فيه كالذي ذكرناه في الفصل الذي قبله. وقد كان النبي – صلى الله عليه وسلم – يقسم به، وانضم إليه عرف الاستعمال، فوجب أن يصرف إليه. واختلف في اشتقاقه، فقيل: هو جمع يمين، وحذفت النون فيه في البعض تخفيفا لكثرة الاستعمال. وقيل: هو من اليمين، فكأنه قال: ويمين الله لأفعلن. وألفه ألف وصل.

[فصل حروف القسم]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٠

(٧٩٥٨) فصل: وحروف القسم ثلاثة؛ الباء، وهي الأصل، وتدخل على المظهر والمضمر جميعا. والواو، وهي بدل من الباء، وتدخل على المظهر دون المضمر لذلك، وهي أكثر استعمالا، وبها جاءت أكثر الأقسام في الكتاب والسنة؛ وإنما كانت الباء الأصل، لأنها الحرف الذي تصل به الأفعال القاصرة عن التعدي إلى مفعولاتها، والتقدير في القسم، أقسم بالله، كما قال الله تعالى: ﴿وأقسموا بالله جهد أيمانهم﴾ [الأنعام: ١٠٩] . والتاء بدل من الواو، وتختص باسم واحد من أسماء الله - تعالى، وهو الله، ولا تدخل على غيره فيقال: تالله. ولو قال: تالرحمن، أو تالرحيم. لم يكن قسما.

فإذا أقسم بأحد هذه الحروف الثلاثة في موضعه، كان قسما صحيحا؛ لأنه موضوع له. وقد جاء في كتاب الله - تعالى، وكلام العرب، قال الله تعالى: ﴿تالله لتسألن عما كنتم تفترون﴾ [النحل: ٥٦] . ﴿تالله لقد آثرك الله علينا﴾ [يوسف: ٩١] . ﴿تالله تفتأ تذكر يوسف﴾ [يوسف: ٨٥] . ﴿تالله لقد علمتم﴾ [يوسف: ٧٣] . ﴿وتالله لأكيدن أصنامكم﴾ [الأنبياء: ٥٧] . وقال الشاعر:." (١)

"تالله يبقى على الأيام ذو حيد ... بمشمخر به الضيان والآس

فإن قال: ما أردت به القسم.

لم يقبل منه؛ لأنه أتى باللفظ الصريح في القسم، واقترنت به قرينة دالة عليه، وهو الجواب بجواب القسم. ويحتمل أن يقبل منه في قوله: تالله لأقومن. إذا قال: أردت أن قيامي بمعونة الله وفضله. لأنه فسر كلامه بما يحتمله. ولا يقبل في الحرفين الآخرين؛ لعدم الاحتمال. ويحتمل أن لا يقبل بحال؛ لأنه أجاب بجواب القسم، فيمنع صرفه إلى غيره.

[فصل أقسم بغير حرف القسم]

(٧٩٥٩) فصل: وإن أقسم بغير حرف القسم، فقال: الله لأقومن. بالجر أو النصب، كان يمينا. وقال الشافعي: لا يكون يمينا، إلا أن ينوي؛ لأن ذكر اسم الله تعالى بغير حرف القسم، ليس بصريح في القسم، فلا ينصرف إليه إلا بالنية. ولنا، أنه سائغ في العربية، وقد ورد به عرف الاستعمال في الشرع، فروي «أن عبد الله بن مسعود أخبر النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قتل أبا جهل، فقال: آلله إنك قتلته؟ . قال: الله إني قتلته» . ذكره البخاري.

«وقال لركانة بن عبد يزيد: الله ما أردت إلا واحدة؟ قال ما أردت إلا واحدة» . وقال امرؤ القيس:

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٢

فقلت يمين الله أبرح قاعدا

وقال أيضا:

فقالت يمين الله ما لك حيلة

وقد اقترنت به قرينتان تدلان عليه؛ إحداهما؛ الجواب بجواب القسم.

والثاني، النصب والجر في اسم." (١)

"وقولهم: هو مخلوق. قلنا: هذا كلام المعتزلة، وإنما الخلاف مع الفقهاء، وقد روي عن ابن عمر، أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «القرآن كلام الله غير مخلوق» . وقال ابن عباس في قوله تعالى: ﴿قرآنا عربيا غير ذي عوج﴾ [الزمر: ٢٨] . أي: غير مخلوق. وأما قولهم: لا يعهد اليمين به. فيلزمهم قولهم: وكبرياء الله، وعظمته، وجلاله. إذا ثبت هذا، فإن الحلف بآية منه كالحلف بجميعه؛ لأنها من كلام الله تعالى.

[فصل حلف بالمصحف]

(٧٩٦٣) فصل: وإن حلف بالمصحف، انعقدت يمينه. وكان قتادة يحلف بالمصحف. ولم يكره ذلك إمامنا، وإسحاق؛ لأن الحالف بالمصحف إنما قصد الحلف بالمكتوب فيه، وهو القرآن، فإنه بين دفتي المصحف بإجماع المسلمين.

[مسألة أخرج النذر مخرج اليمين]

(٧٩٦٤) مسألة؛ قال: (أوتصدق بملكه، أو بالحج) وجملته أنه إذا أخرج النذر مخرج اليمين، بأن يمنع نفسه أو غيره به شيئا، أو يحث به على شيء، مثل أن يقول: إن كلمت زيدا، فلله علي الحج، أو صدقة مالي، أو صوم سنة. فهذا يمين، حكمه أنه مخير بين الوفاء بما حلف عليه، فلا يلزمه شيء، وبين أن يحنث، فيتخير بين فعل المنذور، وبين كفارة يمين، ويسمى نذر اللجاج والغضب، ولا يتعين عليه الوفاء به، وإنما يلزم نذر التبرر، وسنذكره في بابه. وهذا قول عمر، وابن عباس، وابن عمر، وعائشة، وحفصة، وزينب بنت أبي سلمة.

وبه قال عطاء، وطاوس، وعكرمة، والقاسم، والحسن، وجابر بن زيد، والنخعي، وقتادة، وعبد الله بن شريك،

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٣

والشافعي، والعنبري، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وابن المنذر. وقال سعيد بن المسيب: لا شيء في الحلف بالحج. وعن الشعبي، والحارث العكلي، وحماد، والحكم: لا شيء في الحلف بصدقة ماله؛ لأن الكفارة إنما تلزم بالحلف بالله تعالى، لحرمة الاسم، وهذا ما حلف باسم الله، ولا يجب ما سماه؛ لأنه لم يخرجه مخرج القربة، وإنما التزمه على طريق العقوبة، فلم يلزمه.

وقال أبو حنيفة، ومالك: يلزمه الوفاء بنذره؛ لأنه نذر فيلزمه الوفاء به، كنذر التبرر. وروي نحو ذلك عن الشعبي. **ولنا**، ما روى عمران بن حصين، قال: سمعت رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يقول: «لا نذر في غضب، وكفارته كفارة يمين» . رواه سعيد بن منصور، والجوزجاني، في " المترجم ".

وعن عائشة، أن النبي – صلى الله عليه وسلم –." (١)

"قال: «من حلف بالمشي، أو الهدي، أو جعل ماله في سبيل الله، أو في المساكين، أو في رتاج الكعبة، فكفارته كفارة اليمين» . ولأنه قول من سمينا من الصحابة، ولا مخالف لهم في عصرهم، ولأنه يمين، فيدخل في عموم قوله تعالى: ﴿ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] . ودليل أنه يمين، أنه يسمى بذلك، ويسمى قائله حالفا، وفارق نذر التبرر؛ لكونه قصد به التقرب إلى الله تعالى والبر، ولم يخرجه مخرج اليمين، وها هنا خرج مخرج اليمين، ولم يقصد به قربة ولا برا، فأشبه اليمين من وجه والنذر من وجه، فخير بين الوفاء به وبين الكفارة.

وعن أحمد، رواية ثانية، أنه تتعين الكفارة، ولا يجزئه الوفاء بنذره. وهو قول لبعض أصحاب الشافعي؛ لأنه يمين. والأول أولى؛ لأنه إنما التزم فعل ما نذره، فلا يلزمه أكثر منه، كنذر التبرر. وفارق اليمين بالله تعالى؛ لأنه أقسم بالاسم المحترم، فاذا خالف لزمته الكفارة، تعظيما للاسم، بخلاف هذا.

[مسألة حلف بالعهد]

مسألة؛ قال: (أو بالعهد) وجملته أنه إذا حلف بالعهد، أو قال: وعهد الله، وكفالته. فذلك يمين، يجب تكفيرها إذا حنث فيها. وبهذا قال الحسن، وطاوس، والشعبي، والحارث العكلي، وقتادة، والحكم، والأوزاعي، ومالك. وحلفت عائشة – رضي الله عنها – بالعهد أن لا تكلم ابن الزبير، فلما كلمته أعتقت أربعين رقبة، وكانت إذا ذكرته تبكي، وتقول: واعهداه.

قال أحمد: العهد شديد في عشرة مواضع من كتاب الله: ﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا﴾ [الإسراء:

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٠٥/٩

٣٤] . ويتقرب إلى الله - تعالى - إذا حلف بالعهد وحنث، ما استطاع. وعائشة أعتقت أربعين رقبة، ثم تبكي حتى تبل خمارها، وتقول: واعهداه. وقال عطاء، وأبو عبيد، وابن المنذر: لا يكون يمينا إلا أن ينوي. وقال الشافعي: لا يكون يمينا إلا أن ينوي اليمين بعهد الله، الذي هو صفته.

وقال أبو حنيفة: ليس بيمين. ولعلهم ذهبوا إلى أن العهد من صفات الفعل، فلا يكون الحلف به يمينا، كما لو قال: وخلق الله. وقد وافقنا أبو حنيفة في أنه إذا قال: علي عهد الله وميثاقه لأفعلن. ثم حنث، أنه يلزمه الكفارة. **ولنا**، أن عهد الله يحتمل كلامه الذي أمرنا به ونهانا، كقوله تعالى: ﴿ألم أعهد إليكم يا بني آدم﴾ [يس: ٦٠] .

وكلامه قديم صفة له، ويحتمل أنه استحقاقه لما تعبدنا به، وقد ثبت له عرف الاستعمال، فيجب أن يكون يمينا بإطلاقه، كما لو قال: وكلام الله. إذا ثبت هذا، فإنه إن قال: علي عهد الله وميثاقه لأفعلن. أو قال: وعهد الله وميثاقه لأفعلن. فهو يمين،." (١)

"أو الزكاة. فهو كالحلف بالبراءة من الإسلام؛ لأن استحلال ذلك يوجب الكفر. وإن قال: عصيت الله فيما أمرني، أو في كل ما افترض علي، أو محوت المصحف، أو أنا أسرق، أو أقتل النفس التي حرم الله إن فعلت. وحنث، لم تلزمه كفارة؛ لأن هذا دون الشرك، وإن قال: أخزاه الله، أو أقطع يده، أو لعنه الله، إن فعل. ثم حنث، فلا كفارة عليه. نص عليه أحمد.

وبهذا قال عطاء، والثوري، وأبو عبيد، وأصحاب الرأي. وقال طاوس، والليث: عليه كفارة. وبه قال الأوزاعي إذا قال: عليه لعنة الله. **ولنا**، أن هذا لا يوجب الكفر، فأشبه ما لو قال: محوت المصحف. وإن قال: لا يراني الله في موضع كذا إن فعلت. وحنث. فقال القاضي: عليه كفارة. وذكر أن أحمد نص عليه. والصحيح أن هذا لا كفارة فيه؛ لأن إيجابها في هذا ومثله تحكم بغير نص، ولا قياس صحيح.

[فصل الحلف بالبراءة من الإسلام]

(٧٩٦٨) فصل: ولا يجوز الحلف بالبراءة من الإسلام؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «من قال: إني بريء من الإسلام. فإن كان كاذبا، فهو كما قال، وإن كان صادقا، لم يعد إلى الإسلام سالما» . رواه أبو داود.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٦

[مسألة الحلف بتحريم مملوكه أو شيء من المال]

(٧٩٦٩) مسألة؛ قال: (أو بتحريم مملوكه، أو شيء من ماله) وجملته أنه إذا قال: هذا حرام علي إن فعلت. وفعل، أو قال: ما أحل الله علي حرام إن فعلت. ثم فعل، فهو مخير، إن شاء ترك ما حرمه على نفسه، وإن شاء كفر. وإن قال: هذا الطعام حرام علي. فهو كالحلف على تركه. ويروى نحو هذا عن ابن مسعود، والحسن، وجابر بن زيد، وقتادة، وإسحاق،، وأهل العراق.

وقال سعيد بن جبير، فيمن قال: الحل علي حرام: يمين من الأيمان، يكفرها. وقال الحسن: هي يمين، إلا أن ينوي طلاق امرأته. وعن إبراهيم مثله. وعنه: إن نوى طلاقا، وإلا فليس بشيء. وعن الضحاك، أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا: الحرام يمين طلاق. وقال طاوس: هو ما نوى. وقال مالك، والشافعي: ليس بيمين، ولا شيء عليه؛ لأنه قصد تغيير المشروع، فلغا ما قصده، كما لو قال هذه ربيبتي.

ولنا، قول الله تعالى: ﴿يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك﴾ [التحريم: ١] إلى قوله ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم: ٢] . سمى تحريم ما أحل الله يمينا، وفرض له تحلة، وهي الكفارة. وقالت عائشة - رضي الله عنها - كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يمكث عند زينب بنت جحش، ويشرب عندها عسلا، فتواصيت أنا وحفصة، أن أيتنا دخل عليها النبي - صلى الله عليه وسلم - فلتقل: إني أجد منك ريح مغافير. فدخل على." (١)

"الجميع، فكفارة واحدة. لا أعلم فيه خلافا؛ لأن اليمين واحدة، والحنث واحد، فإنه بفعل واحد من المحلوف عليه يحنث، وتنحل اليمين. وإن حلف أيمانا على أجناس، فقال: والله لا أكلت، والله لا شربت، والله لا لبست. فحنث في واحدة منها، فعليه كفارة، فإن أخرجها ثم حنث في يمين أخرى، لزمته كفارة أخرى. لا نعلم في هذا أيضا خلافا؛ لأن الحنث في الثانية تجب به الكفارة بعد أن كفر عن الأولى، فأشبه ما لو وطئ في رمضان فكفر، ثم وطئ مرة أخرى. وإن حنث في الجميع قبل التكفير، فعليه في كل يمين كفارة.

هذا ظاهر كلام الخرقي. ورواه المروذي عن أحمد. وهو قول أكثر أهل العلم. وقال أبو بكر: تجزئه كفارة واحدة. ورواها ابن منصور عن أحمد. قال القاضي: وهي الصحيحة. وقال أبو بكر: ما نقله المروذي عن أحمد قول لأبي عبد الله، ومذهبه أن كفارة واحدة تجزئه.

وهو قول إسحاق؛ لأنها كفارات من جنس، فتداخلت، كالحدود من جنس، وإن اختلفت محالها، بأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٠٨

يسرق من جماعة، أو يزني بنساء. **ولنا**، أنهن أيمان لا يحنث في إحداهن بالحنث في الأخرى، فلم تتكفر إحداهما بكفارة الأخرى، كما لو كفر عن إحداهما قبل الحنث في الأخرى، وكالأيمان المختلفة الكفارة، وبهذا فارق الأيمان على شيء واحد؛ فإنه متى حنث في إحداهما كان حانثا في الأخرى، فإن كان الحنث واحدا، كانت الكفارة واحدة، وها هنا تعدد الحنث، فتعددت الكفارات، وفارق الحدود؛ فإنها وجبت للزجر، وتندرئ بالشبهات، بخلاف مسألتنا، ولأن الحدود عقوبة بدنية، فالموالاة بينها ربما أفضت إلى التلف، فاجتزئ بأحدها، وها هنا الواجب إخراج مال يسير، أو صيام ثلاثة أيام، فلا يلزم الضرر الكثير بالموالاة فيه، ولا يخشى منه التلف.

[مسألة حلف على شيء واحد بيمينين مختلفي الكفارة]

(٧٩٨٠) مسألة؛ قال: (ولو حلف على شيء واحد بيمينين مختلفي الكفارة، لزمته في كل واحدة من اليمينين كفارتها) هذا مثل الحلف بالله وبالظهار، وبعتق عبده، فإذا حنث، فعليه كفارة يمين، وكفارة ظهار، ويعتق العبد؛ لأن تداخل الأحكام إنما يكون مع اتحاد الجنس، كالحدود من جنس، والكفارات هاهنا أجناس، وأسبابها مختلفة، فلم تتداخل، كحد الزنى والسرقة والقذف والشرب.

[مسألة حلف بحق القرآن]

(٧٩٨١) مسألة؛ قال: (ومن حلف بحق القرآن، لزمته بكل آية كفارة يمين) نص على هذا أحمد. وهو قول ابن مسعود، والحسن. وعنه، أن الواجب كفارة واحدة. وهو قياس." (١)

"عبدا. فإنه نذر، فأوجب الكفارة؛ لكون النذر كاليمين، وليس كذلك هاهنا، فإنه إنما علق العتق على صفة، فوجود الصفة أثر في جعل المعلق كالمنجز، ولو نجز العتق لم يلزمه شيء، فكذلك هاهنا.

[فصل فإن قال إن فعلت كذا فمال فلان صدقة]

(٧٩٨٩) فصل فإن قال إن فعلت كذا فمال فلان صدقة، أو فعلى فلان حجة، أو فمال فلان حرام عليه أو هو بريء من الإسلام. وأشباه هذا، فليس ذلك بيمين، ولا تجب به كفارة. ولا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا؛ لأنه لم يرد الشرع فيه بكفارة ولا هو في معنى ما ورد الشرع به.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥١٥

[مسألة ومن حلف فهو مخير في الكفارة قبل الحنث وبعده]

(٧٩٩٠) مسألة؛ قال: ومن حلف فهو مخير في الكفارة قبل الحنث وبعده، وسواء كانت الكفارة صوما، أو غيره، إلا في الظهار والحرام، فعليه الكفارة قبل الحنث الظهار والحرام شيء واحد، وإنما عطف أحدهما على الآخر لاختلاف اللفظين، ولا خلاف بين العلماء، فيما علمناه، في وجوب تقديم كفارته على الوطء، والأصل فيه قول الله تعالى: ﴿فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾ [المجادلة: ٣] . فأما كفارة سائر الأيمان، فإنها تجوز قبل الحنث وبعده، صوما كانت أو غيره، في قول أكثر أهل العلم. وبه قال مالك وممن روي عنه جواز تقديم التكفير عمر بن الخطاب، وابنه، وابن عباس وسلمان الفارسي، ومسلمة بن مخلد – رضي الله عنهم –، وبه قال الحسن، وابن سيرين، وربيعة، والأوزاعي، والثوري، وابن المبارك، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو خيثمة، وسليمان بن داود. وقال أصحاب الرأي: لا تجزئ الكفارة قبل الحنث؛ لأنه تكفير قبل وجود سببه، فأشبه ما لو كفر قبل اليمين، ودليل ذلك أن سبب التكفير الحنث، إذ هو هتك الاسم المعظم المحترم، ولم يوجد.

وقال الشافعي كقولنا في الإعتاق والإطعام والكسوة، وكقولهم في الصيام، من أجل أنه عبادة بدنية. فلم يجز فعله قبل وجوبه لغير مشقة، كالصلاة. ولنا، ما روى عبد الرحمن بن سمرة، قال: قال لي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – «إذا حلفت على يمين، فرأيت غيرها خيرا منها، فكفر عن يمينك، ثم ائت الذي هو خير» رواه أبو داود. وفي لفظ: «وأت الذي هو خير» رواه البخاري، والأثرم وروى أبو هريرة، وأبو الدرداء، وعدي بن حاتم، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – نحو ذلك. رواه الأثرم.

وعن أبي موسى، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «إني إن شاء لا أحلف على يمين، فأرى غيرها خيرا منها، إلا كفرت عن يميني، وأتيت الذي هو خير. أو أتيت." [1]

"الذي هو خير، وكفرت عن يميني» رواه البخاري. ولأنه كفر بعد وجود السبب، فأجزأ، كما لو كفر بعد الجرح، وقبل الزهوق، والسبب هو اليمين بدليل قوله تعالى ﴿ذلك كفارة أيمانكم﴾ [المائدة: ٨٩] . وقوله سبحانه ﴿قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم﴾ [التحريم: ٢] .

وقول النبي – صلى الله عليه وسلم – «وكفرت عن يميني وكفر عن يمينك» . وتسمية الكفارة كفارة اليمين، وبهذا ينفصل عما ذكروه، فإن الحنث شرط وليس بسبب، وتعجيل حق المال بعد وجود سببه وقبل وجود شرطه جائز، بدليل تعجيل الزكاة بعد وجود النصاب وقبل الحول، وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الزهوق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٠/٩

قال ابن عبد البر: العجب من أصحاب أبي حنيفة، أجازوا تقديم الزكاة من غير أن يرووا فيها مثل هذه الآثار الواردة في تقديم الكفارة، ويأبون تقديم الكفارة مع كثرة الرواية الواردة فيها، والحجة في السنة، ومن خالفها محجوج بها.

فأما أصحاب الشافعي فهم محجوجون بالأحاديث، مع أنهم قد احتجوا بها في البعض، وخالفوها في البعض، وفرقوا بين ما جمع بينه النص ولأن الصيام نوع تكفير، فجاز قبل الحنث، كالتكفير بالمال، وقياس الكفارة على الكفارة أولى من قياسها على الصلاة المفروضة بأصل الوضع.

[فصل التكفير قبل اليمين]

(٧٩٩١) فصل: فأما التكفير قبل اليمين، فلا يجوز عند أحد من العلماء؛ لأنه تقديم للحكم قبل سببه، فلم يجز، كتقديم الزكاة قبل ملك النصاب، وكفارة القتل قبل الجرح.

[فصل التكفير قبل الحنث وبعده]

(٧٩٩٢) فصل والتكفير قبل الحنث وبعده سواء في الفضيلة. وقال ابن أبي موسى: بعده أفضل عند أحمد. وهو قول الشافعي، ومالك، والثوري؛ لما فيه من الخروج من الخلاف وحصول اليقين ببراءة الذمة. **ولنا**، أن الأحاديث الواردة فيه، فيها التقديم مرة والتأخير أخرى، وهذا دليل التسوية، ولأنه تعجيل مال يجوز تعجيله قبل وجوبه، فلم يكن التأخير أفضل، كتعجيل الزكاة وكفارة القتل، وما ذكروه معارض بتعجيل النفع للفقراء، والتبرع بما لم يجب عليه، وعلى أن الخلاف المخالف للنصوص لا يوجب تفضيل المجمع عليه، كترك الجمع بين الصلاتين.

[فصل كان الحنث في اليمين محظورا فعجل الكفارة قبله]

(٧٩٩٣) فصل: وإن كان الحنث في اليمين محظورا، فعجل الكفارة قبله، ففيه وجهان؛ أجل أحدهما تجزئه؛ لأنه عجل الكفارة بعد سببها، فأجزأته، كما لو كان الحنث مباحا.." [١]

"شاء زيد. فقال زيد: قد شئت أن لا تشرب. فشرب حنث، وإن شرب قبل مشيئته، لم يحنث؛ لأن الامتناع من الشرب معلق بمشيئته، ولم تثبت مشيئته، فلم يثبت الامتناع، بخلاف التي قبلها. وإن خفيت

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢١/٩

مشيئته، فهي في حكم المعدومة. والمشيئة في هذه المواضع أن يقول بلسانه.

[مسألة استثنى في الطلاق والعتاق]

(٨٠٠٠) مسألة؛ قال: وإذا استثنى في الطلاق والعتاق، فأكثر الروايات عن أبي عبد الله، رحمه الله، أنه توقف عن الجواب. وقد قطع في موضع، أنه لا ينفعه الاستثناء يعني إذا قال لزوجته: أنت طالق، إن شاء الله. أو لعبده: أنت حر، إن شاء الله. فقد توقف أحمد في الجواب؛ لاختلاف الناس فيها، وتعارض الأدلة، وفي موضع قطع أنه لا ينفعه الاستثناء فيهما. قال، في رواية إسحاق بن منصور وحنبل: من حلف، فقال: إن شاء الله. لم يحنث، وليس له استثناء في الطلاق والعتاق. قال حنبل: قال: لأنهما ليسا من الأيمان. وبه قال مالك، والأوزاعي، والحسن، وقتادة.

وقال طاوس، وحماد، والشافعي وأبو ثور، وأصحاب الرأي: يجوز الاستثناء فيهما؛ لقول النبي: - صلى الله عليه وسلم - «من حلف، فقال: إن شاء الله لم يحنث» . ولأنه علق الطلاق والعتاق بشرط لم يتحقق وجوده، فلم يقعا، كما لو علقه بمشيئة زيد، ولم تتحقق مشيئته **ولنا**، أنه أوقع الطلاق والعتاق في محل قابل، فوقع، كما لو لم يستثن، والحديث إنما تناول الأيمان، وليس هذا بيمين، إنما هو تعليق على شرط. قال ابن عبد البر: إنما ورد التوقيف بالاستثناء في اليمين بالله - تعالى، وقول المتقدمين: الأيمان بالطلاق والعتاق. إنما جاء على التقريب، والاتساع ولا يمين في الحقيقة إلا بالله - تعالى، وهذا طلاق وعتاق. وقد ذكرنا هذه المسألة في الطلاق بأبسط من هذا.

[مسألة قال إن تزوجت فلانة فهي طالق]

(٨٠٠١) مسألة؛ قال: وإذا قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق. لم تطلق إن تزوج بها. وإن قال: إذا ملكت فلانا فهو حر فملكه صار حرا اختلفت الرواية عن أحمد في هاتين المسألتين، فعنه: لا يقع طلاق، ولا عتق. روي هذا عن ابن عباس. وبه قال سعيد بن المسيب، وعطاء، والحسن، وعروة وجابر بن زيد، وسوار والقاضي، والشافعي وأبو ثور، وابن المنذر.

ورواه الترمذي عن علي، وجابر بن عبد الله، وسعيد بن جبير، وعلي بن الحسين، وشريح، وغير واحد من فقهاء التابعين، قال: وهو قول أكثر أهل العلم؛ لما روى عمرو بن شعيب، عن." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٢٥

"وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا قال لعبده: إن زوجتك، أو بعتك، فأنت حر. فزوجه تزويجا فاسدا، لم يعتق، وإن باعه بيعا فاسدا يملك به، حنث؛ لأن البيع الفاسد عنده يثبت به الملك، إذا اتصل به القبض. **ولنا**، أن اسم البيع ينصرف إلى الصحيح؛ بدليل أن قول الله - تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥] . وأكثر ألفاظه في البيع إنما ينصرف إلى الصحيح، فلا يحنث بما دونه، كما في النكاح، وكالصلاة، وغيرهما، وما ذكروه من ثبوت الملك به لا نسلمه. وقال ابن أبي موسى: لا يحنث بالنكاح الفاسد.

وهل يحنث بالبيع الفاسد؟ على روايتين. وقال أبو الخطاب: إن نكحها نكاحا مختلفا فيه، مثل أن يتزوجها بلا ولي ولا شهود، أو باع في وقت النداء، فعلى وجهين. وقال ابن أبي موسى إن تزوجها تزويجا مختلفا فيه، أو ملك ملكا مختلفا فيه، حنث فيهما جميعا. **ولنا**، أنه نكاح فاسد، وبيع فاسد، فلم يحنث بهما، كالمتفق علىى فسادهما.

(٨٠٠٣) فصل: والماضي والمستقبل سواء في هذا. وقال محمد بن الحسن: إذا حلف ما صليت ولا تزوجت، ولا بعت، وكان قد فعله فاسدا، حنث؛ لأن الماضي لا يقصد منه إلا الاسم، والاسم يتناوله، والمستقبل بخلافه، فإنه يراد بالنكاح والبيع الملك، وبالصلاة القربة. **ولنا**، أن ما لا يتناوله الاسم في المستقبل، لا يتناوله في الماضي، كالإيجاب، وكغير المسمى وما ذكروه لا يصح؛ لأن الاسم لا يتناوله إلا الشرعي، ولا يحصل.

[فصل حلف لا يبيع فباع بيعا فيه الخيار]

(٨٠٠٤) فصل: وإن حلف لا يبيع، فباع بيعا فيه الخيار، حنث. وقال أبو حنيفة: لا يحنث؛ لأن الملك لا يثبت في مدة الخيار، فأشبه البيع الفاسد. **ولنا**، أنه بيع صحيح شرعي، فيحنث به، كالبيع اللازم، وما ذكروه لا يصح فإن بيع الخيار يثبت الملك به بعد انقضاء الخيار بالاتفاق، وهو سبب له، ولا نسلم أن الملك لا يثبت في مدة الخيار

[فصل حلف لا يبيع أو لا يزوج فأوجب البيع والنكاح ولم يقبل المتزوج والمشتري]

فصل: وإن حلف لا يبيع، أو لا يزوج، فأوجب البيع والنكاح، ولم يقبل المتزوج والمشتري، لم يحنث. وبهذا

قال أبو حنيفة، والشافعي. ولا نعلم فيه خلافا؛ لأن البيع والنكاح عقدان لا يتمان إلا بالقبول فلم يقع الاسم." (١)

"[فصل حلف لا تسريت فوطئ جاريته]

(٨٠٠٧) فصل: إذا حلف: لا تسريت. فوطئ جاريته، حنث، ذكره أبو الخطاب. وقال القاضي: لا يحنث حتى يطأ فينزل، فحلا كان أو خصيا. وقال أبو حنيفة: لا يحنث حتى يحصنها ويحجبها عن الناس؛ لأن التسري مأخوذ من السر. ولأصحاب الشافعي ثلاثة أوجه كهذه. **ولنا**، أن التسري مأخوذ من السر، وهو الوطء لأنه يكون في السر، قال الله تعالى: ﴿ولكن لا تواعدوهن سرا﴾ [البقرة: ٢٣٥] وقال الشاعر:

فلن تطلبوا سرها للغنى ... ولن تسلموها لإزهادها

وقال آخر

ألا زعمت بسباسة القوم أنني ... كبرت وأن لا يحسن السر أمثالي

ولأن كل حكم تعلق بالوطء لم يعتبر فيه الإنزال ولا التحصين، كسائر الأحكام.

[فصل حلف لا يهب له فأهدى إليه أو أعمره]

(٨٠٠٨) فصل: إذا حلف لا يهب له، فأهدى إليه، أو أعمره حنث؛ لأن ذلك من أنواع الهبة، وإن أعطاه من الصدقة الواجبة، أو نذر أو كفارة، لم يحنث؛ لأن ذلك حق لله - تعالى عليه، يجب إخراجه، فليس هو بهبة منه، وإن تصدق عليه تطوعا، فقال القاضي: يحنث. وهو مذهب الشافعي.

وقال أبو الخطاب: لا يحنث. وهو قول أصحاب الرأي؛ لأنهما يختلفان اسما وحكما؛ بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال «هو عليها صدقة، **ولنا** هدية» . وكانت الصدقة محرمة عليه، والهدية حلال له، وكان يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة، ومع هذا الاختلاف لا يحنث في أحدهما بفعل الآخر. ووجه الأول، أنه تبرع بعين في الحياة، فحنث به، كالهدية، ولأن الصدقة تسمى هبة، فلو تصدق بدرهم، قيل: وهب درهما، وتبرع بدرهم. واختلاف التسمية لكون الصدقة نوعا من الهبة، فيختص باسم دونها." (٢)

"الرأي. وهو المشهور عن الشافعي. وقال عطاء، وعمرو بن دينار وابن أبي نجيح وإسحاق، وابن المنذر: لا يحنث. وهو رواية عن أحمد؛ لأن الناسي لا يكلف حال نسيانه، فلا يلزمه الحنث، كالحلف

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢٧/٩

(٢) المغني لابن قدامة ٥٢٩/٩

بالله – تعالى. **ولنا**، أن هذا يتعلق به حق آدمي، فتعلق الحكم به مع النسيان، كالإتلاف، ولأنه حكم علق على شرط، فيوجد بوجدان شرطه، كالمنع من الصلاة بعد العصر، وقد سبقت هذه المسألة.

[مسألة حلف فتأول في يمينه]

(٨٠١٣) مسألة؛ قال: وإذا حلف، فتأول في يمينه، فله تأويله إذا كان مظلوما، وإن كان ظالما، لم ينفعه تأويله، لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال «يمينك على ما يصدقك به صاحبك» معنى التأويل، أن يقصد بكلامه محتملا يخالف ظاهره، نحو أن يحلف إنه أخي، يقصد أخوة الإسلام، أو المشابهة، أو يعني بالسقف والبناء السماء، وبالبساط والفراش الأرض، وبالأوتاد الجبال، وباللباس الليل، أو يقول: ما رأيت فلانا. يعني ما ضربت رئته. ولا ذكرته. يريد ما قطعت ذكره. أو يقول: جواري أحرار. يعني سفنه. ونسائي طوالق. يعني نساء الأقارب منه.

أو يقول: ما كاتبت فلانا، ولا عرفته، ولا أعلمته، ولا سألته حاجة، ولا أكلت له دجاجة، ولا فروجة، ولا شربت له ماء، ولا في بيتي فرش ولا حصير، ولا بارية وينوي بالمكاتبة مكاتبة الرقيق، وبالتعريف جعله عريفا، وبالإعلام جعله أعلم الشفة، والحاجة شجرة صغيرة، والدجاجة الكنة من الغزل، والفروجة الدراعة، والفرش صغار الإبل، والحصير الحبس، والبارية السكين التي يبرى بها. أو يقول: ما لفلان عندي وديعة، ولا شيء. يعني ب " ما " " الذي ". أو يقول: ما فلان هاهنا. ويعني موضعا بعينه. أو يقول: والله ما أكلت من هذا شيئا، ولا أخذت منه. يعني الباقي بعد أخذه وأكله.

فهذا وأشباهه مما يسبق إلى فهم السامع خلافه، إذا عناه بيمينه، فهو تأويل؛ لأنه خلاف الظاهر. ولا يخلو حال الحالف المتأول، من ثلاثة أحوال؛ أحدها؛ أن يكون مظلوما، مثل من يستحلفه ظالم على شيء، لو صدقه لظلمه، أو ظلم غيره، أو نال مسلما منه ضرر.

فهذا له تأويله. قال مهنا: سألت أحمد، عن رجل له امرأتان، اسم كل واحدة منهما فاطمة، فماتت واحدة منهما، فحلف بطلاق فاطمة، ونوى التي ماتت؟ قال: إن كان المستحلف له ظالما، فالنية نية صاحب الطلاق، وإن كان المطلق هو الظالم، فالنية نية الذي استحلف.

وقد روى أبو داود، بإسناده عن سويد بن حنظلة، قال: خرجنا نريد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ومعنا وائل بن حجر، فأخذه عدو له، فتحرج القوم أن يحلفوا، فحلفت أنه أخي، فخلى سبيله، فأتينا رسول

الله – صلى الله عليه وسلم – فذكرت ذلك له فقال: «أنت أبرهم وأصدقهم، المسلم أخو المسلم» وقال النبي – صلى الله عليه وسلم – «إن في المعاريض لمندوحة عن الكذب» . يعني سعة المعاريض." (١)

"الثاني، أن يكونوا أحرارا، فلا يجزئ دفعها إلى عبد، ولا مكاتب، ولا أم ولد.

وبهذا قال مالك، والشافعي. واختار الشريف أبو جعفر جواز دفعها إلى مكاتب نفسه وغيره. وقال أبو الخطاب يتخرج جواز دفعها إليه، بناء على جواز إعتاقه في كفارته؛ لأنه يأخذ من الزكاة، لحاجته، فأشبه المسكين.

ولنا، أن الله – تعالى – عده صنفا في الزكاة غير صنف المساكين، ولا هو في معنى المساكين؛ لأن حاجته من غير جنس حاجتهم، فدل على أنه ليس بمسكين، والكفارة إنما هي للمساكين؛ بدليل الآية، ولأن المسكين يدفع إليه لتتم كفايته، والمكاتب إنما يأخذ لفكاك رقبته، أما كفايته فإنها حاصلة بكسبه وماله، فإن لم يكن له كسب ولا مال، عجزه سيده، ورجع إليه، واستغنى بإنفاقه، وخالف الزكاة؛ فإنها تصرف إلى الغني، والكفارة بخلافها. الثالث، أن يكونوا مسلمين، ولا يجوز صرفها إلى كافر، ذميا كان أو حربيا. وبذلك قال الحسن، والنخعي، والأوزاعي، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد. وقال أبو ثور، وأصحاب الرأي: يجوز دفعها إلى الذمي؛ لدخوله في اسم المساكين، فيدخل في عموم الآية، ولأنه مسكين من أهل دار الإسلام، فأجزأ الدفع إليه من الكفارة، كالمسلم. وروي نحو هذا عن الشعبي. وخرجه أبو الخطاب وجها في المذهب؛ بناء على جواز إعتاقه في الكفارة.

وقال الثوري يعطيهم إن لم يجد غيرهم. **ولنا**، إنهم كفار، فلم يجز إعطاؤهم، كمستأمني أهل الحرب، والآية مخصوصة بهذا، فنقيس. الرابع: أن يكونوا قد أكلوا الطعام، فإن كان طفلا لم يطعم، لم يجز الدفع إليه، في ظاهر كلام الخرقي، وقول القاضي. وهو ظاهر قول مالك؛ فإنه قال: يجوز الدفع إلى الفطيم. وهو إحدى الروايتين عن أحمد.

والرواية الثانية، يجوز دفعها إلى الصغير الذي لم يطعم، ويقبض للصغير وليه. وهو الذي ذكره أبو الخطاب في المذهب. وهو مذهب الشافعي، وأصحاب الرأي قال أبو الخطاب: وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأنه حر مسلم محتاج، فأشبه الكبير، ولأن أكله للكفارة ليس بشرط، وهذا يصرف الكفارة إلى ما يحتاج إليه، مما تتم به كفايته، فأشبه الكبير. **ولنا**، قوله تعالى: ﴿إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] . وهذا يقتضي

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٣٢

أكلهم له، فإذا لم تعتبر حقيقة أكله اعتبر إمكانه ومظنته، ولا تتحقق مظنته فيمن لا يأكل، ولأنه لو كان المقصود دفع حاجته، لجاز دفع القيمة، ولم يتعين الإطعام، وهذا يقيد ما ذكروه.

فإذا اجتمعت هذه الأوصاف الأربعة في واحد، جاز الدفع إليه، سواء كان صغيرا أو كبيرا، محجورا عليه أو غير محجور عليه، إلا أن من لا حجر عليه يقبض لنفسه، أو يقبض له وكيله، والمحجور عليه كالصغير والمجنون، يقبض له وليه.." (١)

"ولا فيه زؤان أو تراب يحتاج إلى تنقية، وكذلك دقيقه وخبزه؛ لأنه مخرج في حق الله – تعالى، عما وجب في الذمة فلم يجز أن يكون معيبا كالشاة في الزكاة.

[مسألة لا يجزئ في الكفارة إخراج قيمة الطعام ولا الكسوة]

(٨٠٢٤) مسألة؛ قال (ولو أعطاهم مكان الطعام أضعاف قيمته ورقا، لم يجزه) وجملته أنه لا يجزئ في الكفارة إخراج قيمة الطعام، ولا الكسوة، في قول إمامنا ومالك، والشافعي، وابن المنذر وهو ظاهر قول من سمينا قولهم في تفسير الآية، في المسألة التي قبلها وهو ظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس، وعطاء، ومجاهد، وسعيد بن جبير، والنخعي. وأجازه الأوزاعي، وأصحاب الرأي؛ لأن المقصود دفع حاجة المسكين، وهو يحصل بالقيمة ولنا قول الله – تعالى: ﴿إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم﴾ [المائدة: ٨٩] .

وهذا ظاهر في عين الطعام والكسوة، فلا يحصل التكفير بغيره لأنه لم يؤد الواجب إذا لم يؤد ما أمره الله بأدائه، ولأن الله – تعالى خير بين ثلاثة أشياء ولو جازت القيمة لم ينحصر التخيير في الثلاثة، ولأنه، لو أريدت القيمة لم يكن للتخيير معنى؛ لأن قيمة الطعام إن ساوت قيمة الكسوة، فهما شيء واحد، فكيف يخير بينهما؟ وإن زادت قيمة أحدهما على الآخر، فكيف يخير بين شيء وبعضه؟ ثم ينبغي أنه إذا أعطاه في الكسوة ما يساوي إطعامه أن يجزئه، وهو خلاف الآية، وكذلك لو غلت قيمة الطعام، فصار نصف المد يساوي كسوة المسكين، ينبغي أن يجزئه نصف المد وهو خلاف الآية، ولأنه أحد ما يكفر به فتعين ما ورد به النص كالعتق أو فلا تجزئ فيه القيمة كالعتق فعلى هذا، لو أعطاهم أضعاف قيمة الطعام، لا يجزئه لأنه لم يؤد الواجب فلا يخرج عن عهدته.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣٩/٩

[مسألة ويعطي من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله في كفارة اليمين]

(٨٠٢٥) مسألة قال: (ويعطي من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله) وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ولا نعلم فيه مخالفا، ولأن الكفارة حق مال يجب لله - تعالى، فجرى مجرى الزكاة، فيمن يدفع إليه من أقاربه، ومن لا يدفع إليه وقد سبق ذلك في باب الزكاة." (١)

"(٨٠٢٦) فصل: وكل من يمنع الزكاة من الغني والكافر، والرقيق يمنع أخذ الكفارة، وهل يمنع منها بنو هاشم؟ فيه وجهان أحدهما يمنعون منها، لأنها صدقة واجبة فمنعوا منها لقول النبي - صلى الله عليه وسلم - «إنا لا تحل لنا الصدقة» . وقياسا على الزكاة.

والثاني، لا يمنعون؛ لأنها لم تجب بأصل الشرع، فأشبهت صدقة التطوع.

[مسألة لم يصب إلا مسكينا واحدا في كفارة اليمين]

(٨٠٢٧) مسألة؛ قال (ومن لم يصب إلا مسكينا واحدا، ردد عليه في كل يوم تتمة عشرة أيام) وجملته أن المكفر لا يخلو من أن يجد المساكين بكمال عددهم، أولا يجدهم، فإن وجدهم، لم يجزئه إطعام أقل من عشرة في كفارة اليمين، ولا أقل من ستين في كفارة الظهار وكفارة الجماع في رمضان. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. وأجاز الأوزاعي دفعها إلى واحد. وقال أبو عبيد إن خص بها أهل بيت شديدي الحاجة، جاز، بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال للمجامع في رمضان، حين أخبره بشدة حاجته وحاجة أهله: (أطعمه عيالك) ولأنه دفع حق الله - تعالى - إلى من هو من أهل الاستحقاق، فأجزأه، كما لو دفع زكاته إلى واحد.

وقال أصحاب الرأي: يجوز أن يرددها على مسكين واحد في عشرة أيام، إن كانت كفارة يمين، أو في ستين إن كان الواجب إطعام ستين مسكينا، ولا يجوز دفعها إليه في يوم واحد. وحكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد؛ لأنه في كل يوم قد أطعم مسكينا ما يجب للمسكين، فأجزأ، كما لو أعطى غيره، ولأنه لو أطعم هذا المسكين من كفارة أخرى، أجزأه، فكذلك إذا أطعمه من هذه الكفارة. **ولنا**، قول الله - تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] .

ومن أطعم واحدا، فما أطعم عشرة، فما امتثل الأمر، فلا يجزئه، ولأن الله - تعالى - جعل كفارته إطعام عشرة مساكين، فإذا لم يطعم عشرة فما أتى بالكفارة، ولأن من لم يجز الدفع إليه في اليوم الأول، لم يجز

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٢/٩

في اليوم الثاني، مع اتفاق الحال، كالولد، فأما الواقع على أهله، فإنما أسقط الله - تعالى - الكفارة عنه، لعجزه عنها، فإنه لا خلاف في أن الإنسان لا يأكل كفارة نفسه، ولا يطعمها عائلته، وقد أمر بذلك." (١)

"الحال الثاني العاجز عن عدد المساكين كلهم، فإنه يردد على الموجودين منهم في كل يوم حتى تتم عشرة، فإن لم يجد إلا واحدا، ردد عليه، تتمة عشرة أيام، وإن وجد اثنين، ردد عليهما خمسة أيام، وعلى هذا ونحو هذا. قال الثوري. وهو اختيار أكثر الأصحاب.

وعن أحمد، رواية أخرى، لا يجزئه إلا كمال العدد. وهو مذهب مالك، والشافعي؛ لما ذكرنا في حال القدرة. ولنا، أن ترديد الإطعام في عشرة أيام، في معنى إطعام عشرة؛ لأنه يدفع الحاجة في عشرة أيام، فأشبه ما لو أطعم في كل يوم واحدا، والشيء بمعناه يقوم مقامه بصورته عند تعذرها، ولهذا شرعت الأبدال؛ لقيامها مقام المبدلات في المعنى، ولا يجتزأ بها مع القدرة على المبدلات، كذا هاهنا.

[فصل أطعم كل يوم مسكينا حتى أكمل العشرة في كفارة اليمين]

(٨٠٢٨) فصل: وإن أطعم كل يوم مسكينا، حتى أكمل العشرة، أجزأه، بلا خلاف نعلمه؛ لأن الواجب إطعام عشرة مساكين، وقد أطعمهم. وإن دفعها إلى من يظنه مسكينا، فبان غنيا، ففي ذلك وجهان، بناء على الروايتين في دفع الزكاة إليه؛ أحدهما، لا يجزئه. وهو قول الشافعي، وأبي يوسف، وأبي ثور، وابن المنذر؛ لأنه لم يطعم المساكين، فلم يجزئه، كما لو علم.

والثاني، يجزئه. وهو قول أبي حنيفة، ومحمد؛ لأنه دفعها إلى من يظنه مسكينا، وظاهره المسكنة، فأجزأه، كما لو لم يعلم، وهذا لأن الفقر يخفى، وتشق معرفة حقيقته، قال الله تعالى: ﴿للفقراء الذين أحصروا في سبيل الله لا يستطيعون ضربا في الأرض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف﴾ [البقرة: ٢٧٣] فوجب أن يكتفي بظهوره وظنه، وكذلك لما سأل الرجلان النبي - صلى الله عليه وسلم - من الصدقة، قال: «إن شئتما أعطيتكما منها، ولا حظ فيها لغني، ولا لقوي مكتسب» .

وإن بان كافرا أو عبدا، لم يجزئه، وجها واحدا، كقولنا في الزكاة؛ لأن ذلك لا يكاد يخفى، وليس هو في مظنة الخفاء فإن كان الدافع الإمام، فأخطأ في الفقر، لم يضمن، وإن أخطأ في الحرية والإسلام، فهل يضمن؟ على الوجهين؛ بناء على خطئه في الحد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٣/٩

[فصل أطعم مسكينا في يوم واحد من كفارتين]

(٨٠٢٩) فصل: إذا أطعم مسكينا في يوم واحد من كفارتين، ففيه وجهان؛." [١]

"أحدها، أن تكون مؤمنة. في ظاهر المذهب. وهو قول مالك، والشافعي، وأبي عبيد.

وعن أحمد، رواية أخرى، أن الذمية تجزئ. وهو قول عطاء، وأبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لقول الله – تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] وهذا مطلق، فتدخل فيه الكافرة. **ولنا**، أنه تحرير في كفارة، فلا يجزئ فيه الكافرة، ككفارة القتل، والجامع بينهما، أن الإعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه، وتكميل أحكامه وعبادته وجهاده، ومعونة المسلم، فناسب ذلك شرع إعتاقه في الكفارة، تحصيلا لهذه المصالح، والحكم مقرون بها في كفارة القتل المنصوص على الإيمان فيها، فيعلل بها، ويتعدى ذلك الحكم إلى كل تحرير في كفارة، فيختص بالمؤمنة، لاختصاصها بهذه الحكمة.

وأما المطلق الذي احتجوا به، فإنه يحمل على المقيد في كفارة القتل، كما حمل مطلق قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] . على المقيد في قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] . وإن لم يحمل عليه من جهة اللغة، حمل عليه من جهة القياس. الثاني، أن تكون قد صلت وصامت. وهذا قول الشعبي، ومالك، وإسحاق. قال القاضي: لا يجزئ من له دون السبع؛ لأنه لا تصح منه العبادات، في ظاهر كلام أحمد. وظاهر كلام الخرقي، المعتبر الفعل دون السن، فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام، ويتحقق منه الإتيان به بنيته وأركانه، فإنه يجزئ في الكفارة وإن كان صغيرا ولم يوجدا منه، لم يجزئ في الكفارة وإن كان كبيرا. وقال أبو بكر، وغيره من أصحابنا: يجوز إعتاق الطفل في الكفارة.

وهو قول الحسن، وعطاء، والزهري، والشافعي، وابن المنذر؛ لأن المراد بالإيمان هاهنا الإسلام؛ بدليل إعتاق الفاسق. قال الثوري المسلمون كلهم مؤمنون عندنا في الأحكام، ولا ندري ما هم عند الله. ولهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم، بقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ﴾ [النساء: ٩٢] . والصبي محكوم بإسلامه، يرثه المسلمون ويرثهم، ويدفن في مقابر المسلمين، ويغسل ويصلى عليه، وإن سبي منفردا عن أبويه أجزأه عتقه؛ لأنه محكوم بإسلامه، وكذلك إن سبي مع أحد أبويه، ولو كان أحد أبوي الطفل مسلما، والآخر كافرا، أجزأ إعتاقه؛ لأنه محكوم بإسلامه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٤/٩

وقال القاضي، في موضع: يجزئ إعتاق الصغير في جميع الكفارات، إلا كفارة القتل؛ فإنها على روايتين. وقال إبراهيم النخعي ما كان في القرآن من رقبة مؤمنة، فلا يجزئ إلا ما صام وصلى، وما كان." (١)

"في القرآن رقبة ليست بمؤمنة، فالصبي يجزئ. ونحو هذا قول الحسن. ووجه قول الخرقي، أن الواجب رقبة مؤمنة، والإيمان قول وعمل، فما لم تحصل الصلاة والصيام، لم يحصل العمل.

وقال مجاهد، وعطاء، في قوله: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢] قال: قد صلت. ونحو هذا قول الحسن، وإبراهيم. وقال مكحول إذا ولد المولود فهو نسمة، فإذا تقلب ظهرا لبطن فهو رقبة، فإذا صلى فهو مؤمنة. ولأن الطفل لا تصح منه عبادة؛ لفقد التكليف، فلم يجزئ في الكفارة، كالمجنون، ولأن الصبا نقص يستحق به النفقة على القريب، أشبه الزمانة. والقول الآخر أقرب إلى الصحة، إن شاء الله - تعالى؛ لأن الإيمان الإسلام، وهو حاصل في حق الصغير ويدل على هذا «، أن معاوية بن الحكم السلمي، أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - بجارية، فقال لها: أين الله؟ قالت: في السماء قال: من أنا؟ . قالت: أنت رسول الله. قال: أعتقها، فإنها مؤمنة» . رواه مسلم.

وفي حديث عن أبي هريرة، «أن رجلا أتى النبي - صلى الله عليه وسلم - بجارية أعجمية، فقال: يا رسول الله: إن علي رقبة. فقال لها رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: أين الله؟ فأشارت برأسها إلى السماء. قال: من أنا؟ . فأشارت إلى رسول الله وإلى السماء. أي: أنت رسول الله. قال: أعتقها؛» .

فحكم لها بالإيمان بهذا القول.

[فصل إعتاق الجنين في كفارة اليمين]

(٨٠٣٤) فصل: ولا يجزئ إعتاق الجنين. في قول أكثر أهل العلم. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال أبو ثور: يجزئ؛ لأنه آدمي مملوك، فصح إعتاقه عن الرقبة، كالمولود. **ولنا**، أنه لم تثبت له أحكام الدنيا بعد؛ فإنه لا يملك إلا بالإرث والوصية، ولا يشترط لهما كونه آدميا؛ لكونه ثبت له ذلك وهو نطفة أو علقة، وليس بآدمي في تلك الحال.

الثالث، أن لا يكون بها نقص يضر بالعمل. وقد شرحنا ذلك في الظهار. ويجزئ الصبي وإن كان عاجزا عن العمل؛ لأن ذلك ماض إلى زوال، وصاحبه سائر إلى الكمال. ولا يجزئ المجنون؛ لأن نقصه لا غاية لزواله معلومة، فأشبه الزمن.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٧/٩

[فصل أعتق غائبا تعلم حياته وتجيء أخباره في كفارة اليمين]

(٨٠٣٥) فصل: فإن أعتق غائبا تعلم حياته، وتجيء أخباره صح، وأجزأه عن الكفارة، كالحاضر. وإن شك في حياته وانقطع خبره، لم يحكم بالإجزاء فيه؛ لأن الأصل شغل ذمته، ولا تبرأ بالشك، وهذا العبد مشكوك فيه." (١)

"في وجوده، فشك في إعتاقه. فإن قيل: الأصل حياته. قلنا: إلا أنه قد علم أن الموت لا بد منه، وقد وجدت دلالة عليه، وهو انقطاع أخباره، فإن تبين بعد هذا كونه حيا تبينا صحة عتقه وبراءة الذمة من الكفارة، وإلا فلا.

[فصل أعتق غيره عنه في كفارة اليمين]

(٨٠٣٦) فصل: وإن أعتق غيره عنه بغير أمره، لم يقع عن المعتق عنه، إذا كان حيا، وولاؤه للمعتق، ولا يجزئ عن كفارته، وإن نوى ذلك. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وحكي عن مالك، أنه إذا أعتق عن واجب على غيره بغير أمره، صح؛ لأنه قضى عنه واجبا فصح، كما لو قضى عنه دينا. **ولنا**، أنه عبادة من شرطها النية، فلم يصح أداؤها عمن وجبت عليه بغير أمره، مع كونه من أهل الأمر، كالحج ولأنه أحد خصال الكفارة، فلم يصح عن المكفر بغير أمره، كالصيام.

وهكذا الخلاف فيما إذا كفر عنه بإطعام أو كسوة. ولا يجوز أن ينوب عنه في الصيام بإذنه، ولا بغير إذنه؛ لأنه عبادة بدنية، فلا تدخلها النيابة. فأما إن أعتق عنه بأمره، نظرت؛ فإن جعل له عوضا، صح العتق عن المعتق عنه، وله ولاؤه، وأجزأ عن كفارته، بغير خلاف علمناه.

وبه يقول أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وغيرهم؛ لأنه حصل العتق عنه بماله، فأشبه ما لو اشتراه ووكل البائع في إعتاقه عنه، وإن لم يشترط عوضا، ففيه روايتان؛ إحداهما، يقع العتق عن المعتق عنه، ويجزئ في كفارته. وهو قول مالك، والشافعي؛ لأنه أعتق بأمره، فصح كما لو شرط عوضا. والأخرى، لا يجزئ، وولاؤه للمعتق. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن العتق بعوض كالبيع، وبغير عوض كالهبة، ومن شرط الهبة القبض، ولم يحصل، فلم يقع عن الموهوب له، وفارق البيع، فإنه لا يشترط فيه القبض.

فإن كان المعتق عنه ميتا، نظرت؛ فإن وصى بالعتق، صح؛ لأنه بأمره وإن لم يوص به، فأعتق عنه أجنبي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٤٨/٩

لم يصح؛ لأنه ليس بنائب عنه، وإن أعتق عنه وارثه، فإن لم يكن عليه واجب، لم يصح العتق عنه، ووقع عن المعتق، وإن كان عليه عتق واجب، صح العتق عنه؛ لأنه نائب له في ماله وأداء واجباته.

فإن كانت عليه كفارة يمين فكسا عنه أو أطعم عنه، جاز، وإن أعتق عنه، ففيه وجهان؛ أحدهما، ليس له ذلك؛ لأنه غير متعين، فجرى مجرى التطوع. والثاني يجزئ؛ لأن العتق يقع واجبا، لأن الوجوب يتعين فيه بالفعل، فأشبه المعين من العتق، ولأنه أحد خصال كفارة اليمين، فجاز أن يفعله عنه، كالإطعام والكسوة.

ولو قال من عليه الكفارة: أطعم عن كفارتي. أو: اكس ففعل، صح، رواية واحدة، سواء ضمن له عوضا، أو لم يضمن له عوضا.." (١)

"وحكى ابن أبي موسى، عن أحمد، رواية أخرى، أنه يجوز تفريقها. وبه قال مالك، والشافعي، في أحد قوليه؛ لأن الأمر بالصوم مطلق، فلا يجوز تقييده إلا بدليل، ولأنه صام الأيام الثلاثة، فلم يجب التتابع فيه، كصيام المتمتع ثلاثة أيام في الحج. **ولنا**، أن في قراءة أبي، وعبد الله بن مسعود: " فصيام ثلاثة أيام متتابعات ".

كذلك ذكره الإمام أحمد، في " التفسير " عن جماعة، وهذا إن كان قرآنا، فهو حجة؛ لأنه كلام الله الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وإن لم يكن قرآنا، فهو رواية عن النبي - صلى الله عليه وسلم -؛ إذ يحتمل أن يكونا سمعاه من النبي - صلى الله عليه وسلم - تفسيرا فظناه قرآنا، فثبتت له رتبة الخبر، ولا ينقص عن درجة تفسير النبي - صلى الله عليه وسلم - للآية، وعلى كلا التقديرين، فهو حجة يصار إليه، ولأنه صيام في كفارة فوجب فيه التتابع ككفارة القتل والظهار، والمطلق يحمل على المقيد على ما قررناه فيما مضى. فعلى هذا، إن أفطرت المرأة لمرض أو حيض، أو الرجل لمرض، لم ينقطع التتابع.

وبهذا قال أبو ثور، وإسحاق. وقال أبو حنيفة: ينقطع فيهما؛ لأن التتابع لم يوجد، وفوات الشرط يبطل به المشروط. وقال الشافعي: ينقطع في المرض، في أحد القولين. ولا ينقطع في الحيض. **ولنا**، أنه عذر يبيح الفطر، أشبه الحيض في كفارة القتل.

[مسألة كان الحانث عبدا حكم كفارة اليمين]

(٨٠٥١) مسألة؛ قال: (ولو كان الحانث عبدا، لم يكفر بغير الصوم) لا خلاف في أن العبد يجزئه الصيام في الكفارة؛ لأن ذلك فرض المعسر من الأحرار، وهو أحسن حالا من العبد فإنه يملك في الجملة، ولأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٤٩

العبد داخل في قوله تعالى ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة: ٨٩] . وإن أذن السيد لعبده في التكفير بالمال، لم يلزمه؛ لأنه ليس بمالك لما أذن له فيه. وظاهر كلام الخرقي، أنه لا يجزئه التكفير بغير الصيام.

وقد قال غيره من أصحابنا، فيما إذا أذن له سيده في التكفير بالمال، روايتان؛ إحداهما، يجوز تكفيره به. والأخرى، لا يجوز إلا بالصيام. وقد ذكرنا علل ذلك في الظهار، والاختلاف فيه. وذكر القاضي، أن أصل هذا عنده الروايتان في ملك العبد بالتمليك، إن قلنا: يملك بالتمليك. فملكه سيده، وأذن له بالتكفير، بالمال جاز؛ لأنه مالك لما يكفر به وإن قلنا: لا يملك بالتمليك. ففرضه الصيام؛ لأنه لا يملك شيئا يكفر به. وكذلك إن قلنا: يملك ولم يأذن له سيده بالتكفير في المال،." (١)

"مختلفي الدين، فأسلم الكافر منهما. ذكر هذا طلحة العاقولي. ومقتضى هذا أن سيد العبد لا يرث عتيقه في حياة عبده، كما لا يرث ولد عبده، فإن أعتق عبده، ثم مات ورث السيد مولى عبده؛ لأنه مولى مولاه، كما أنه لو أعتق العبد، وله ولد عليه الولاء لمولى أمه يجر ولاءه، ويرثه سيده إذا مات أبوه.

[فصل منع عبده من التكفير بالصيام]

(٨٠٥٣) فصل: وليس للسيد منع عبده من التكفير بالصيام، سواء كان الحلف أو الحنث بإذنه أو بغير إذنه، وسواء أضر به الصيام أو لم يضر به. وقال الشافعي: إن حنث بغير إذنه، والصوم يضر به، فله منعه؛ لأن السيد لم يأذن له فيما ألزمه نفسه، مما يتعلق به ضرر على السيد، فكان له منعه وتحليله، كما لو أحرم بالحج بغير إذنه ولنا، أنه صوم واجب لحق الله - تعالى، فلم يكن لسيده منعه منه، كصيام رمضان وقضائه، ويفارق الحج؛ لأن ضرره كثير؛ لطول مدته، وغيبته عن سيده، وتفويت خدمته، ولهذا ملك تحليل زوجته منه، ولم يملك منعها صوم الكفارة.

فأما صوم التطوع، فإن كان فيه ضرر عليه، فللسيد منعه منه؛ لأنه يفوت حقه بما ليس بواجب عليه، وإن كان لا يضر به، لم يكن لسيده منعه منه؛ لأنه يعبد ربه بما لا مضرة فيه، فأشبه ذكر الله - تعالى، وصلاة النافلة في غير وقت خدمته، وللزوج منع زوجته منه في كل حال؛ لأنه يفوت حقه من الاستمتاع، ويمنعه منه.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٥٥

[مسألة حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق]

(٨٠٥٤) مسألة؛ قال: (ولو حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق عليه فعليه الصوم لا يجزئه غيره) ظاهر هذا أن الاعتبار في الكفارات بحالة الحنث؛ لأنه وقت الوجوب، وهو حينئذ عبد، فوجب عليه الصوم، فلا يجزئه غير ما وجب عليه، وقال القاضي: هذا فيه نظر؛ فإن المنصوص أنه يكفر كفارة عبد، لأنه إنما يكفر بما وجب عليه يوم حنث ومعناه أنه لا يلزمه التكفير بالمال، فإن كفر به أجزأه.

وهذا منصوص، عن الشافعي، ومن أصحابه من قال بقول الخرقي، وليس على الخرقي حجة من كلام أحمد، بل هو حجة له؛ لقوله: إنما يكفر ما وجب عليه. " وإنما " للحصر، تثبت المذكور وتنفي ما عداه، ولم يجب عليه إلا الصوم، فلا يكفر بغيره. ووجه ذلك، أنه حكم تعلق بالعبد في رقه، فلم يتغير بحريته، كالحد، وهذا على القول الذي لم يجز فيه للعبد التكفير بالمال بإذن سيده، فأما على القول الآخر، فله التكفير هاهنا بطريق الأولى؛ لأنه إذا جاز له في حال رقه التكفير بالمال، ففي حال حريته أولى، وإنما احتاج إلى إذن سيده في حال رقه؛ لأن المال لسيده، أو لتعلق حقه بماله، وبعد الحرية قد زال ذلك، فلا حاجة إلى إذنه.

وإن قلنا: التكفير بأغلظ الأحوال. لم." (١)

"لله – تعالى، فإذا كان مطالبا بالدين، وجب تقديمه، كزكاة الفطر، فإن لم يكن مطالبا بالدين، فكلام أحمد يقتضي روايتين؛ إحداهما تجب الكفارة؛ لأنه لا يعتبر فيها قدر من المال، فلم تسقط بالدين، كزكاة الفطر. والثانية لا تجب؛ لأنها حق لله تعالى، يجب في المال فأسقطها الدين، كزكاة المال.

وهذا أصح؛ لأن حق الآدمي أولى بالتقديم، لشحه، وحاجته إليه، وفيه نفع للغريم، وتفريغ ذمة المدين، وحق الله – تعالى – مبني على المسامحة؛ لكرمه وغناه، ولأن الكفارة بالمال لها بدل، ودين الآدمي لا بدل له، ويفارق صدقة الفطر؛ لكونها أجريت مجرى النفقة ولهذا يتحملها الإنسان عن غيره، كالزوج عن امرأته وعائلته ورقيقه، ولا بدل لها، بخلاف الكفارة.

[فصل فإن كان له مال غائب أو دين يرجو وفاءه لم يكفر بالصيام]

(٨٠٥٨) فصل: فإن كان له مال غائب، أو دين يرجو وفاءه، لم يكفر بالصيام. وهذا قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: يجزئه الصيام؛ لأنه غير واجد، فأجزأه الصيام، عملا بقوله تعالى: ﴿فمن لم يجد فصيام ثلاثة

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٥٧/٩

أيام﴾ [المائدة: ٨٩] .

وقياسا على المعسر، والدليل على أنه غير واجد أن المتمتع لو عدم الهدي في موضعه، انتقل إلى الصيام، ولو عدم الماء في موضعه، انتقل إلى التيمم، ولو عدم المظاهر المال في موضعه، انتقل إلى الصيام، والانتقال في هذه المواضع مشروط بعدم الوجدان، ولأنه غير متمكن من التكفير بالمال، أشبه هذه الأصول.

ولنا، أنه حق مال يجب على وجه الطهرة، فلم تمنع الغيبة وجوبه، كالزكاة، ولأنه غير مؤقت، ولا ضرر في تأخيره، فلم يسقط بغيبته، كالزكاة، وفارق الهدي؛ فإن له وقتا يفوت بالتأخير، والتيمم يفضي تأخيره إلى فوات الصلاة، وتأخير كفارة الظهار يفضي إلى ترك الوطء، وفيه ضرر، بخلاف مسألتنا، ولا نسلم عدم التمكن؛ ولهذا صح بيع الغائب، مع أن التمكن من التسليم شرط.

[مسألة من ملك رقبة تجزئ في الكفارة لا يجزئه الصيام]

(٨٠٥٩) مسألة؛ قال (ومن له دار لا غنى له عن سكناها، أو دابة يحتاج إلى ركوبها، أو خادم يحتاج إلى خدمته، أجزأه الصيام في الكفارة) وجملته أن الكفارة إنما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية، والسكنى من الحوائج الأصلية، وكذلك الدابة التي يحتاج إلى ركوبها؛ لكونه لا يطيق المشي فيما يحتاج إليه، أو لم تجر عادته به، وكذلك الخادم الذي يحتاج إلى خدمته لكونه ممن لا يخدم نفسه؛ لمرض، أو كبر، أو لم تجر عادته به، فهذه الثلاثة من الحوائج الأصلية لا تمنع التكفير بالصيام، ولا الزكاة من الأخذ والكفارة.." (١)

"وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة، ومالك: من ملك رقبة تجزئ في الكفارة، لا يجزئه الصيام، وإن كان محتاجا إليها لخدمته؛ لأنه واجد لرقبة يعتقها، فيلزمه ذلك؛ لقوله تعالى: ﴿أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام﴾ [المائدة: ٨٩] . فاشترط للصيام أن لا يجدها **ولنا**، أنها مستغرقة لحاجته الأصلية، فلم تمنع جواز الانتقال، كالمسكن والمركوب والطعام الذي هو محتاج، إليه وما ذكروه يبطل بالطعام المحتاج إليه، وبما إذا وجد الماء وهو محتاج إليه للعطش، فإنه لا يمنع الانتقال إلى التيمم، ولأن وجدان ثمن الرقبة كوجدانها، ولهذا لم يجز لمن وجد ثمنها الانتقال إلى الصيام، ومع هذا، لو وجد ثمنها الذي يحتاج إليه، لم يمنعه الانتقال، كذا هاهنا. إذا ثبت هذا، فإنه إن كان في شيء من ذلك فضل عن حاجته، مثل من له دار كبيرة تساوي أكثر من دار

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٥٩

مثله، ودابة فوق دابة مثله، وخادم فوق خادم مثله، يمكن أن يحصل به قدر ما يحتاج إليه وتفضل فضلة يكفر بها، فإنه يباع منه الفاضل عن كفايته، أو يباع الجميع، ويبتاع له قدر ما يحتاج إليه، ويكفر بالباقي. وإن تعذر بيعه، أو أمكن البيع ولم يمكن شراء ما يحتاج إليه، ترك ذلك، وكان له الانتقال إلى الصيام؛ لأنه تعذر الجمع بين القيام بحاجته والتكفير بالمال فأشبه ما لو لم يكن فيه فضل (٨٠٦٠) .

فصل: ومن له عقار يحتاج إلى أجرته لمؤنته أو حوائجه الأصلية، أو بضاعة يختل ربحها المحتاج إليه بالتكفير منها، أو سائمة يحتاج إلى نمائها حاجة أصلية، أو أثاث يحتاج إليه، وأشباه هذا، فله التكفير بالصيام؛ لأن ذلك مستغرق لحاجته الأصلية، فأشبه المعدم.

[مسألة أطعم المكفر بعض المساكين وكسا الباقين حيث يستوفي العدد]

(٨٠٦١) مسألة؛ قال (ويجزئه إن أطعم خمسة مساكين، وكسا خمسة) وجملته أنه إذا أطعم بعض المساكين، وكسا الباقين، بحيث يستوفي العدد، أجزأه، في قول إمامنا، والثوري، وأصحاب الرأي. وقال الشافعي: لا يجزئه؛ لقول الله – تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم﴾ [المائدة: ٨٩] فوجه الدلالة من وجهين؛ أحدهما: أنه جعل الكفارة أحد هذه الخصال الثلاثة، ولم يأت بواحد منها.

الثاني، أن اقتصاره على هذه الخصال الثلاث دليل على انحصار التكفير فيها، وما ذكرتموه خصلة رابعة، ولأنه نوع من التكفير، فلم يجزئه تبعيضه، كالعتق، ولأنه لفق الكفارة من نوعين، فأشبه ما لو أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم.." (١)

"ولنا، أنه أخرج من المنصوص عليه بعده العدد الواجب، فأجزأ كما لو أخرجه من جنس واحد، ولأن كل واحد من النوعين يقوم مقام صاحبه في جميع العدد، فقام مقامه في بعضه، كالكفارتين، وكالتيمم لما قام مقام الماء في البدن كله في الجنابة، جاز في بعضه في طهارة الحدث، فيما إذا كان بعض بدنه صحيحا وبعضه جريحا، وفيما إذا وجد من الماء ما يكفي بعض بدنه، ولأن معنى الطعام والكسوة متقارب؛ إذ القصد منهما سد الخلة، ودفع الحاجة، وقد استويا في العدد، واعتبار المسكنة في المدفوع إليه، وتنوعهما من حيث كونهما في الإطعام سدا لجوعه.

وفي الكسوة ستر العورة، لا يمنع الإجزاء في الكفارة الملفقة منهما، كما لو كان أحد الفقيرين محتاجا إلى

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٦٠

ستر عورته، والآخر إلى الاستدفاء، ولأنه قد خرج عن عهدة الذين أطعمهم بالإطعام، ويخرج عن عهدة الذين كساهم بالكسوة؛ بدليل أنه لا يلزمه بالإنفاق أكثر من إطعام من بقي، ولا كسوة أكثر ممن بقي، وإذا خرج عن عهدة عشرة مساكين، وجب أن يجزئه، كما لو اتفق النوع.

وأما الآية، فإنها تدل بمعناها على ما ذكرناه، فإنها دلت على أنه مخير في كل فقير بين أن يطعمه أو يكسوه، وهذا يقتضي ما ذكرناه، ويصير كما يخير في الصيد الحرمي بين أن يفديه بالنظير، أو يقوم النظير بدراهم، فيشتري بها طعاما يتصدق به، أو يصوم عن كل مد يوما، فلو صام عن بعض الأمداد، وأطعم بعضا، أجزأ كذلك هاهنا.

وكذلك الدية، لما كان مخيرا بين إخراج ألف دينار، أو اثني عشر ألف درهم، لو أعطى البعض ذهبا، والبعض دراهم، جاز. وفارق ما إذا أعتق نصف عبد. وأطعم خمسة أو كساهم؛ لأن تنصيف العتق يخل بالآخر؛ لما سنذكره بعد هذا.

[فصل أطعم المسكين بعض الطعام وكساه بعض الكسوة في كفارة اليمين]

(٨٠٦٢) فصل: وإن أطعم المسكين بعض الطعام، وكساه بعض الكسوة، لم يجزئه؛ لأنه ما أطعمه الطعام الواجب له، ولا كساه الكسوة الواجبة، فصار كمن لم يطعمه شيئا ولم يكسه، وإن أطعم بعض المساكين برا، وبعضهم تمرا، أو من جنس آخر، أجزأ. وقال الشافعي: لا يجزئه. **ولنا**، قوله تعالى: ﴿فكفارته إطعام عشرة مساكين﴾ [المائدة: ٨٩] . وقد أطعمهم من جنس ما يجب عليه، ولأنه لو كسا بعض المساكين قطنا، وبعضهم كتانا، جاز، مع اختلاف النوع، كذلك الإطعام.

[مسألة أعتق نصفي عبدين أو نصفي أمتين أو نصفي عبد وأمة في كفارة اليمين]

(٨٠٦٣) مسألة؛ قال: (وإن أعتق نصفي عبدين، أو نصفي أمتين، أو نصفي عبد وأمة، أجزأ عنه) قال الشريف أبو جعفر: هذا قول أكثرهم. يعني أكثر الفقهاء. وقال أبو بكر بن جعفر: لا يجزئ؛ لأن المقصود من العتق تكميل الأحكام، ولا يحصل من إعتاق نصفين. واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة." [١]

"(٨٠٦٧) مسألة في هذه المسألة فصلان: الفصل الأول: أنه إذا شرع في الصوم، ثم قدر على العتق أو الإطعام أو الكسوة، لم يلزمه الرجوع إليها. روي ذلك عن الحسن، وقتادة. وبه قال مالك، والشافعي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦١/٩

وإسحاق، وأبو ثور وابن المنذر. وروي عن النخعي، والحكم، أنه يلزمه الرجوع، إلى أحدها.

وبه قال الثوري، وأصحاب الرأي؛ لأنه قدر على المبدل قبل إتمام البدل، فلزمه الرجوع، كالمتيمم إذا قدر على الماء قبل إتمام صلاته. **ولنا**، أنه بدل لا يبطل بالقدرة على المبدل، فلم يلزمه الرجوع إلى المبدل بعد الشروع فيه، كما لو شرع المتمتع العاجز عن الهدي في صوم السبعة الأيام، فإنه لا يخرج، بلا خلاف.

والدليل على أن البدل لا يبطل، أن البدل الصوم، وهو صحيح مع قدرته اتفاقا، وفارق التيمم، فإنه يبطل بالقدرة على الماء بعد فراغه منه، ولأن الرجوع إلى طهارة الماء لا مشقة فيه؛ ليسره، والكفارة يشق الجمع فيها بين خصلتين، وإيجاب الرجوع يفضي إلى ذلك فإن. قيل: ينتقض دليلكم بما إذا شرع المتمتع في صوم الثلاثة. قلنا: إذا قدر على الهدي في صوم الثلاثة، تبينا أنه ليس بعادم له في وقته؛ لأن وقت الهدي يوم النحر، بخلاف مسألتنا.

(٨٠٦٨) الفصل الثاني: أنه إن أحب الانتقال إلى الأعلى، فله ذلك، في قول أكثرهم، ولا نعلم خلافا. إلا في العبد إذا حنث ثم عتق. وقال أبو الخطاب: لا يجوز الانتقال في مسألتنا. محتجا بقول الخرقي: إذا حنث، وهو عبد، فلم يكفر حتى عتق. قال: وهو ظاهر كلام أحمد؛ لقوله في العبد: إنما يكفر ما وجب عليه. **ولنا**، أن العتق والإطعام الأصل، فأجزأه التكفير به، كما لو تكلف الفقير فاستدان وأعتق.

فأما العبد إذا عتق، فيحتمل أنه يجوز له الانتقال كمسألتنا، ويحمل كلام أحمد على أنه لا يلزمه الانتقال، ويحتمل أنه يفرق بينه وبين الحر، من حيث إن الحر كان يجزئه التكفير بالمال لو تكلفه، والعبد لم يكن يجزئه إلا الصيام، على رواية.

[فصل وجبت الكفارة على موسر فأعسر]

(٨٠٦٩) فصل: ولو وجبت الكفارة على موسر فأعسر، لم يجزئه الصيام. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو ثور، وأصحاب الرأي: يجزئه؛ لأنه عاجز عن المبدل فجاز له العدول إلى البدل، كما لو وجبت عليه الصلاة ومعه ماء فاندفق قبل الوضوء به.." (١)

"عبده في غد، فمات العبد اليوم، ويحتمل أن يحنث؛ لأنه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه، فأشبه المكره. وإن قلنا: لا تنحل يمينه بعزله. فرفعه إليه بعد عزله، بر بذلك.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٦٣

[فصل اختلف السبب والنية في الحلف]

(٨٠٧٤) فصل: فإن اختلف السبب والنية، مثل أن امتنت عليه امرأته بغزلها، فحلف أن لا يلبس ثوبا من غزلها، ينوي اجتناب اللبس خاصة، دون الانتفاع بثمنه وغيره، قدمت النية على السبب، وجها واحدا؛ لأن النية وافقت مقتضى اللفظ. وإن نوى بيمينه ثوبا واحدا، فكذلك في ظاهر كلام الخرقي.

وقال القاضي: يقدم السبب؛ لأن اللفظ ظاهر في العموم، والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه؛ لأن السبب هو الامتنان، وظاهر حاله قطع النية، فلا يلتفت إلى نيته المخالفة للظاهرين، والأول أصح؛ لأن السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد، فإذا خالف حقيقة القصد، لم يعتبر، وكان وجوده كعدمه، فلم يبق إلا لفظه بعمومه، والنية تخصه، على ما بيناه فيما مضى.

[مسألة حلف لا يسكن دارا هو ساكنها]

(٨٠٧٥) مسألة؛ قال (ولو حلف لا يسكن دارا هو ساكنها، خرج من وقته، وإن تخلف عن الخروج من وقته، حنث) وجملة ذلك إن ساكن الدار إذا حلف لا يسكنها، فمتى أقام فيها بعد يمينه زمنا يمكنه فيه الخروج، حنث؛ لأن استدامة السكنى كابتدائها، في وقوع اسم السكنى عليها، ألا تراه يقول: سكنت هذه الدار شهرا. كما يقول: لبست هذا الثوب شهرا؟ وبهذا قال الشافعي. وإن أقام لنقل رحله وقماشه، لم يحنث؛ لأن الانتقال لا يكون إلا بالأهل والمال، فيحتاج أن ينقل ذلك معه، حتى يكون منتقلا. ويحكى عن مالك، أنه إن أقام دون اليوم والليلة، لم يحنث؛ لأن ذلك قليل يحتاج إليه في الانتقال، فلم يحنث به. وعن زفر، أنه قال: يحنث وإن انتقل في الحال؛ لأنه لا بد أن يكون ساكنا عقيب يمينه ولو لحظة، فيحنث بها.

وليس بصحيح؛ فإن ما لا يمكن الاحتراز منه لا يراد باليمين، ولا يقع عليه، وأما إذا أقام زمنا يمكنه الانتقال فيه، فإنه يحنث؛ لأنه فعل ما يقع عليه اسم السكنى، فحنث به، كموضع الاتفاق، ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل الدار، فدخل إلى أول جزء منها، حنث، وإن كان قليلا؟ (٨٠٧٦) فصل: وإن أقام لنقل متاعه وأهله، لم يحنث. وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: يحنث. ولنا، أن الانتقال إنما يكون بالأهل والمال، على ما سنذكره، فلا يمكنه التحرز من هذه الإقامة، فلا." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦٨/٩

"يقع اليمين عليها. وعلى هذا، إن خرج بنفسه، وترك أهله وماله في المسكن مع إمكان نقلهم عنه، حنث. وقال الشافعي: لا يحنث إذا خرج بنية الانتقال؛ لأنه إذا خرج بنية الانتقال، فليس بساكن ولأنه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله. **ولنا**، أن السكنى تكون بالأهل والمال، ولهذا يقال: فلان ساكن البلد الفلاني. وهو غائب عنه بنفسه. وإذا نزل بلدا بأهله وماله يقال: سكنه. ولو نزله بنفسه، لا يقال: سكنه.

وقولهم: إنه نوى السكنى بنفسه. لا يصح؛ فإن من خرج إلى مكان لينقل أهله إليه، ولم ينو السكنى بنفسه، فأشبه من خرج يشتري متاعا. وإن خرج عازما على السكنى بنفسه، منفردا عن أهله الذي في الدار، لم يحنث، ويدين فيما بينه وبين الله – تعالى. ذكره القاضي.

وحكي عن مالك، أنه اعتبر نقل عياله دون ماله. والأولى، إن شاء الله، أنه إذا انتقل بأهله، فسكن في موضع آخر، فإنه لا يحنث، وإن بقي متاعه في الدار؛ لأن مسكنه حيث حل أهله به، ونوى الإقامة به، ولهذا لو حلف لا يسكن دارا لم يكن ساكنا لها، فنزلها بأهله ناويا للسكنى بها، حنث وقال. القاضي: إن نقل إليها ما يتأثث به، ويستعمله في منزله، فهو ساكن وإن سكنها بنفسه.

(٨٠٧٧) فصل: وإن أكره على المقام، لم يحنث؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «عفي لأمتي عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» . وكذلك إن كان في جوف الليل في وقت لا يجد منزلا يتحول إليه، أو يحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لا يمكنه فتحها، أو خوف على نفسه أو أهله أو ماله، فأقام في طلب النقلة، أو انتظارا لزوال المانع منها، أو خرج طالبا للنقلة فتعذرت عليه؛ إما لكونه لم يجد مسكنا يتحول إليه، لتعذر الكراء أو غيره، أو لم يجد بهائم ينتقل عليها، ولا يمكنه النقلة بدونها، فأقام ناويا، للنقلة متى قدر عليها، لم يحنث، وإن أقام أياما وليالي؛ لأن إقامته عن غير اختيار منه، لعدم تمكنه من النقلة، فإنه إذا لم يجد مسكنا لا يمكنه ترك أهله، وإلقاء متاعه في الطريق، فلم يحنث به، كالمقيم للإكراه.

وإن أقام في هذا الوقت، غير ناو للنقلة، حنث، ويكون نقله لما يحتاج إلى نقله، على ما جرت به العادة، فلو كان ذا متاع كثير، فنقله قليلا قليلا على العادة، بحيث لا يترك النقل المعتاد، لم يحنث وإن أقام أياما، ولا يلزمه جمع دواب البلد لنقله، ولا النقلة بالليل، ولا وقت الاستراحة عند التعب، ولا أوقات الصلوات؛ لأن." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦٩/٩

"العادة لم تجر بالنقل فيها، ولو ذهب رحله أو أودعه أو أعاره وخرج، لم يحنث؛ لأن يده زالت عن المتاع.

وإن تردد إلى الدار لنقل المتاع، أو عائدا لمريض، أو زائرا لصديق، لم يحنث وقال القاضي: إن دخلها ومن رأيه الجلوس عنده، حنث، وإلا فلا. **ولنا**، أن هذا ليس بسكنى، ولذلك لو حلف ليسكنن دارا، لم يبر بالجلوس فيها؛ لأنه على هذا الوجه، ولا يسمى ساكنا به بهذا العذر، فلم يحنث به، كما لو لم ينو الجلوس.

وإن كان له في الدار امرأة أو عائلة، فأرادهم على الخروج معه، والانتقال عنها، فأبوا، ولم يمكنه إخراجهم، فخرج وتركهم، لم يحنث؛ لأن هذا مما لا يمكنه، فأشبه ما لم يمكنه نقله من رحله.

[فصل حلف لا يساكن فلانا]

(٨٠٧٨) فصل: وإن حلف لا يساكن فلانا، فالحكم في الاستدامة على ما ذكرنا في الحلف على السكنى. وإن انتقل أحدهما، وبقي الآخر، لم يحنث؛ لزوال المساكنة. وإن سكنا في دار واحدة، وكل واحد في بيت ذي باب وغلق، رجع إلى بيته بيمينه أو إلى سببها، وما دلت عليه قرائن أحواله في المحلوف على المساكنة فيه، فإن عدم ذلك كله، حنث. وهذا قول مالك.

وقال الشافعي: إن كانت الدار صغيرة، فهما متساكنان؛ لأن الصغيرة مسكن واحد، وإن كانت كبيرة، إلا أن أحدهما في البيت، والآخر في الصفة، أو كانا في صفتين أو بيتين ليس على أحدهما غلق، دون صاحبه، فهما متساكنان. وإن كانا في بيتين، كل واحد منهما له غلق، أو كانا في خان، فليسا متساكنين؛ لأن كل واحد منهما ينفرد بمسكنه دون الآخر، فأشبها المتجاورين كل واحد منهما ينفرد بمسكنه.

ولنا، أنهما في دار واحدة، فكانا متساكنين، كالصغيرة، وفارق المتجاورين في الدارين، فإنهما ليسا متساكنين، ويمينه على نفي المساكنة، لا على المجاورة. ولو كانا في دار واحدة حالة اليمين، فخرج أحدهما منها، وقسماها حجرتين، وفتحا لكل واحدة منهما بابا، وبينهما حاجز، ثم سكن كل واحد منهما في حجرة، لم يحنث؛ لأنهما غير متساكنين. وإن تشاغلا ببناء الحاجز بينهما، وهما متساكنان، حنث؛ لأنهما تساكنا قبل انفراد إحدى الدارين من الأخرى وهذا قول الشافعي. ولا نعلم فيه خلافا (٨٠٧٩) .

فصل: وإن حلف: لا ساكنت فلانا في هذه الدار. وقسماها حجرتين، وبنيا بينهما حائطا، وفتح كل واحد منهما لنفسه بابا، ثم سكنا فيهما، لم يحنث، لما ذكرنا في التي قبلها. وهذا قول الشافعي، وابن المنذر،

وأبي ثور، وأصحاب الرأي. وقال مالك: لا يعجبني ذلك. ويحتمله قياس المذهب؛ لكونه عين الدار، فلا ينحل." (١)

"وفي الآخر يحنث. وهو قول أصحاب الرأي، ونحوه قول النخعي. لأنه فعل ما حلف على تركه ودخلها. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «عفي لأمتي عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» . ولأنه دخلها مكرها، فأشبه ما لو حمل مكرها.

[فصل حلف ليخرجن من الدار فصعد سطحها]

(٨٠٨٣) فصل: وإن رقي فوق سطحها، حنث. وبهذا قال مالك، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وقال الشافعي: لا يحنث. ولأصحابه فيما إذا كان السطح محجرا وجهان، واحتجوا بأن السطح يقيها الحر والبرد، ويحرزها، فهو كحيطانها.

ولنا، أن سطح الدار منها، وحكمه حكمها سواء، فحنث بدخوله، كالمحجر، أو كما لو دخل بين حيطانها، ودليل ذلك، أنه يصح الاعتكاف في سطح المسجد، ويمنع الجنب من اللبث فيه، ولو حلف ليخرجن من الدار، فصعد سطحها، لم يبر، ولو حلف أن لا يخرج منها، فصعد سطحها، لم يحنث، ولأنه داخل في حدود الدار، ومملوك لصاحبها، ويملك بشرائه ا، ويخرج من ملك صاحبها ببيعها، والبائت عليه، يقال: بات في داره. وبهذا يفارق ما وراء حائطها.

وإن كان في اليمين قرينة لفظية أو حالية تقتضي اختصاص الإرادة بداخل الدار، مثل أن يكون سطح الدار طريقا، وسبب يمينه يقتضي ترك صلة أهل الدار، لم يحنث بالمرور على سطحها، وكذلك إن نوى بيمينه باطن الدار، تقيدت يمينه بما نواه؛ لأنه ليس للمرء إلا ما نواه.

(٨٠٨٤) فصل: فإن تعلق بغصن شجرة في الدار، لم يحنث. وإن صعد حتى صار في مقابلة سطحها بين حيطانها، حنث. وإن لم ينزل بين حيطانها، احتمل أن يحنث؛ لأنه في هوائها، وهواؤها ملك لصاحبها، فأشبه ما لو قام على سطحها، واحتمل أن لا يحنث؛ لأنه لا يسمى داخلا، ولا هو على شيء من أجزائها، وكذلك إن كانت الشجرة في غير الدار، فتعلق بفرع ماد على الدار في مقابلة سطحها. وإن قام على حائط الدار، احتمل وجهين؛ أحدهما إنه يحنث. وهو قول أبي ثور، وأصحاب الرأي؛ لأنه داخل في حدها، فأشبه القائم على سطحها.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٧٠

والثاني، لا يحنث؛ لأنه لا يسمى دخولا. وإن قام في طبق الباب فكذلك؛ لأنه بمنزلة حائطها. وقال القاضي: إذا قام على العتبة، لم يحنث؛ لأن الباب إذا أغلق حصل خارجا منها، ولا يسمى داخلا فيها.

[فصل حلف أن لا يضع قدمه في الدار فدخلها راكبا أو ماشيا منقولا]

(٨٠٨٥) فصل: وإن حلف أن لا يضع قدمه في الدار، فدخلها راكبا أو ماشيا، منقولا أو حافيا، حنث، كما لو حلف أن لا يدخلها. وبهذا قال أصحاب الرأي. وقال أبو ثور: إن دخلها راكبا، لم يحنث؛ لأنه لم يضع قدمه فيها.." (١)

"وإن سلمنا، فإن قرينة الإقرار تصرفه إلى الملك، وكذلك لو حلف: لا دخلت مسكن زيد. حنث بدخوله الدار التي يسكنها. ولو قال: هذا المسكن لزيد. كان مقرا له بها، ولا خلاف في هذه المسألة، وهي نظيرة مسألتنا.

[فصل حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة استأجرها فلان]

(٨٠٨٨) فصل: ولو حلف لا يركب دابة فلان، فركب دابة استأجرها فلان، حنث وإن ركب دابة استعارها، لم يحنث. ذكره أبو الخطاب. وكذلك لو ركب دابة غصبها فلان. وفارق مسألة الدار؛ فإنه لم يحنث في الدار لكونه استعارها، ولا غصبها، وإنما حنث لسكناه بها، فأضيفت الدار إليه لذلك، ولو غصبها أو استعارها من غير أن يسكنها، لم تصح إضافتها إليه، ولا يحنث الحالف، فيكون كمستعير الدابة وغاصبها سواء.

[فصل حلف لا يدخل دار هذا العبد ولا يركب دابته ولا يلبس ثوبه فدخل دارا جعلت برسمه]

(٨٠٨٩) فصل: وإن حلف لا يدخل دار هذا العبد، ولا يركب دابته، ول ا يلبس ثوبه، فدخل دارا جعلت برسمه، أو ركب دابة جعلت برسمه، أو لبس ثوبا جعل برسمه، حنث. وعند الشافعي لا يحنث؛ لأنه لا يملك شيئا، والإضافة تقتضي الملك، وقد قدمنا الكلام معه في الفصل الذي قبل هذا.

ويخص هذا الفصل بأن الملكية لا تمكن هاهنا، ولا تصح الإضافة بمعناها، فتعين حمل الإضافة هاهنا على إضافة الاختصاص دون الملك. وإن حلف لا يدخل دار زيد، فدخل دار عبده، حنث. وبه قال أبو حنيفة، والشافعي. ولا نعلم فيه خلافا؛ لأن دار العبد ملك لسيده. وإن حلف لا يلبس ثوب السيد، ولا

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٧٢/٩

يركب دابته، فلبس ثوب عبده، وركب دابته، حنث. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يحنث؛ لأن العبد بهما أخص. **ولنا**، أنهما مملوكان للسيد، فتناولهما يمين الحالف، كالدار، وما ذكروه يبطل بالدار.

[مسألة حلف لا يدخل دارا فأدخل يده أو رجله أو رأسه أو شيئا منه]

(٨٠٩٠) مسألة؛ قال: (ولو حلف لا يدخل دارا، فأدخل يده أو رجله أو رأسه أو شيئا منه، حنث. ولو حلف أن يدخل، لم يبر حتى يدخل بجميعه، أما إذا حلف ليدخلن أو يفعل شيئا، لم يبر إلا بفعل جميعه، والدخول إليها بجملته) لا يختلف المذهب في شيء من ذلك، ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا؛ لأن اليمين تناولت فعل الجميع، كما لو أمره الله – تعالى بفعل شيء لم يخرج من عهدة الأمر إلا بفعل الجميع، ولأن اليمين على فعل شيء إخبار بفعله في المستقبل مؤكد بالقسم، والخبر بفعل شيء يقتضي فعله كله، فأما إن حلف لا يدخل، فأدخل بعضه، ولا يفعل شيئا، ففعل بعضه، ففيه روايتان؛." [1]

"سورة "، فلما أخرج رجله من المسجد علمه إياها. ولأن يمينه تعلقت بالجميع، فلم تنحل بالبعض، كالإثبات.

وهذا الخلاف في اليمين المطلقة، فأما إن نوى الجميع أو البعض فيمينه على ما نوى. وكذلك إن اقترنت به قرينة تقتضي أحد الأمرين، تعلقت يمينه به، فلو قال: والله لا شربت هذا النهر، أو هذه البركة. تعلقت يمينه ببعضه، وجها واحدا؛ لأن فعل الجميع ممتنع، فلا ينصرف يمينه إليه، وكذلك لو قال: والله لا آكل الخبز، ولا أشرب الماء. وما أشبهه مما علق على اسم جنس، أو علقه على اسم جمع، كالمسلمين، والمشركين، والفقراء، والمساكين، فإنما يحنث بالبعض.

وبهذا قال أبو حنيفة: وسلمه أصحاب الشافعي في اسم الجنس دون الجمع. وإن علقه على اسم جنس مضاف، كماء النهر، حنث أيضا بفعل البعض، إذا كان مما لا يمكن شربه كله. وهو قول أبي حنيفة، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي، والآخر، لا يحنث؛ لأن لفظه يقتضي جميعه، فلم يتعلق ببعضه، كماء الإداوة.

ولنا؛ أنه لا يمكن شرب جميعه، فتعلقت اليمين ببعضه، كما لو حلف لا يكلم الناس، فكلم بعضهم، وبهذا فارق ماء الإداوة، وإن نوى بيمينه فعل الجميع، أو كان في لفظه ما يقتضي ذلك، لم يحنث إلا بفعل الجميع، وإن قال: والله لا صمت يوما. لم يحنث حتى يكمله.

وإن حلف: لا صليت صلاة، ولا أكلت أكلة. لم يحنث حتى يكمل الصلاة والأكلة. وإن قال لامرأته: إن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٧٤

حضت حيضة، فأنت طالق. لم تطلق حتى تطهر من حيضة مستقبلة. وإن قال لامرأتيه: إن حضتما، فأنتما طالقتان. لم تطلق واحدة منهما حتى تحيضا كلتاهما فهذا وأشباهه مما يدل على إرادته فعل الجميع، فوجب تعلق اليمين به.

وقال أحمد في رجل قال لامرأته: إذا صمت يوما، فأنت طالق: إذا غابت الشمس من ذلك اليوم طلقت. وقال القاضي: إذا حلف: لا صليت صلاة. لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة. ولو حلف لا يصلي، ولا يصوم، حنث في الصلاة بتكبيرة الإحرام، وفي الصيام بطلوع الفجر إذا نوى الصيام. وبهذا قال الشافعي. ووافق أبو حنيفة في الصيام، وقال في الصلاة: لا يحنث حتى يسجد سجدة.." (١)

"الله - صلى الله عليه وسلم - يلبسهما. فإن ترك القلنسوة في رجله، أو أدخل يده في الخف أو النعل، لم يحنث؛ لأن ذلك ليس بلبس لهما.

[فصل حلف ليلبسن امرأته حليا فألبسها خاتما من فضة أو مخنقة من لؤلؤ أو جوهر وحده]

(٨٠٩٦) فصل: وإن حلف ليلبسن امرأته حليا، فألبسها خاتما من فضة، أو مخنقة من لؤلؤ، أو جوهر وحده، بر في يمينه. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يبر؛ لأنه ليس بحلي وحده. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وتستخرجوا منه حلية تلبسونها﴾ [النحل: ١٤] وقال تعالى: ﴿يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا﴾ [الحج: ٢٣] . وجاء في الحديث، عن عبد الله بن عمرو، أنه قال: قال الله - تعالى - للبحر الشرقي: إني جاعل فيك الحلية والصيد والطيب ولأن الفضة حلي إذا كانت سوارا أو خلخالا، فكانت حليا إذا كانت خاتما، كالذهب، والجوهر واللؤلؤ حلي مع غيره، فكان حليا وحده، كالذهب.

فإن ألبسها عقيقا، أو سبجا، لم يبر. وقال الشافعي: إن كان من أهل السواد بر، وفي غيرهم وجهان؛ لأن هذا حلي في عرفهم. **ولنا**، أن هذا ليس بحلي، فلا يبر به، كالودع، وخرز الزجاج. وما ذكروه يبطل بالودع. وإن حلف لا يلبس حليا، فلبس دراهم أو دنانير في مرسلة، ففيه وجهان؛ أحدهما لا، يحنث؛ لأنه ليس بحلي إذا لم يلبسه، فكذلك إذا لبسه.." (٢)

"والثاني: يحنث؛ لأنه ذهب وفضة لبسه، فكان حليا، كالسوار والخاتم. وإن لبس سيفا محلى، لم يحنث؛ لأن السيف ليس بحلي. وإن لبس منطقة محلاة، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يحنث؛ لأن الحلية

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٧٦/٩

(٢) المغني لابن قدامة ٥٧٩/٩

لها دونه، فأشبه السيف المحلى.

والثاني، يحنث؛ لأنها من حلي الرجال، ولا يقصد بلبسها محلاة في الغالب إلا التجمل بها. وإن حلف لا يلبس خاتما، فلبسه في غير الخنصر من أصابعه، حنث. وقال الشافعي: لا يحنث؛ لأن اليمين تقتضي لبسا معينا، معتادا، وليس هذا معتادا، فأشبه ما لو أدخل القلنسوة في رجله. **ولنا**، أنه لابس لما حلف على ترك لبسه، فأشبه ما لو ائتزر بالسراويل، وأما إدخال القلنسوة في رجله، فهو عبث وسفه، بخلاف هذا، فإنه لا فرق بين الخنصر وغيرها، إلا من حيث الاصطلاح على تخصيصه بالخنصر.

[مسألة حلف أن لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وبكر]

(٨٠٩٧) مسألة؛ قال: (ولو حلف أن لا يأكل طعاما اشتراه زيد، فأكل طعاما، اشتراه زيد وبكر، حنث، إلا أن يكون أراد أن لا يتفرد أحدهما بالشراء) وبهذا قال أبو حنيفة، ومالك وقال الشافعي: لا يحنث. وذكره أبو الخطاب احتمالا؛ لأن كل جزء لم ينفرد أحدهما بشرائه، فلم يحنث به، كما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد، فلبس ثوبا اشتراه زيد هو وغيره.

ولنا، أن زيدا مشتر لنصفه، وهو طعام، وقد أكله، فيجب أن يحنث، كما لو اشتراه زيد، ثم خلطه بما اشتراه عمرو، فأكل الجميع، وأما الثوب، فلا نسلم، وإن سلمناه، فالفرق بينهما أن نصف الثوب ليس بثوب، ونصف الطعام طعام، وقد أكله بعد أن اشتراه زيد. وإن اشترى زيد نصفه مشاعا، أو اشترى نصفه، ثم اشترى الآخر باقيه، فأكل منه، حنث. والخلاف فيه على ما تقدم. ولو اشترى زيد نصفه معينا، ثم خلطه بالنصف الآخر، فأكل الجميع، أو أكثر من النصف، حنث، بغير خلاف؛ لأنه أكل مما اشتراه زيد يقينا. وإن أكل نصفه، أو أقل من نصفه. ففيه وجهان؛ أحدهما، يحنث؛ لأنه يستحيل في العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره، فيكون الحنث ظاهرا ظهورا كثيرا. والثاني، لا يحنث؛ لأن الأصل عدم الحنث، ولم يتيقن أكله مما اشتراه زيد، وكل موضع لا يحنث،." (١)

"وإن دخل بيتا لا يعلم أنها فيه، فوجدها فيه، فهو كالدخول عليها ناسيا، فإن قلنا: لا يحنث بذلك. فخرج حين علم بها، لم يحنث. وكذلك إن حلف لا يدخل عليها، فدخلت هي عليه، فخرج في الحال، لم يحنث. وإن أقام فهل يحنث؟ على وجهين؛ بناء على من حلف لا يدخل دارا هو فيها، فاستدام المقام بها، فهل يحنث؟ على وجهين.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٨٠

[مسألة حلف أن يضرب عبده في غد فمات الحالف من يومه]

(٨١٠٨) مسألة؛ قال: (ولو حلف أن يضرب عبده في غد، فمات الحالف من يومه، فلا حنث عليه، وإن مات العبد، حنث) أما إذا مات الحالف من يومه فلا حنث عليه؛ لأن الحنث إنما يحصل بفوات المحلوف عليه في وقته، وهو الغد، والحالف قد خرج عن أن يكون من أهل التكليف قبل الغد، فلا يمكن حنثه. وكذلك إن جن الحالف في يومه. فلم يفق إلا بعد خروج الغد؛ لأنه خرج عن كونه من أهل التكليف. وإن هرب العبد، أو مرض العبد أو الحالف، أو نحو ذلك، فلم يقدر على ضربه في الغد، حنث.

وإن لم يمت الحالف، ففيه مسائل أحدها، أن يضرب العبد في غد، أي وقت كان منه، فإنه يبر في يمينه، بلا خلاف. الثانية، أمكنه ضربه في غد، فلم يضربه حتى مضى الغد، وهما في الحياة، حنث أيضا، بلا خلاف. الثالثة، مات العبد من يومه، فإنه يحنث. وهذا أحد قولي الشافعي. ويتخرج أن لا يحنث.

وهو قول أبي حنيفة، ومالك، والقول الثاني للشافعي؛ لأنه فقد ضربه بغير اختياره، فلم يحنث، كالمكره والناسي. **ولنا**، أنه لم يفعل ما حلف عليه في وقته، من غير إكراه ولا نسيان، وهو من أهل الحنث، فحنث، كما لو أتلفه باختياره، وكما لو حلف ليحجن العام، فلم يقدر على الحج؛ لمرض، أو عدم النفقة، وفارق الإكراه والنسيان، فإن الامتناع لمعنى في الحالف، وها هنا الامتناع لمعنى في المحل، فأشبه ما لو ترك ضربه لصعوبته، أو ترك الحالف الحج لصعوبة الطريق وبعدها عليه فأما.

إن كان تلف المحلوف عليه بفعله أو اختياره، حنث، وجها واحدا؛ لأنه فوت الفعل على نفسه. قال القاضي: ويحنث الحالف ساعة موته؛ لأن يمينه انعقدت من حين حلفه، وقد تعذر عليه الفعل، في الحال، كما لو لم يؤقت، ويتخرج أن لا يحنث قبل الغد؛ لأن الحنث مخالفة ما عقد يمينه عليه، فلا تحصل المخالفة إلا بترك الفعل في وقته. الرابعة، مات العبد في غد قبل التمكن من ضربه، فهو كما لو مات في يومه. الخامسة، مات العبد في غد، بعد التمكن من ضربه، قبل ضربه، فإنه يحنث، وجها واحدا. وقال بعض أصحاب الشافعي: يحنث قولا واحدا. وقال بعضهم: فيه قولان.." (١)

"الشافعي، وأبو ثور: لا قدر له، ويبر بأدنى زمن؛ لأن الحين اسم مبهم يقع على القليل والكثير، قال الله تعالى: ﴿ولتعلمن نبأه بعد حين﴾ [ص: ٨٨] . قيل: أراد يوم القيامة. وقال: ﴿هل أتى على الإنسان حين من الدهر﴾ [الإنسان: ١] . وقال: ﴿فذرهم في غمرتهم حتى حين﴾ [المؤمنون: ٥٤] . وقال:

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٨٥

﴿حين تمسون وحين تصبحون﴾ [الروم: ١٧] . ويقال: جئت منذ حين. وإن كان أتاه من ساعة. **ولنا**، أن الحين المطلق في كلام الله – تعالى – أقله ستة أشهر.

قال عكرمة، وسعيد بن جبير، وأبو عبيد في قوله تعالى: ﴿تؤتي أكلها كل حين﴾ [إبراهيم: ٢٥] : إنه ستة أشهر. فيحمل مطلق كلام الآدمي على مطلق كلام الله – تعالى، ولأنه قول ابن عباس، ولا نعلم له مخالفا في الصحابة، وما استشهدوا به من المطلق في كلام الله – تعالى، فما ذكرناه أقله، فيحمل عليه؛ لأنه اليقين.

[فصل حلف لا يكلمه حقبا]

(٨١١١) فصل: فإن حلف لا يكلمه حقبا. فذرك ثمانون عاما، وقال مالك أربعون عاما؛ لأن ذلك يروى عن ابن عباس. وقال القاضي، وأصحاب الشافعي: هو أدنى زمان؛ لأنه لم ينقل فيه عن أهل اللغة تقدير. **ولنا**، ما روي عن ابن عباس، أنه قال في تفسير قوله تعالى: ﴿لابثين فيها أحقابا﴾ [النبأ: ٢٣] : الحقب ثمانون سنة. وما ذكره القاضي، وأصحاب الشافعي لا يصح؛ لأن قول ابن عباس حجة، ولأن ما ذكروه يفضي إلى حمل كلام الله – تعالى: ﴿لابثين فيها أحقابا﴾ [النبأ: ٢٣] وقول موسى: ﴿أو أمضي حقبا﴾ [الكهف: ٦٠] إلى اللكنة؛ لأنه أخرج ذلك مخرج التكثير، فإذا صار معنى ذلك (لابثين فيها) ساعات أو لحظات أو، أمضي لحظات وساعات، صار مقتضى ذلك التقليل، وهو ضد ما أراد الله – تعالى بكلامه، وضد المفهوم منه، ولم يذكره أحد من المفسرين فيما نعلم، فلا يجوز تفسير الحقب به.

[فصل حلف لا يكلمه زمنا أو وقتا أو دهرا أو عمرا]

(٨١١٢) فصل: فإن حلف لا يكلمه زمنا، أو وقتا، أو دهرا، أو عمرا، أو مليا، أو طويلا، أو بعيدا، أو قريبا بر بالقليل والكثير، في قول أبي الخطاب، ومذهب الشافعي؛ لأن هذه الأسماء لا حد لها في اللغة، وتقع على القليل والكثير، فوجب حمله على أقل ما تناوله اسمه، وقد يكون القريب بعيدا بالنسبة إلى ما هو أقرب منه، وقريبا بالنسبة إلى ما هو أبعد منه، ولا يجوز التحديد بالتحكم، وإنما يصار إليه بالتوقيف، ولا توقيف هاهنا، فيجب حمله على اليقين، وهو أقل ما يتناوله الاسم.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٨٧/٩

"وقال ابن أبي موسى: الزمان ثلاثة أشهر. وقال طلحة العاقولي: الحين والزمان والعمر واحد؛ لأنهم لا يفرقون في العادة بينهما، والناس يقصدون بذلك التبعيد، فلو حمل على القليل، حمل على خلاف قصد الحالف. والدهر يحتمل أنه كالحين أيضا لهذا المعنى. وقال في " بعيد " و " مليء "، " وطويل ": هو أكثر من شهر.

وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن ذلك ضد القليل، فلا يجوز حمله على ضده. ولو حمل العمر على أربعين عاما، كان حسنا؛ لقول الله – تعالى مخبرا عن نبيه – عليه السلام –: ﴿فقد لبثت فيكم عمرا من قبله﴾ [يونس: ١٦] . وكان أربعين سنة، فيجب حمل الكلام عليه، ولأن العمر في الغالب لا يكون إلا مدة طويلة، فلا يحمل على خلاف ذلك.

(٨١١٣) فصل: فإن حلف لا يكلمه الدهر، أو الأبد، أو الزمان. فذلك على الأبد؛ لأن ذلك بالألف واللام، وهي للاستغراق فتقتضي الدهر كله.

[فصل حلف على أيام]

(٨١١٤) فصل: إن حلف على أيام، فهي ثلاثة؛ لأنها أقل الجمع، قال الله تعالى ﴿واذكروا الله في أيام معدودات﴾ [البقرة: ٢٠٣] . وهي أيام التشريق. وإن حلف على أشهر، فهي ثلاثة؛ لأنها أقل الجمع. وإن حلف على شهور، فاختار أبو الخطاب، أنها ثلاثة؛ لذلك. وقال غيره: يتناول يمينه اثني عشر شهرا؛ لقول الله تعالى: ﴿إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا﴾ [التوبة: ٣٦] . ولأن الشهور جمع الكثرة، وأقله عشرة، فلا يحمل على ما يحمل عليه جمع القلة.

[مسألة حلف أن يقضيه حقه في وقت فقضاه قبله]

(٨١١٥) مسألة؛ قال (ولو حلف أن يقضيه حقه في وقت، فقضاه قبله، لم يحنث، إذا كان أراد بيمينه إن لا يجاوز ذلك الوقت) وبهذا قال أبو حنيفة، ومحمد، وأبو ثور.

وقال الشافعي يحنث إذا قضاه قبله؛ لأنه ترك فعل ما حلف عليه مختارا، فحنث، كما لو قضاه بعده. **ولنا**، أن مقتضى هذه اليمين، تعجيل القضاء قبل خروج الغد، فإذا قضاه قبله، فقد قضى قبل خروج الغد، وزاد خيرا، ولأن مبنى الأيمان على النية، ونية هذا بيمينه ترك تعجيل القضاء قبل خروج الغد، فتعلقت." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٨٨/٩

"يمينه بهذا المعنى، كما لو صرح به، فإن لم تكن له نية رجع إلى سبب اليمين، فإن كانت تقتضي التعجيل، فهو كما لو نواه؛ لأن السبب يدل على النية، وإن لم ينو ذلك، ولا كان السبب يقتضيه، فظاهر كلام الخرقي، أنه لا يبر إلا بقضائه في الغد، ولا يبر بقضائه قبله.

وقال القاضي: يبر على كل حال؛ لأن اليمين للحث على الفعل، فمتى عجله، فقد أتى بالمقصود، فيه، كما لو نوى ذلك. والأول أصح، إن شاء الله؛ لأنه ترك فعل ما تناولته يمينه لفظا، ولم تصرفها عنه نية ولا سبب، فتصرف كما لو حلف ليصومن شعبان، فصام رجبا. ويحتمل ما قاله القاضي في القضاء خاصة؛ لأن عرف هذه اليمين في القضاء التعجيل، فتنصرف اليمين المطلقة إليه.

(٨١١٦) فصل: فأما غير قضاء الحق، كأكل شيء، أو شربه، أو بيع شيء، أو شرائه، أو ضرب عبد، ونحوه، فمتى عين وقته، ولم ينو ما يقتضي تعجيله، ولا كان سبب يمينه يقتضيه، لم يبر إلا بفعله في وقته. وذكر القاضي، أنه يبر بتعجيله عن وقته. وحكي ذلك عن أصحاب أبي حنيفة. **ولنا**، أنه لم يفعل المحلوف عليه في وقته، من غير نية تصرف يمينه، ولا سبب، فيحنث، كالصيام. ولو فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته، وبعضه في وقته، لم يبر؛ لأن اليمين في الإثبات لا يبر فيها إلا بفعل جميع المحلوف عليه، فترك بعضه في وقته، كترك جميعه، إلا أن ينوي أن لا يجاوز ذلك الوقت، أو يقتضي ذلك سببها.

[فصل حلف لا يبيع ثوبه بعشرة فباعه بها أو بأقل منها]

(٨١١٧) فصل: ومن حلف لا يبيع ثوبه بعشرة، فباعه بها أو بأقل منها، حنث. وإن باعه بأكثر منها، لم يحنث. وقال الشافعي لا يحنث إذا باعه بأقل؛ لأنه لم يتناوله يمينه. **ولنا**، أن العرف في هذا أن لا يبيعه بها، ولا بأقل منها، بدليل أنه لو وكل في بيعه إنسانا، وأمره أن لا يبيعه بعشرة، لم يكن له بيعه بأقل منها، ولأن هذا تنبيه على امتناعه من بيعه بما دون العشرة، والحكم يثبت بالبينة، كثبوته باللفظ. إن حلف: لا اشتريته بعشرة. فاشتراه بأقل، لم يحنث.

وإن اشتراه بها أو بأكثر، حنث؛ لما ذكرنا. ومقتضى مذهب الشافعي، أن لا يحنث إذا اشتراه بأكثر منها؛ لأن يمينه لم تتناوله لفظا. **ولنا**، أنها تناولته عرفا وتنبيها، فكان حانثا، كما لو حلف: ما له علي حبة. فإنه يحنث إذا كان له عليه أكثر منها، ويبرأ بيمينه مما زاد عليها، كبراءته منها. قيل لأحمد رجل إن حلف

لا ينقص هذا الثوب عن كذا. قال: قد أخذته، ولكن هب لي كذا. قال: هذا حيلة. قيل له: فإن قال البائع: بعتك بكذا، وأهب لفلان شيئا آخر. قال هذا كله ليس بشيء. فكرهه.." (١)

"وإن نوى فعل البعض. أو كان في يمينه ما يدل عليه، حنث بفعل البعض، رواية واحدة. فإن حلف أن لا يشرب ماء هذا الإناء، فشرب بعضه، فهل يحنث بذلك؟ فيه روايتان. وإن حلف: لا يشرب ماء دجلة، أو ماء هذا النهر. حنث بشرب أدنى شيء منه؛ لأن شرب جميعه ممتنع بغير يمينه، فلا حاجة إلى توكيد المنع بيمينه، فتصرف يمينه إلى منع نفسه مما يمكن فعله، وهو شرب البعض، كما لو حلف: لا شربت الماء. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال أصحاب الشافعي: إن حلف على الجنس، كالناس والماء والخبز والتمر ونحوه، حنث بفعل البعض، وإن تناولت يمينه الجميع، كالمسلمين والمشركين والمساكين، لم يحنث بفعل البعض، وإن تناولت اسم جنس يضاف، كماء النهر، وماء دجلة، ففيه وجهان. **ولنا**، أنه حلف على - ما لا يمكنه فعل جميعه، فتناولت يمينه بعضه منفردا، كاسم الجنس فإن حلف: لا شربت من الفرات، فشرب من مائه، حنث، سواء كرع فيه، أو اغترف منه ثم شرب. وبهذا قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد.

وقال أبو حنيفة: لا يحنث حتى يكرع فيه؛ لأن حقيقة ذلك الكرع، فلم يحنث بغيره، كما لو حلف: لا شربت من هذا الإناء. فصب منه في غيره وشرب. **ولنا**، أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات؛ لأن الشرب يكون من مائها، ومنها في العرف، فحملت اليمين عليه، كما لو حلف: لا شربت من هذه البئر، ولا أكلت من هذه الشجرة، ولا شربت من هذه الشاة. ويفارق الكوز؛ فإن الشرب في العرف منه، لأنه آلة للشرب، بخلاف النهر، وما ذكروه يبطل بالبئر والشاة والشجرة، وقد سلموا أنه لو استقى من البئر، أو احتلب لبن الشاة، أو التقط من الشجرة، وشرب وأكل، حنث، فكذا في مسألتنا.

[فصل: حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه]

(٨١٢١) فصل: وإن حلف لا يشرب من ماء الفرات، فشرب من نهر يأخذ منه، حنث؛ لأنه من ماء الفرات، ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات، فشرب من نهر يأخذ منه، ففيه وجهان؛ أحدهما، يحنث؛ لأن معنى الشرب منه الشرب من مائه، فحنث، كما لو حلف: لا شربت من مائه. وهذا أحد الاحتمالين

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٨٩/٩

لأصحاب الشافعي. والثاني، لا يحنث. وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، إلا أبا يوسف، فإن عنه رواية، أنه يحنث. وإنما قلنا: إنه." (١)

"لا يحنث؛ لأن ما أخذه النهر يضاف إلى ذلك النهر، لا إلى الفرات، ويزول بإضافته إليه عن إضافته إلى الفرات، فلا يحنث به، كغير الفرات.

[مسألة: قال والله لا فارقتك حتى أستوفي حقي منك فهرب منه]

(٨١٢٢) مسألة؛ قال: (ولو قال: والله لا فارقتك حتى أستوفي حقي منك. فهرب منه، لم يحنث. ولو قال: لا افترقنا. فهرب منه، حنث) أما إذا حلف: لا فارقتك. ففيه مسائل عشر؛ أحدها، أن يفارقه الحالف مختارا، فيحنث، بلا خلاف، سواء أبرأه من الحق أو فارقه، والحق عليه؛ لأنه فارقه قبل استيفاء حقه منه. الثانية، فارقه مكرها، فينظر؛ فإن حمل مكرها حتى فرق بينهما، لم يحنث.

وإن أكره بالضرب والتهديد، لم يحنث. وفي قول أبي بكر: يحنث. وفي الناسي تفصيل ذكرناه فيما مضى. الثالثة، هرب منه الغريم بغير اختياره، فلا يحنث. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر، وأصحاب الرأي. وروي عن أحمد، أنه يحنث؛ لأن معنى يمينه أن لا تحصل بينهما فرقة، وقد حصلت. **ولنا**، أنه حلف على فعل نفسه في الفرقة، وما فعل، ولا فعل باختياره، فلم يحنث، كما لو حلف: لا قمت. فقام غيره.

الرابعة، أذن له الحالف في الفرقة، ففارقه، فمفهوم كلام الخرقي، أنه يحنث. وقال الشافعي: لا يحنث. وقال القاضي: وهو قول الخرقي؛ لأنه لم يفعل الفرقة التي حلف إنه لا يفعلها. **ولنا**، أن معنى يمينه لألزمنك. وإذا فارقه بإذنه فما لزمه، ويفارق ما إذا هرب منه؛ لأنه فر بغير اختياره، وليس هذا قول الخرقي؛ ولأن الخرقي قال: فهرب منه. فمفهومه أنه إذا فارقه بغير هرب، أنه يحنث. الخامسة، فارقه من غير إذن، ولا هرب، على وجه يمكنه ملازمته، والمشي معه، وإمساكه، فلم يفعل، فالحكم فيها كالتي قبلها.

السادسة، قضاه قدر حقه، ففارقه ظنا منه أنه وفاه، فخرج رديئا أو بعضه، فيخرج في الحنث روايتان؛ بناء على الناسي. وللشافعي قولان، كالروايتين؛ أحدهما، يحنث. وهو قول مالك، لأنه فارقه قبل استيفاء حقه مختارا. والثاني، لا يحنث.

وهو قول أبي ثور، وأصحاب الرأي إذا وجدها زيوفا، وإن وجد أكثرها نحاسا فإنه يحنث. وإن وجدها

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٩١

مستحقة، فأخذها صاحبها، خرج أيضا على الروايتين في الناسي؛ لأنه ظان أنه مستوف حقه، فأشبه ما لو وجدها رديئة. وقال أبو ثور. وأصحاب الرأي: لا يحنث، وإن علم بالحال ففارقه، حنث؛ لأنه لم يوفه حقه.." (١)

"السابعة، فلسه الحاكم، ففارقه، نظرت؛ فإن ألزمه الحاكم، فهو كالمكره، وإن لم يلزمه مفارقته، لكنه فارقه لعلمه بوجوب مفارقته، حنث؛ لأنه فارقه من غير إكراه، فحنث، كما لو حلف لا يصلي، فوجبت عليه صلاة فصلاها.

الثامنة، أحاله الغريم بحقه، ففارقه، فإنه يحنث. وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. وقال أبو حنيفة، ومحمد: لا يحنث. لأنه قد برئ إليه منه ولنا، أنه ما استوفى حقه منه، بدليل أنه لم يصل إليه شيء، ولذلك يملك المطالبة به، فحنث، كما لو لم يحله. فإن ظن أنه قد بر بذلك، ففارقه، فقال أبو الخطاب: يخرج على الروايتين. والصحيح أنه يحنث؛ لأن هذا جهل بحكم الشرع فيه، فلا يسقط عنه الحنث، كما لو جهل كون هذه اليمين موجبة للكفارة.

فأما إن كانت يمينه: لا فارقتك ولي قبلك حق. فأحاله به، ففارقه، لم يحنث؛ لأنه لم يبق له قبله حق. وإن أخذ به ضمينا أو كفيلا أو رهنا، ففارقه، حنث، بلا إشكال؛ لأنه يملك مطالبة الغريم. التاسعة، قضاه عن حقه عوضا عنه، ثم فارقه. فقال ابن حامد: لا يحنث. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه قد قضاه. حقه وبرئ إليه منه بالقضاء.

وقال القاضي: يحنث؛ لأن يمينه على نفس الحق، وهذا بدله. وإن كانت يمينه: لا فارقتك حتى تبرأ من حقي، أو: لي قبلك حق. لم يحنث، وجها واحدا؛ لأنه لم يبق له قبله حق، وهذا مذهب الشافعي. والأول أصح؛ لأنه قد استوفى حقه. العاشرة، وكل وكيلا يستوفي له حقه، فإن فارقه قبل استيفاء الوكيل، حنث؛ لأنه فارقه قبل استيفاء حقه. وإن استوفى الوكيل، ثم فارقه، لم يحنث؛ لأن استيفاء وكيله استيفاء له، يبرأ به غريمه، ويصير في ضمان الموكل.

[فصل: قال: لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك فأكره على فراقه]

(٨١٢٣) فصل: فأما إن قال: لا فارقتني حتى أستوفي حقي منك. نظرت؛ فإن فارقه المحلوف عليه مختارا، حنث. وإن أكره على فراقه، لم يحنث. وإن فارقه الحالف مختارا، حنث، إلا على ما ذكره القاضي

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٩٢

في تأويل كلام الخرقي، وهو مذهب الشافعي، وسائر الفروع تأتي هاهنا على نحو ما ذكرناه.

[فصل: كانت يمينه لا افترقنا فهرب منه المحلوف عليه]
(٨١٢٤) فصل: وإن كانت يمينه: لا افترقنا فهرب منه المحلوف عليه، حنث؛ لأن يمينه تقتضي ألا تحصل بينهما فرقة بوجه، وقد حصلت الفرقة بهربه. وإن أكرها على الفرقة، لم يحنث، إلا على قول من لم ير الإكراه عذرا.

[فصل: حلف لا فارقتك حتى أوفيك حقك فأبرأه الغريم منه]
(٨١٢٥) فصل: فإن حلف: لا فارقتك حتى أوفيك حقك. فأبرأه الغريم منه، فهل يحنث؟ على وجهين؛ بناء على المكره. وإن كان الحق عينا، فوهبها له الغريم، فقبلها، حنث؛ لأنه ترك إيفاءها له باختياره. وإن قبضها منه، ثم وهبها إياه، لم يحنث. وإن كانت يمينه: لا فارقتك ولك قبلي حق. لم يحنث إذا أبرأه، أو وهب العين له.." (١)

"كالزعرور الأحمر، وثمر القيقب، والعفص، وحب الآس، ونحوه، وإن كان فيها ما يستطاب، كحب الصنوبر، فهو فاكهة؛ لأنه ثمرة شجرة يتفكه به. (٨١٣٩) فصل: فأما القثاء، والخيار، والقرع، والباذنجان، فهو من الخضر، وليس بفاكهة. وفي البطيخ وجهان؛ أحدهما، هو من الفاكهة. ذكره القاضي. وهو قول الشافعي، وأبي ثور لأنه ينضج ويحلو، أشبه ثمر الشجر.
والثاني، ليس من الفاكهة؛ لأنه ثمر بقلة، أشبه الخيار والقثاء. وأما ما يكون في الأرض، كالجزر، واللفت، والفجل، والقلقاس، والسوطل، ونحوه، فليس شيء من ذلك فاكهة؛ لأنه لا يسمى بها، ولا هو في معناها.

[فصل حلف لا يأكل أدما]
(٨١٤٠) فصل: وإن حلف لا يأكل أدما، حنث بأكل كل ما جرت العادة بأكل الخبز به؛ لأن هذا معنى التأدم، وسواء في هذا ما يصطبغ، كالطبيخ والمرق والخل والزيت والسمن والشيرج واللبن، قال الله تعالى في الزيت: ﴿وصبغ للآكلين﴾ [المؤمنون: ٢٠] . وقال - عليه السلام -: «نعم الإدام الخل» . وقال: «ائتدموا بالزيت، وادهنوا به، فإنه من شجرة مباركة» . رواه ابن ماجه. أو من الجامدات، كالشواء والجبن والباقلاء والزيتون والبيض.

---
(١) المغني لابن قدامة ٩/٥٩٣

وبهذا قال الشافعي، وأبو ثور. وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف: ما لا يصطبغ به فليس بأدم؛ لأن كل واحد منهما يرفع إلى الفم منفردا. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «سيد الإدام اللحم» . وقال: «سيد إدامكم الملح» . رواه ابن ماجه. لأنه يؤكل به الخبز عادة، فكان أدما، كالذي يصطبغ به، ولأن كثيرا مما ذكرنا لا يؤكل." (١)

"وإن أكل حبا يقتات خبزه، حنث؛ لأنه يسمى قوتا، ولذلك روي أن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يدخر قوت عياله لسنة. وإنما يدخر الحب. ويحتمل أن لا يحنث؛ لأنه لا يقتات كذلك. وإن أكل عنبا، أو حصرما، أو خلا، لم يحنث؛ لأنه لم يصر قوتا.

[فصل حلف لا يملك مالا]

(٨١٤٣) فصل: وإن حلف لا يملك مالا، حنث بملك كل ما يسمى مالا، سواء كان من الأثمان، أو غيرها من العقار والأثاث والحيوان. وبهذا قال الشافعي. وعن أحمد، أنه إذا نذر الصدقة بجميع ماله، إنما يتناول نذره الصامت من ماله. ذكرها ابن أبي موسى؛ لأن إطلاق المال ينصرف إليه.

وقال أبو حنيفة: لا يحنث إلا إن ملك مالا زكويا، استحسانا؛ لأن الله – تعالى قال: ﴿وفي أموالهم حق للسائل والمحروم﴾ [الذاريات: ١٩] . فلم يتناول إلا الزكوية. **ولنا**، أن غير الزكوية أموال، قال الله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] . وهي مما يجوز ابتغاء النكاح بها. وقال أبو طلحة للنبي – صلى الله عليه وسلم –: إن أحب أموالي إلي بيرحاء. يعني حديقة. وقال عمر: أصبت مالا بأرض خيبر، لم أصب مالا قط أنفس عندي منه. وقال أبو قتادة: اشتريت مخرفا، فكان أول مال تأثلته. وفي الحديث: «خير المال سكة مأبورة، أو مهرة مأمورة» . ويقال: خير المال عين خرارة، في أرض خوارة. ولأنه." (٢)

"يسمى مالا، فحنث به، كالزكوي.

وأما قوله: ﴿وفي أموالهم حق﴾ [الذاريات: ١٩] . فالحق هاهنا غير الزكاة، لأن هذه الآية مكية، نزلت قبل فرض الزكاة، فإن الزكاة إنما فرضت بالمدينة، ثم لو كان الحق الزكاة، فلا حجة فيها، فإن الحق إذا كان في بعض المال، فهو في المال، كما أن من هو في بيت من دار، أو في بلدة، فهو في الدار والبلدة، قال الله تعالى: ﴿وفي السماء رزقكم وما توعدون﴾ [الذاريات: ٢٢] . ولا يلزم أن يكون في كل أقطارها. ثم لو

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٠١/٩

(٢) المغني لابن قدامة ٦٠٤/٩

اقتضى هذا العموم، لوجب تخصيصه، فإن ما دون النصاب مال، ولا زكاة فيه.

فإن حلف لا مال له، وله دين، حنث. ذكره أبو الخطاب. وهو قول الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يحنث؛ لأنه لا ينتفع به. **ولنا**، أنه ينعقد عليه حول الزكاة، ويصح إخراجها عنه، ويصح التصرف فيه بالإبراء، والحوالة، والمعاوضة عنه لمن هو في ذمته، والتوكيل في استيفائه، فيحنث به، كالمودع. وإن كان له مال مغصوب، حنث؛ لأنه باق على ملكه. وإن كان له مال ضائع، ففيه وجهان؛ أحدهما: يحنث؛ لأن الأصل بقاؤه على ملكه.

والثاني، لا يحنث؛ لأنه لا يعلم بقاؤه. وإن ضاع على وجه قد يئس من عوده، كالذي يسقط في بحر، لم يحنث؛ لأن وجوده كعدمه. ويحتمل أن لا يحنث في كل موضع لا يقدر على أخذ ماله، كالمجحود، والمغصوب، والذي على غير مليء؛ لأنه لا نفع فيه، وحكمه حكم المعدوم، في جواز الأخذ من الزكاة، وانتفاء وجوب أدائها عليه عنه. وإن تزوج لم يحنث؛ لأن ما يملكه ليس بمال. وإن وجب له حق شفعة، لم يحنث؛ لأنه لم يثبت له الملك به. وإن استأجر عقارا أو غيره، لم يحنث؛ لأنه لا يسمى مالكا لمال.

[مسألة حلف لا يأكل لحما فأكل الشحم أو المخ أو الدماغ]

(٨١٤٤) مسألة؛ قال: (ولو حلف لا يأكل لحما، فأكل الشحم، أو المخ، أو الدماغ، لم يحنث، إلا أن يكون أراد اجتناب الدسم، فيحنث بأكل الشحم) وجملته أن الحالف على ترك أكل اللحم، لا يحنث بأكل ما ليس بلحم، من الشحم والمخ، وهو الذي في العظام، والدماغ، وهو الذي في الرأس في قحفه، ولا الكبد والطحال، والرئة، والقلب، والكرش، والمصران، والقانصة، ونحوها. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة، ومالك: يحنث بأكل هذا كله؛ لأنه لحم حقيقة، ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم، فأشبه لحم الفخذ.." (١)

"[مسألة حلف ألا يأكل لحما ولم يرد لحما بعينه]

(٨١٥٠) مسألة؛ قال: (وإذا حلف ألا يأكل لحما، ولم يرد لحما بعينه، فأكل من لحم الأنعام، أو الطيور، أو السمك، حنث) أما إذا أكل من لحم الأنعام أو الصيد أو الطائر، فإنه يحنث، في قول عامة علماء الأمصار.

وأما السمك، فظاهر المذهب أنه يحنث بأكله. وبهذا قال قتادة، والثوري، ومالك، وأبو يوسف. وقال ابن

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦٠٥

أبي موسى، في " الإرشاد ": لا يحنث به، إلا أن ينويه. وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وأبي ثور؛ لأنه لا ينصرف إليه إطلاق اسم اللحم، ولو وكل وكيلا في شراء اللحم، فاشترى له سمكا، لم يلزمه، ويصح أن ينفي عنه الاسم، فيقول: ما أكلت لحما، وإنما أكلت سمكا.

فلم يتعلق به الحنث عند الإطلاق، كما لو حلف: لا قعدت تحت سقف. فإنه لا يحنث بالقعود تحت السماء، وقد سماها الله تعالى ﴿سقفا محفوظا﴾ [الأنبياء: ٣٢] لأنه مجاز، كذا هاهنا. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا﴾ [النحل: ١٤] . وقال: ﴿ومن كل تأكلون لحما طريا﴾ [فاطر: ١٢] . ولأنه من جسم حيوان، ويسمى لحما، فحنث بأكله، كلحم الطائر، وما ذكروه يبطل بلحم الطائر.

وأما السماء، فإن الحالف ألا يقعد تحت سقف، لا يمكنه التحرز من القعود تحتها، فيعلم أنه لم يردها بيمينه، ولأن التسمية ثم مجاز، وها هنا هي حقيقة؛ لكونه من جسم حيوان يصلح للأكل، فكان الاسم فيه حقيقة، كلحم الطائر، حيث قال الله تعالى: ﴿ولحم طير مما يشتهون﴾ [الواقعة: ٢١] .

(٨١٥١) فصل: ويحنث بأكل اللحم المحرم، كلحم الميتة والخنزير والمغصوب. وبه قال أبو حنيفة. وقال الشافعي، في أحد الوجهين: لا يحنث بأكل المحرم بأصله؛ لأن يمينه تنصرف إلى ما يحل لا إلى ما يحرم، فلم يحنث بما لا يحل، كما لو حلف لا يبيع، فباع بيعا فاسدا، لم يحنث.

ولنا، أن هذا لحم حقيقة وعرفا، فيحنث بأكله، كالمغصوب، وقد سماه الله - تعالى - لحما، فقال: ﴿ولحم الخنزير﴾ [البقرة: ١٧٣] . وما ذكروه يبطل بما إذا حلف لا يلبس ثوبا، فلبس ثوب حرير. وأما البيع الفاسد، فلا يحنث به؛ لأنه ليس ببيع في الحقيقة.

[فصل والأسماء في كتاب الأيمان تنقسم إلى ستة أقسام اليمين]

(٨١٥٢) فصل: والأسماء تنقسم إلى ستة أقسام؛." (١)

"وقال أبو الخطاب: يحنث؛ لأن الشم إنما هو للرائحة دون الذات، ورائحة الورد والبنفسج موجودة فيهما. وقال أبو حنيفة: يحنث بشم دهن البنفسج؛ لأنه يسمى بنفسجا، ولا يحنث بشم ماء الورد؛ لأنه لا يسمى وردا.

والأول أقرب إلى الصحة، إن شاء الله تعالى. وإن شم الورد والبنفسج اليابس، حنث. وقال بعض أصحاب

---

(١) المغني لابن قدامة ٦٠٨/٩

الشافعي: لا يحنث، كما لو حلف لا يأكل رطبا، فأكل تمرا. **ولنا**، أن حقيقته باقية، فحنث به كما لو حلف لا يأكل لحما، فأكل قديدا، وفارق ما ذكروه، فإن التمر ليس رطبا. وإن حلف لا يأكل شواء، حنث بأكل اللحم المشوي، دون غيره من البيض المشوي وما عداه. وبه قال أصحاب الرأي.

وقال أبو يوسف، وابن المنذر: يحنث بأكل كل ما يشوى؛ لأنه شواء. **ولنا**، أن هذا لا يسمى شواء، فلم يحنث بأكله، كالمطبوخ، وقولهم: هو شواء في الحقيقة. قلنا: لكنه لا يسمى شواء في العرف، والظاهر أنه إنما يريد المسمى شواء في عرفهم. و إن حلف لا يدخل بيتا، فدخل مسجدا، أو حماما، فإنه يحنث. نص عليه أحمد. ويحتمل أن لا يحنث.

وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأنه لا يسمى بيتا في العرف، فأشبه ما قبله من الأنواع. والأول المذهب، لأنهما بيتان حقيقة، وقد سمى الله المساجد بيوتا، فقال: ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع﴾ [النور: ٣٦] . وقال: ﴿إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا﴾ [آل عمران: ٩٦] . وروي في حديث: «المسجد بيت كل تقي» . وروي في خبر: " بئس البيت الحمام ". وإذا كان بيتا في الحقيقة، ويسميه الشارع بيتا، حنث بدخوله، كبيت الإنسان، ولا نسلم أنه من الأنواع، فإن هذا يسمى بيتا في العرف، بخلاف الذي قبله.

وإن دخل بيتا من شعر، أو غيره، حنث، سواء كان الحالف حضريا أو بدويا، فإن اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفا، قال الله تعالى: ﴿والله جعل لكم من بيوتكم سكنا وجعل لكم من جلود الأنعام بيوتا تستخفونها يوم ظعنكم﴾ [النحل: ٨٠] .

فأما ما لا يسمى في العرف بيتا، كالخيمة، فالأولى أن لا يحنث بدخوله من لا يسميه بيتا؛ لأن يمينه لا تنصرف إليه. وإن دخل دهليز دار أو صفتها، لم يحنث. وهو قول بعض أصحاب الشافعي. وقال أبو حنيفة يحنث؛ لأن جميع الدار بيت.." (١)

"**ولنا**، أنه لا يسمى بيتا، ولهذا يقال: ما دخلت البيت، إنما وقفت في الصحن. وإن حلف لا يركب، فركب سفينة، فقال أبو الخطاب: يحنث؛ لأنه ركوب، قال الله – تعالى: ﴿اركبوا فيها بسم الله مجراها﴾ [هود: ٤١] . وقال: ﴿فإذا ركبوا في الفلك﴾ [العنكبوت: ٦٥] . الضرب الثالث، أن يكون الاسم المحلوف عليه عاما، لكن أضاف إليه فعلا لم تجر العادة به، إلا في بعضه، أو اشتهر في البعض دون البعض، مثل أن يحلف أن لا يأكل رأسا، فإنه يحنث بأكل رأس كل حيوان من النعم والصيود والطيور والحيتان والجراد.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦١٠

ذكره القاضي.

وقال أبو الخطاب: لا يحنث إلا بأكل رأس جرت العادة ببيعه للأكل منفردا. وقال الشافعي: لا يحنث إلا بأكل رءوس بهيمة الأنعام دون غيرها، إلا أن يكون في بلد تكثر فيه الصيود، وتميز رءوسها، فيحنث بأكلها. وقال أبو حنيفة: لا يحنث بأكل رءوس الإبل؛ لأن العادة لم تجر ببيعها مفردة. وقال صاحباه: لا يحنث إلا بأكل رءوس الغنم؛ لأنها التي تباع في الأسواق دون غيرها، فيمينه تنصرف إليها.

ووجه الأول، أن هذه رءوس – حقيقة وعرفا – مأكولة، فحنث بأكلها، كما لو حلف لا يأكل لحما، فأكل من لحم النعام والزرافة، وما يندر وجوده وبيعه، ومن ذلك إذا حلف لا يأكل بيضا، حنث بأكل بيض كل حيوان، سواء كثر وجوده، كبيض الدجاج، أو قل وجوده كبيض النعام. وبهذا قال الشافعي.

وقال أصحاب الرأي: لا يحنث بأكل بيض النعام. وقال أبو ثور: لا يحنث إلا بأكل بيض الدجاج، وما يباع في السوق. **ولنا**، أن هذا كله بيض حقيقة وعرفا، وهو مأكول، فيحنث بأكله، كبيض الدجاج، ولأنه لو حلف لا يشرب ماء، فشرب ماء البحر، أو ماء نجسا، أو لا يأكل خبزا، فأكل الأرز أو الذرة، في مكان لا يعتاد أكله فيه، حنث.

فأما إن أكل بيض السمك أو الجراد، فقال القاضي: يحنث؛ لأنه بيض حيوان، أشبه بيض النعام. وقال أبو الخطاب: لا يحنث إلا بأكل بيض يزايل بائضه في الحياة. وهذا قول الشافعي، وأبي ثور، وأصحاب الرأي، وأكثر العلماء. وهو الصحيح؛ لأن هذا لا يفهم من إطلاق اسم البيض، ولا يذكر إلا مضافا إلى بائضه، ولا يحنث بأكل شيء يسمى بيضا غير بيض الحيوان، ولا بأكل شيء يسمى رأسا غير رءوس الحيوان؛ لأن ذلك ليس برأس ولا بيض في الحقيقة، والله أعلم.

[مسألة حلف ألا يأكل سويقا فشربه أو لا يشربه فأكله]

(٨١٥٣) مسألة؛ قال: (وإن حلف ألا يأكل سويقا، فشربه، أو لا يشربه، فأكله، حنث، إلا أن تكون له نية) وجملته أن من حلف لا يأكل شيئا، فشربه، أو لا يشربه، فأكله، فقد نقل عن أحمد، ما يدل على روايتين؛." (١)

"[فصل حلف لا يكلمه ثم وصل يمينه بكلامه]

(٨١٦٤) فصل: فإن حلف لا يكلمه. ثم وصل يمينه بكلامه، مثل أن قال: فتحقق ذلك، أو فاذهب.

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦١١

فقال أصحابنا: يحنث. وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يحنث بالقليل؛ لأن هذا تمام الكلام الأول، والذي يقتضيه يمينه أن لا يكلمه كلاما مستأنفا.

واحتج أصحابنا بأن هذا القليل كلام منه له حقيقة، وقد وجد بعد يمينه، فيحنث به، كما لو فصله، ولأن ما يحنث به إذا فصله، يحنث به إذا وصله، كالكثير. وقولهم: إن اليمين يقتضي خطابا مستأنفا. قلنا: هذا الخطاب مستأنف، غير الأول، بدليل أنه لو قطعه حنث به. وقياس المذهب أنه لا يحنث؛ لأن قرينة صلته هذا الكلام بيمينه، تدل على إرادة كلام يستأنفه بعد انقضاء هذا الكلام المتصل، فلا يحنث به، كما لو وجدت النية حقيقة. وإن نوى كلاما غير هذا، لم يحنث بهذا في المذهبين.

[فصل صلى بالمحلوف عليه ألا يكلمه إماما ثم سلم من الصلاة]

(٨١٦٥) فصل: وإن صلى بالمحلوف عليه إماما، ثم سلم من الصلاة، لم يحنث. نص عليه أحمد. وبه قال أبو حنيفة. وقال أصحاب الشافعي: يحنث لأنه شرع له أن ينوي السلام على الحاضرين. **ولنا**، أنه قول مشروع في الصلاة، فلم يحنث به، كتكبيرها، وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة في السلام. وإن ارتج عليه في الصلاة، ففتح عليه الحالف، لم يحنث لأن ذلك كلام الله تعالى، وليس بكلام الآدميين.

[فصل حلف لا يتكلم فقرأ]

(٨١٦٦) فصل: وإن حلف لا يتكلم، فقرأ، لم يحنث. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إن قرأ في الصلاة، لم يحنث، وإن قرأ خارجا منها، حنث لأنه يتكلم بكلام الله. وإن ذكر الله - تعالى، لم يحنث. ومقتضى مذهب أبي حنيفة أنه يحنث؛ لأنه كلام، قال الله تعالى: ﴿وألزمهم كلمة التقوى﴾ [الفتح: ٢٦] . وقال النبي - صلى الله عليه وسلم - «أفضل الكلام أربع؛ سبحان الله، والحمد لله، ولا إله إلا الله، والله أكبر» . وقال «كلمتان خفيفتان على اللسان، ثقيلتان في الميزان، حبيبتان إلى الرحمن، سبحان الله وبحمده، وسبحان الله العظيم» .

ولنا، أن الكلام في العرف لا يطلق إلا على كلام الآدميين، ولهذا لما قال النبي - صلى الله عليه وسلم - : «إن الله يحدث من أمره ما يشاء، وإنه قد أحدث أن لا تتكلموا في الصلاة» . لم يتناول المختلف فيه.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٦١٨

"ونذر المعصية،، أن يقول: لله علي أن أشرب الخمر، أو أقتل النفس المحرمة. وما أشبهه، فلا يفعل ذلك، ويكفر كفارة يمين؛ وإذا قال: لله علي أن أركب دابتي، أو أسكن داري، أو ألبس أحسن ثيابي. وما أشبهه، لم يكن هذا نذر طاعة ولا معصية، فإن لم يفعله كفر كفارة يمين؛ لأن النذر كاليمين.

وإذا نذر أن يطلق زوجته، استحب له أن لا يطلقها، ويكفر كفارة يمين. وجملته أن النذر سبعة أقسام؛ أحدها، نذر اللجاج والغضب، وهو الذي يخرجه مخرج اليمين، للحث على فعل شيء أو المنع منه، غير قاصد به للنذر، ولا القربة، فهذا حكمه حكم اليمين، وقد ذكرناه في باب الأيمان.

والقسم الثاني، نذر طاعة وتبرر؛ مثل الذي ذكر الخرقي. فهذا يلزم الوفاء به؛ للآيتين والخبرين، وهو ثلاثة أنواع؛ أحدها، التزام طاعة في مقابلة نعمة استجلبها، أو نقمة استدفعها، كقوله: إن شفاني الله، فلله علي صوم شهر. فتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل في الوجوب بالشرع، كالصوم والصلاة والصدقة والحج، فهذا يلزم الوفاء به، بإجماع أهل العلم.

النوع الثاني، التزام طاعة من غير شرط، كقوله ابتداء: لله علي صوم شهر. فيلزمه الوفاء به في قول أكثر أهل العلم. وهو قول أهل العراق. وظاهر مذهب الشافعي. وقال بعض أصحابه لا يلزم الوفاء به؛ لأن أبا عمر غلام ثعلب قال: النذر عند العرب وعد. بشرط. ولأن ما التزمه الآدمي بعوض، يلزمه بالعقد، كالمبيع والمستأجر، وما التزمه بغير عوض لا يلزمه بمجرد العقد كالهبة.

النوع الثالث، نذر طاعة لا أصل لها في الوجوب، كالاعتكاف وعيادة المريض، فيلزم الوفاء به؛ لأن النذر فرع على المشروع، فلا يجب به ما لا يجب له نظير بأصل الشرع. **ولنا**: قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من نذر أن يطيع الله فليطعه» . وذمه الذين ينذرون." (١)

"فأما أحاديثهم، فمعناها لا وفاء بالنذر في معصية الله. وهذا لا خلاف فيه، وقد جاء مصرحا به هكذا في رواية مسلم. ويدل على هذا أيضا أن في سياق الحديث: «ولا يمين في قطيعة رحم» . يعني لا يبر فيها.

ولو لم يبين الكفارة في أحاديثهم، فقد بينها في أحاديثنا فإن فعل ما نذره من المعصية، فلا كفارة عليه. كما لو حلف ليفعلن معصية، ففعلها. ويحتمل أن تلزمه الكفارة حتما؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – عين فيه الكفارة، ونهى عن فعل المعصية.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/١٠

[القسم الخامس المباح من أقسام النذر]

القسم الخامس، المباح؛ كلبس الثوب، وركوب الدابة، وطلاق المرأة على وجه مباح، فهذا يتخير الناذر فيه، بين فعله فيبر بذلك؛ لما روي «أن امرأة أتت النبي – صلى الله عليه وسلم – فقالت: إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف. فقال رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: أوف بنذرك.» رواه أبو داود. ولأنه لو حلف على فعل مباح بر بفعله، فكذلك إذا نذره؛ لأن النذر كاليمين. وإن شاء تركه وعليه كفارة يمين.

ويتخرج أن لا كفارة فيه؛ فإن أصحابنا، قالوا فيمن نذر أن يعتكف أو يصلي في مسجد معين: كان له أن يصلي ويعتكف في غيره، ولا كفارة، ومن نذر أن يتصدق بماله كله، أجزأته الصدقة بثلثه بلا كفارة. وهذا مثله. وقال مالك والشافعي: لا ينعقد نذره؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا نذر إلا فيما ابتغي به وجه الله» .

وقد روى ابن عباس، قال: «بينا النبي – صلى الله عليه وسلم – يخطب، إذ هو برجل قائم، فسأل عنه، فقالوا: أبو إسرائيل، نذر أن يقوم في الشمس، ولا يستظل، ولا يتكلم، ويصوم. فقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: مروه فليستظل وليجلس، وليتكلم، وليتم صومه» رواه البخاري.

وعن أنس قال: «نذرت امرأة أن تمشي إلى بيت الله الحرام، فسئل نبي الله – صلى الله عليه وسلم – عن ذلك، فقال: إن الله لغني عن مشيها، مروها فلتركب« . قال الترمذي: هذا حديث صحيح. ولم يأمر بكفارة.

وروي «أن النبي – صلى الله عليه وسلم – رأى رجلا يهادى بين اثنين، فسأل عنه، فقالوا: نذر أن يحج ماشيا. فقال: إن الله لغني عن تعذيب هذا نفسه، مروه فليركب.» متفق عليه. ولم يأمره بكفارة، ولأنه نذر غير موجب لفعل ما نذره، فلم يوجب كفارة، كنذر المستحيل. **ولنا**، ما تقدم في القسم الذي قبله.

فأما حديث التي نذرت المشي، فقد أمر فيه بالكفارة في حديث آخر، وروى عقبة بن عامر، أن «أخته." (١)

"وقال أصحاب الشافعي: يلزمه دم لترفهه بترك الإنفاق وقد تبينا أن الواجب بترك النذر الكفارة دون الهدي، إلا أن هذا إذا مشى ولم يركب مع إمكانه، لم يلزمه أكثر من كفارة؛ لأن الركوب في نفسه ليس بطاعة ولا قربة.

وكل موضع نذر المشي فيه أو الركوب فإنه يلزمه الإتيان بذلك من دويرة أهله، إلا أن ينوي موضعا بعينه، فيلزمه من ذلك الموضع؛ لأن النذر محمول على أصله في الفرض، والحج المفروض بأصل الشرع يجب

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٧

كذلك. ويحرم للمنذور من حيث يحرم للواجب. قال بعض الشافعية: يجب الإحرام من دويرة أهله؛ لأن إتمام الحج كذلك.

ولنا، أن المطلق محمول على المعهود في الشرع والإحرام الواجب إنما هو من الميقات، ويلزمه المنذور من المشي أو الركوب في الحج أو العمرة إلى أن يتحلل؛ لأن ذلك انقضاء الحج والعمرة. قال أحمد: يركب في الحج إذا رمى، وفي العمرة إذا سعى؛ لأنه لو وطئ بعد ذلك، لم يفسد حجا ولا عمرة. وهذا يدل على أنه إنما يلزمه في الحج التحلل الأول.

[فصل نذر المشي إلى بيت الله أو الركوب إليه ولم يرد بذلك حقيقة المشي والركوب]

(٨١٨٤) فصل: وإذا نذر المشي إلى بيت الله، أو الركوب إليه، ولم يرد بذلك حقيقة المشي والركوب، إنما أراد إتيانه لزمه إتيانه، لزمه في حج أو عمرة، ولم يتعين عليه مشي ولا ركوب؛ لأنه عنى ذلك بنذره، وهو محتمل له، فأشبه ما لو صرح به. ولو نذر أن يأتي بيت الله الحرام، أو يذهب إليه، لزمه إتيانه في حج أو عمرة. وعن أبي حنيفة: لا يلزمه شيء؛ لأن مجرد إتيانه ليس بقربة ولا طاعة.

ولنا؛ أنه علق نذره بوصول البيت، فلزمه، كما لو قال: لله علي المشي إلى الكعبة. إذا ثبت هذا، فهو مخير في المشي والركوب. وكذلك إذا نذر أن يحج البيت أو يزوره؛ لأن الحج يحصل بكل واحد من الأمرين، فلم يتعين أحدهما، وإن قال: لله علي أن آتي البيت الحرام، غير حاج ولا معتمر. لزمه الحج والعمرة، وسقط شرطه. وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي؛ لأن قوله: لله علي أن آتي البيت. يقتضي حجا أو عمرة، وشرط سقوط ذلك يناقض نذره، فسقط حكمه.

[فصل نذر المشي إلى البلد الحرام أو بقعة منه]

(٨١٨٥) فصل: إذا نذر المشي إلى البلد الحرام، أو بقعة منه، كالصفا والمروة وأبي قبيس، أو موضع في الحرم، لزمه الحج أو عمرة. نص عليه أحمد. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يلزمه إلا أن ينذر المشي إلى الكعبة، أو إلى مكة. وقال أبو يوسف، ومحمد إن نذر المشي إلى الحرم، أو إلى المسجد الحرام كقولنا، وفي باقي الصور كقول أبي حنيفة ولنا، أنه نذر المشي إلى موضع من الحرم أشبه النذر إلى مكة. فأما إن نذر المشي إلى غير الحرم، كعرفة،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٥

"ولنا، أن النذر يمين، فينعقد في الواجب موجبا للكفارة، كاليمين بالله تعالى.

[فصل نذر أن يحج العام وعليه حجة الإسلام]

(٨١٩٦) فصل: ونقل عن أحمد، فيمن نذر أن يحج العام، وعليه حجة الإسلام، روايتان؛ إحداهما، تجزئه حجة الإسلام عنها وعن نذره. نقلها أبو طالب. والثانية، ينعقد نذره موجبا لحجة غير حجة الإسلام يبدأ بحجة الإسلام، ثم يقضي نذره. نقلها ابن منصور؛ لأنهما عبادتان تجبان بسببين مختلفين، فلم تسقط إحداهما بالأخرى، كما لو نذر حجتين، ووجه الأولى، أنه نذر عبادة في وقت معين، وقد أتى بها فيه، فأشبه ما لو قال: لله علي أن أصوم رمضان.

[فصل قال لله على أن أصوم شهرا فنوى صيام شهر رمضان لنذره ورمضان]

(٨١٩٧) فصل: فإن قال: لله علي أن أصوم شهرا. فنوى صيام شهر رمضان، لنذره ورمضان، لم يجزئه؛ لأن شهر رمضان واجب بفرض الله تعالى، ونذره يقتضي إيجاب شهر، فيجب شهران بسببين، ولا يجزئ أحدهما عن الآخر، كما لو نذر صوم شهرين، وكما لو نذر أن يصلي ركعتين، لم تجزئه صلاة الفجر عن نذره، وعن صلاة الفجر.

[مسألة نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم يوم فطر أو أضحى]

(٨١٩٨) مسألة؛ قال: (وإذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان، فقدم يوم فطر، أو أضحى، لم يصمه، وصام يوما مكانه، وكفر كفارة يمين) وجملته أن من نذر أن يصوم يوم يقدم فلان، فإن نذره صحيح.

وهو قول أبي حنيفة، وأحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: لا يصح نذره؛ لأنه لا يمكن صومه بعد وجود شرطه، فلم يصح، كما لو قال: لله علي أن أصوم اليوم الذي قبل اليوم الذي يقدم فيه. ولنا، أنه زمن صح فيه صوم التطوع، فانعقد نذره لصومه، كما لو أصبح صائما تطوعا، قال: لله علي أن أصوم يومي.

وقولهم: لا يمكن صومه. لا يصح فإنه قد يعلم اليوم الذي يقدم فيه قبل قدومه، فينوي صومه من الليل، لأنه قد يجب عليه ما لا يمكنه، كالصبي يبلغ في أثناء يوم من رمضان، أو الحائض تطهر فيه، ولا نسلم ما قاسوا عليه، إذا ثبتت صحته، ولا يخلو من أقسام خمسة: أحدها، أن يعلم قدومه من الليل، فينوي صومه، ويكون يوما يجوز فيه صوم النذر فيصح صومه ويجزئه؛ لأنه وفى بنذره.

الثاني، أن يقدم يوم فطر أو أضحى، فاختلفت الرواية عن أحمد، في هذه المسألة؛ فعنه: لا يصومه، ويقضي، ويكفر. نقله عن أحمد جماعة. وهو قول أكثر أصحابنا، ومذهب الحكم، وحماد.." [1]

"[مسألة نذر أن يصوم شهرا بعينه فأفطر يوما بغير عذر]

(٨٢٠٧) مسألة؛ قال: (ومن نذر أن يصوم شهرا بعينه، فأفطر يوما بغير عذر، ابتدأ شهرا، وكفر كفارة يمين) وجملته أنه إذا نذر صوم شهر معين، فأفطر في أثنائه، لم يخل من حالين؛ أحدهما، أفطر لغير عذر، ففيه روايتان؛ إحداهما، يقطع صومه، ويلزمه استئنافه؛ لأنه صوم يجب متتابعا بالنذر، فأبطله الفطر لغير عذر، كما لو شرط التتابع، وفارق رمضان؛ فإن تتابعه بالشرع لا بالنذر، وها هنا أوجبه على نفسه على صفة ثم فوتها، فأشبه ما لو شرطه متتابعا.

الثانية، لا يلزمه الاستئناف، إلا أن يكون قد شرط التتابع. وهذا قول الشافعي؛ لأن وجوب التتابع ضرورة التعيين لا بالشرط، فلم يبطله الفطر في أثنائه، كشهر رمضان، ولأن الاستئناف يجعل الصوم في الوقت الذي لم يعينه، والوفاء بنذره في غير وقته، وتفويت يوم واحد لا يوجب تفويت غيره من الأيام. فعلى هذا، يكفر عن فطره، ويقضي يوما مكانه بعد إتمام صومه. وهذا أقيس، إن شاء الله – تعالى.

وعلى الرواية الأولى، يلزمه الاستئناف عقيب اليوم الذي أفطر فيه، ولا يجوز تأخيره؛ لأن باقي الشهر منذور، ولا يجوز ترك الصوم فيه، وتلزمه كفارة أيضا؛ لإخلاله بصوم هذا اليوم الذي أفطره. الحال الثاني، أفطر لعذر، فإنه يبني على ما مضى من صيامه، ويقضي ويكفر. هذا قياس المذهب.

وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى، أنه لا كفارة عليه. وهذا مذهب مالك، والشافعي، وأبي عبيد؛ لأن المنذور محمول على المشروع، ولو أفطر رمضان لعذر لم يلزمه شيء. **ولنا**، أنه فات ما نذره، فلزمته كفارة؛ لقول النبي – صلى الله عليه وسلم – لأخت عقبة بن عامر: ولتكفر يمينها. وفارق رمضان؛ فإنه لو أفطر لغير عذر، لم تجب عليه كفارة إلا في الجماع (٨٢٠٨) فصل: فإن جن جميع الشهر المعين، لم يلزمه قضاء ولا كفارة.

وقال أبو ثور يلزمه القضاء؛ لأنه من أهل التكليف حالة نذره وقضائه، فلزمه القضاء، كالمغمى عليه. **ولنا**، أنه ليس من أهل التكليف في وقت الوجوب، فلم يلزمه القضاء، كما لو كان في شهر رمضان. وإن حاضت المرأة جميع الزمن المعين، فعليها القضاء؛ وفي الكفارة وجهان.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١/١٠

وقال الشافعي: لا كفارة عليها، وفي القضاء وجهان؛ أحدهما، لا يلزمها النذر؛ لأن زمن الحيض لا يمكن الصوم فيه، ولا يدخل في النذر، كزمن رمضان.." (١)

"**ولنا**، أن المنذور يحمل على المشروع ابتداء، ولو حاضت في شهر رمضان، لزمها القضاء، فكذلك المنذور.

[فصل قال لله علي الحج في عامي هذا فلم يحج لعذر]

(٨٢٠٩) فصل: ولو قال: لله علي الحج في عامي هذا. فلم يحج لعذر أو غيره، فعليه القضاء والكفارة. ويحتمل أن لا كفارة عليه إذا كان معذورا. وقال الشافعي: إن تعذر عليه الحج، لعدم أحد الشرائط السبعة، أو منعه منه سلطان أو عدو، فلا قضاء عليه. وإن حدث به مرض، أو أخطأ عددا، أو نسي، أو توانى، قضاه. **ولنا**، أنه فاته الحج المنذور، فلزمه قضاؤه، كما لو مرض، ولأن المنذور محمول على المشروع ابتداء، ولو فاته المشروع، لزمه قضاؤه، فكذلك المنذور.

[فصل نذر صوم شهر بعينه أو الحج في عام بعينه وفعل ذلك قبله]

(٨٢١٠) فصل: ولو نذر صوم شهر بعينه، أو الحج في عام بعينه، وفعل ذلك قبله، لم يجزئه. وقال أبو يوسف: يجزئه، كما لو حلف ليقضينه حقه في وقت، فقضاه قبله. **ولنا**، أن المنذور محمول على المشروع، ولو صام قبل رمضان لم يجزئه، فكذلك إذا صام المنذور قبله، ولأنه لم يأت بالمنذور في وقته، فلم يجزئه، كما لو لم يفعله أصلا.

[مسألة نذر أن يصوم فمات قبل أن يأتي به]

(٨٢١١) مسألة؛ قال: (ومن نذر أن يصوم، فمات قبل أن يأتي به، صام عنه ورثته من أقاربه، وكذلك كل ما كان من نذر طاعة) يعني من نذر حجا، أو صياما، أو صدقة، أو عتقا، أو اعتكافا، أو صلاة، أو غيره من الطاعات، ومات قبل فعله، فعله الولي عنه.

وعن أحمد في الصلاة: لا يصلى عن الميت؛ لأنها لا بدل لها بحال، وأما سائر الأعمال فيجوز أن ينوب الولي عنه فيها، وليس بواجب عليه، ولكن يستحب له ذلك على سبيل الصلة له والمعروف. وأفتى بذلك

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧/١٠

ابن عباس، في امرأة نذرت أن تمشي إلى قباء، فماتت ولم تقضه، أن تمشي ابنتها عنها.
وروى سعيد، عن سفيان، عن عبد الكريم بن أبي أمية، أنه سأل ابن عباس عن نذر كان على أمه من اعتكاف. قال: صم عنها، واعتكف عنها.
وقال: حدثنا أبو الأحوص عن إبراهيم بن مهاجر، عن عامر بن شعيب، أن عائشة اعتكفت عن أخيها عبد الرحمن بعد ما مات. وقال مالك: لا يمشي أحد عن أحد، ولا يصلي، ولا يصوم عنه، وكذلك سائر أعمال البدن، قياسا على الصلاة.." (١)

"وأما وجه الأول، فلأن من نذر الطواف على أربع، فقد نذر الطواف على يديه ورجليه، فأقيم الطواف الثاني مقام طوافه على يديه.

[فصل نذر صوم الدهر]

(٨٢١٣) فصل: فإن نذر صوم الدهر، لزمه، ولم يدخل في نذره رمضان، ولا أيام العيد والتشريق. فإن أفطر لعذر أو غيره، لم يقضه؛ لأن الزمن مستغرق بالصوم المنذور، ولكن تلزمه كفارة لتركه. وإن لزمه قضاء من رمضان، أو كفارة، قدمه على النذر؛ لأنه واجب بأصل الشرع، فقدم على ما أوجبه على نفسه، كتقديم حجة الإسلام على المنذورة. فإذا لزمته كفارة لتركه صوم يوم، أو أكثر، وكانت كفارته الصيام، احتمل أن لا يجب؛ لأنه لا يمكن التكفير إلا بترك الصوم المنذور، وتركه يوجب كفارة، فيقضي ذلك إلى التسلسل، وترك المنذور بالكلية. ويحتمل أن تجب الكفارة، ولا تجب بفعلها كفارة؛ لأن ترك النذر لعذر لا يوجب كفارة، فلا يقضي إلى التسلسل.

[فصل وصيغة النذر]

(٨٢١٤) فصل: وصيغة النذر أن يقول: لله علي أن أفعل كذا. وإن قال: علي نذر كذا. لزمه أيضا؛ لأنه صرح بلفظ النذر. وإن قال: إن شفاني الله، فعلي صوم شهر. كان نذرا. وإن قال: لله علي المشي إلى بيت الله، قال ابن عمر، في الرجل يقول: علي المشي إلى الكعبة لله. قال: هذا نذر، فليمش. ونحوه عن القاسم بن محمد، ويزيد بن إبراهيم التيمي، ومالك، وجماعة من العلماء.
واختلف فيه عن سعيد بن المسيب، والقاسم بن محمد، فروي عنهما مثل قولهم، وروي عنهما فيمن قال:

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨/١٠

علي المشي إلى بيت الله: فليس بشيء، إلا أن يقول: علي نذر مشي إلى بيت الله. **ولنا**، أن لفظة: " علي " للإيجاب على نفسه، فإذا قال: علي المشي إلى بيت الله. فقد أوجبه على نفسه فلزمه، كما لو قال: هو علي نذر. والله سبحانه وتعالى أعلم.." (١)

"وإن كان البلد قريبا من بلد الإمام، يستفيض إليه ما يجري في بلد الإمام، مثل أن يكون بينهما خمسة أيام أو ما دونها، جاز أن يكتفي بالاستفاضة دون الشهادة؛ لأن الولاية تثبت بالاستفاضة. وبهذا قال الشافعي، إلا أن عنده في ثبوت الولاية بالاستفاضة في البلد القريب وجهين.

وقال أصحاب أبي حنيفة: تثبت بالاستفاضة. ولم يفصلوا بين القريب والبعيد؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – ولى عليا ومعاذا قضاء اليمن وهو بعيد، من غير شهادة، وولى الولاة في البلدان البعيدة وفوض إليهم الولاية والقضاء، ولم يشهد، وكذلك خلفاؤه. ولم ينقل عنهم الإشهاد على تولية القضاء، مع بعد بلدانهم.

ولنا، أن القضاء لا يثبت إلا بأحد الأمرين، وقد تعذرت الاستفاضة في البلد البعيد؛ لعدم وصولها إليه، فتعين الإشهاد، ولا نسلم أن النبي – صلى الله عليه وسلم – لم يشهد على توليته، فإن الظاهر أنه لم يبعث واليا إلا ومعه جماءة، فالظاهر أنه أشهدهم، وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله، وقد قام دليله فتعين وجوده.

[يشترط في القاضي ثلاثة شروط]

(٨٢٢١) مسألة: قال أبو القاسم – رحمه الله تعالى –: (ولا يولى قاض حتى يكون بالغا، عاقلا، مسلما، حرا، عدلا، عالما، فقيها، ورعا) وجملته أنه يشترط في القاضي ثلاثة شروط؛ أحدها، الكمال، وهو نوعان؛ كمال الأحكام، وكمال الخلقة، أما كمال الأحكام فيعتبر في أربعة أشياء؛ أن يكون بالغا عاقلا حرا ذكرا. وحكي عن ابن جرير أنه لا تشترط الذكورية؛ لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية، فيجوز أن تكون قاضية. وقال أبو حنيفة: يجوز أن تكون قاضية في غير الحدود؛ لأنه يجوز أن تكون شاهدة فيه. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة» . ولأن القاضي يحضر محافل الخصوم والرجال، ويحتاج فيه إلى كمال الرأي وتمام العقل والفطنة، والمرأة ناقصة العقل، قليلة الرأي، ليست أهلا للحضور في محافل الرجال، ولا تقبل شهادتها، ولو كان معها ألف امرأة مثلها، ما لم يكن معهن رجل، وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة: ٢٨٢] ولا تصلح للإمامة العظمى، ولا لتولية البلدان؛ ولهذا لم يول النبي – صلى الله عليه وسلم – ولا أحد من

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١/١٠

خلفائه، ولا من بعدهم، امرأة قضاء ولا ولاية بلد، فيما بلغنا، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبا. وأما كمال الخلقة، فأن يكون متكلما سميعا بصيرا؛ لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم، ولا يفهم جميع الناس إشارته، والأصم لا يسمع قول الخصمين، والأعمى لا يعرف المدعي من المدعى عليه، والمقر من المقر له،." (١)

"والشاهد من المشهود له.

وقال بعض أصحاب الشافعي: يجوز أن يكون أعمى؛ لأن شعيبا كان أعمى. ولهم في الأخرس الذي تفهم إشارته وجهان. **ولنا**، أن هذه الحواس تؤثر في الشهادة، فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع؛ وهذا لأن منصب الشهادة دون منصب القضاء، والشاهد يشهد في أشياء يسيرة يحتاج إليه فيها، وربما أحاط بحقيقة علمها، والقاضي ولايته عامة، ويحكم في قضايا الناس عامة، فإذا لم يقبل منه الشهادة، فالقضاء أولى، وما ذكروه عن شعيب فلا نسلم فيه، فإنه لم يثبت أنه كان أعمى، ولو ثبت فيه ذلك، فلا يلزم هاهنا، فإن شعيبا – عليه السلام –، كان من آمن معه من الناس قليلا، وربما لا يحتاجون إلى حكم بينهم لقلتهم وتناصفهم، فلا يكون حجة في مسألتنا.

الشرط الثاني، العدالة، فلا يجوز تولية فاسق، ولا من فيه نقص يمنع الشهادة، وسنذكر ذلك في الشهادة، إن شاء الله – تعالى.

وحكي عن الأصم، أنه قال: يجوز أن يكون القاضي فاسقا؛ لما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «سيكون بعدي أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها، فصلوها لوقتها، واجعلوا صلاتكم معهم سبحة» . **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا﴾ [الحجرات: ٦] . فأمر بالتبين عند قول الفاسق، ولا يجوز أن يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله، ويجب التبين عند حكمه؛ ولأن الفاسق لا يجوز أن يكون شاهدا، فلئلا يكون قاضيا أولى.

فأما الخبر فأخبر بوقوع كونهم أمراء، لا بمشروعيته، والنزاع في صحة توليته، لا في وجودها.

الشرط الثالث، أن يكون من أهل الاجتهاد. وبهذا قال مالك والشافعي، وبعض الحنفية. وقال بعضهم: يجوز أن يكون عاميا فيحكم بالتقليد؛ لأن الغرض منه فصل الخصائم، فإذا أمكنه ذلك بالتقليد جاز، كما يحكم بقول المقومين. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة: ٤٩] . ولم يقل

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦/١٠

بالتقليد، وقال: ﴿لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾ [النساء: ١٠٥] . وقال: ﴿فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول﴾ [النساء: ٥٩] .." [١]

"فسئل أبو بكر عن ميراث الجدة، فقال: ما لك في كتاب الله شيء، ولا أعلم لك في سنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – شيئا، ولكن ارجعي حتى أسأل الناس. ثم قام فقال: أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – في الجدة؟ فقام المغيرة بن شعبة، فقال: أشهد أن رسول الله أعطاها السدس. وسأل عمر عن إملاص المرأة، فأخبره المغيرة بن شعبة أن النبي قضى فيه بغرة» .

ولا يشترط معرفة المسائل التي فرعها المجتهدون في كتبهم، فإن هذه فروع فرعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد، فلا تكون شرطا له وهو سابق عليها.

وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهدا في كل المسائل، بل من عرف أدلة مسألة، وما يتعلق بها، فهو مجتهد فيها، وإن جهل غيرها، كمن يعرف الفرائض وأصولها، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف في مسائل. وقيل: من يجيب في كل مسألة فهو مجنون، وإذا ترك العالم: لا أدري. أصيبت مقاتله.

وحكي أن مالكا سئل عن أربعين مسألة، فقال في ست وثلاثين منها: لا أدري. ولم يخرجه ذلك عن كونه مجتهدا. وإنما المعتبر أصول هذه الأمور، وهو مجموع مدون في فروع الفقه وأصوله، فمن عرف ذلك، ورزق فهمه، كان مجتهدا، له الفتيا وولاية الحكم إذا وليه. والله أعلم.

[فصل كونه كاتبا أي القاضي]

(٨٢٢٢) فصل: ليس من شرط الحاكم كونه كاتبا. وقيل: يشترط ذلك؛ ليعلم ما يكتبه كاتبه، ولا يتمكن من إخفائه عنه. **ولنا**، أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – كان أميا، وهو سيد الحكام، وليس من ضرورة الحاكم الكتابة، فلا تعتبر شروطها، وإن احتاج إلى ذلك جاز توليته لمن يعرفه، كما أنه قد يحتاج إلى القسمة بين الناس، وليس من شرطه معرفة المساحة، ويحتاج إلى التقويم، وليس من شرط القضاء أن يكون عالما بقيمة الأشياء، ولا معرفته بعيوب كل شيء.

[فصل خصال القاضي]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٧/١٠

فصل: وينبغي أن يكون الحاكم قويا من غير عنف، لينا من غير ضعف، لا يطمع القوي في باطله، ولا ييأس." (١)

"وأول ما يبدأ فيه من أمر الحكم، أن يبعث إلى الحاكم المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم؛ وهو ما فيه وثائق الناس من المحاضر، وهي نسخ ما ثبت عند الحاكم، والسجلات نسخ ما حكم به، وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم مودعة في ديوان الحكم، فكانت عنده بحكم الولاية، فإذا انتقلت الولاية إلى غيره، كان عليه تسليمها إليه، فتكون مودعة عنده في ديوانه، ثم يخرج في اليوم الذي وعد بالجلوس فيه إلى مجلسه، على أكمل حالة وأعدلها، خليا من الغضب، والجوع الشديد والعطش، والفرح الشديد والحزن الكثير، والهم العظيم، والوجع المؤلم، ومدافعة الأخبثين أو أحدهما، والنعاس الذي يغمر القلب؛ ليكون أجمع لقلبه، وأحضر لذهنه، وأبلغ في تيقظه للصواب، وفطنته لموضع الرأي؛ ولذلك قال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان» . فنص على الغضب، ونبه على ما في معناه من سائر ما ذكرناه.

ويسلم على من يمر به من المسلمين في طريقه، ويذكر الله بقلبه ولسانه حتى يأتي مجلسه، ويستحب أن يجعله في موضع بارز للناس فسيح، كالرحبة والفضاء الواسع أو الجامع. ولا يكره القضاء في المساجد، فعل ذلك شريح، والحسن، والشعبي، ومحارب بن دثار، ويحيى بن يعمر، وابن أبي ليلى، وابن خلدة، قاض لعمر بن عبد العزيز – رضي الله عنه – وروي عن عمر وعثمان وعلي، أنهم كانوا يقضون في المسجد.

وقال مالك: القضاء في المسجد من أمر الناس القديم. وبه قال مالك، وإسحاق، وابن المنذر، وقال الشافعي: يكره ذلك، إلا أن يتفق خصمان عنده في المسجد؛ لما روي أن عمر كتب إلى القاسم بن عبد الرحمن، أن لا تقضي في المسجد؛ لأنه تأتيك الحائض والجنب. ولأن الحاكم يأتيه الذمي والحائض والجنب، وتكثر غاشيته، ويجري بينهم اللغط والتكاذب والتجاحد، وربما أدى إلى السب وما لم تبن له المساجد. **ولنا**، إجماع الصحابة بما قد رويناه عنهم.

وقال الشعبي: رأيت عمر وهو مستند إلى القبلة، يقضي بين الناس. وقال مالك: هو من أمر الناس القديم. ولأن القضاء قربة وطاعة وإنصاف بين الناس، فلم يكره في المسجد، ولا نعلم صحة ما رووه عن عمر، وقد روي عنه خلافه.

وأما الحائض، فإن عرضت لها حاجة إلى القضاء، وكلت، أو أتته في منزله. والجنب يغتسل ويدخل، والذمي

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٩/١٠

يجوز دخوله بإذن مسلم. وقد كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يجلس في مسجده، مع حاجة الناس إليه للحكومة والفتيا وغير ذلك من حوائجهم، وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضا بالحقوق في المسجد، وربما رفعوا أصواتهم.

فقد روي عن كعب بن مالك أنه قال: «تقاضيت ابن أبي حدرد دينا في المسجد، حتى ارتفعت أصواتنا، فخرج النبي - صلى الله عليه وسلم - فأشار إلي، أن ضع من دينك الشطر. فقلت: نعم يا رسول الله، فقال: فقم فاقضه» .." (١)

"تشكين زوجك، أنه يجتنب فراشك. قالت: أجل، إني امرأة شابة، وإني لأبتغي ما يبتغي النساء. فأرسل إلى زوجها، فجاء، فقال لكعب: اقض بينهما. قال: أمير المؤمنين أحق أن يقضي بينهما. قال: عزمت عليك لتقضين بينهما، فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم. قال: فإني أرى كأنها عليها ثلاث نسوة، هي رابعتهن، فأقضي له بثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيهن، ولها يوم وليلة. فقال عمر: والله ما رأيك الأول أعجب إلي من الآخر، اذهب فأنت قاض على البصرة.

إذا ثبت هذا، فإنه يشاور أهل العلم والأمانة؛ لأن من ليس كذلك فلا قول له في الحادثة، ولا يسكن إلى قوله.

قال سفيان: وليكن أهل مشورتك أهل التقوى وأهل الأمانة. ويشاور الموافقين والمخالفين، ويسألهم عن حجتهم، ليبين له الحق. (٨٢٣٢) فصل: والمشاورة هاهنا لاستخراج الأدلة، ويعرف الحق بالاجتهاد، ولا يجوز أن يقلد غيره، ويحكم بقول سواه، سواء ظهر له الحق فخالفه غيره فيه، أو لم يظهر له شيء، وسواء ضاق الوقت، أو لم يضق. وكذلك ليس للمفتي الفتيا بالتقليد.

وبهذا قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد، جاز له ترك رأيه لرأي من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه، فهو ضرب من الاجتهاد. ولأنه يعتقد أنه أعرف منه بطريق الاجتهاد. **ولنا**، أنه من أهل الاجتهاد، فلم يجز له تقليد غيره، كما لو كان مثله، كالمجتهدين في القبلة، وما ذكره ليس بصحيح؛ فإن من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ، فإذا اعتقد أن ما قاله خطأ، لم يجز له أن يعمل به، وإن كان لم يبن له الحق، فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد.

[فصل يحضر القاضي مجلسه أهل العلم من كل مذهب]

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١/١٠

فصل: قال أصحابنا: يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب، حتى إذا حدثت حادثة، يفتقر إلى أن يسألهم عنها سألهم، ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها، فإنه أسرع لاجتهاده، وأقرب لصوابه، فإن حكم باجتهاده، فليس لأحد منهم أن يرد عليه وإن خالف اجتهاده؛ لأن فيه افتياتا عليه، إلا أن يحكم بما يخالف. نصا أو إجماعا.

[فصل يحضر القاضي شهوده مجلسه]

(٨٢٣٤) فصل: وينبغي له أن يحضر شهوده مجلسه، ليستوفي بهم الحقوق، وتثبت بهم الحجج والمحاضر، فإن كان ممن." (١)

"إلا بمطالبة صاحبه؛ لأن الحاكم لا يستوفي حقا لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته، فإن طلب صاحبه؛ ذلك نقضه.

وإن كان القاضي قبله لا يصلح للقضاء، نقضت قضاياه المخالفة للصواب كلها، سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا يسوغ؛ لأن حكمه غير صحيح، وقضاؤه كلا قضاء، لعدم شرط القضاء فيه، وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد؛ لأن الأول ليس باجتهاد، ولا ينقض ما وافق الصواب؛ لعدم الفائدة في نقضه، فإن الحق وصل إلى مستحقه.

وقال أبو الخطاب ينقض قضاياه كلها؛ ما أخطأ فيه وما أصاب. وهو مذهب الشافعي؛ لأن وجود قضائه كعدمه. ولا أعلم فيه فائدة، فإن الحق لو وصل إلى مستحقه بطريق القهر من غير حكم، لم يغير ذلك، وكذلك إذا كان بقضاء وجوده كعدمه، والله أعلم.

[فصل وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته]

(٨٢٤٢) فصل: وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته، في قول جمهور العلماء؛ منهم مالك، والأوزاعي، والشافعي، وأحمد وإسحاق، وأبو ثور، وداود، ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة: إذا حكم الحاكم بعقد أو فسخ أو طلاق، نفذ حكمه ظاهرا وباطنا، فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته، فقبلهما القاضي بظاهر عدالتهما، ففرق بين الزوجين، لجاز لأحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها، وهو عالم بتعمده الكذب، ولو أن رجلا ادعى نكاح امرأة، وهو يعلم أنه كاذب، وأقام شاهدي زور، فحكم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٧

الحاكم، حلت له بذلك، وصارت زوجته قال ابن المنذر: وتفرد أبو حنيفة، فقال: لو استأجرت امرأة شاهدين، شهدا لها بطلاق زوجها، وهما يعلمان كذبهما وتزويرهما، فحكم الحاكم بطلاقها، لحل لها أن تتزوج، وحل لأحد الشاهدين نكاحها. واحتج بما روي عن علي – رضي الله عنه – أن رجلا ادعى على امرأة نكاحها. فرفعها إلى علي – رضي الله عنه – فشهد له شاهدان بذلك، فقضى بينهما بالزوجية، فقالت: والله ما تزوجني يا أمير المؤمنين، اعقد بيننا عقدا حتى أحل له. فقال: شاهداك زوجاك.

فدل على أن النكاح ثبت بحكمه. ولأن اللعان ينفسخ به النكاح وإن كان أحدهما كاذبا، فالحكم أولى.

ولنا، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فلا يأخذ منه شيئا، فإنما أقطع له قطعة من النار» . متفق عليه

وهذا يدخل فيه ما إذا ادعى أنه اشترى منه شيئا، فحكم له، ولأنه حكم بشهادة زور، فلا يحل له ما كان محرما عليه، كالمال المطلق.." (١)

"نظرت؛ فإن كان الغائب في غير ولاية القاضي، لم يكن له أن يعدي عليه، وله الحكم عليه، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى. وإن كان في ولايته، وله في بلده خليفة، فإن كانت له بينة، ثبت الحق عنده، وكتب به إلى خليفته، ولم يحضره، وإن لم تكن له بينة، حاضرة، نفذه إلى خصمه ليخاصمه عند خليفته، وإن لم يكن له فيه خليفة، وكان فيه من يصلح للقضاء، أذن له في الحكم بينهما، وإن لم يكن فيه من يصلح للقضاء، قيل له: حرر دعواك؛ لأنه يجوز أن يكون ما يدعيه ليس بحق عنده، كالشفعة للجار، وقيمة الكلب، أو خمر الذمي، فلا يكلفه الحضور لما لا يقضى عليه به، مع المشقة فيه، بخلاف الحاضر، فإنه لا مشقة في حضوره، فإذا تحررت، بعث فأحضر خصمه بعدت المسافة أو قربت. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو يوسف: إن كان يمكنه أن يحضر ويعود فيأوي إلى موضعه، أحضره، وإلا لم يحضره، ويوجد من يحكم بينهما. وقيل: إن كانت المسافة دون مسافة القصر، أحضره، وإلا فلا. **ولنا**، أنه لا بد من فصل الخصومة بين المتخاصمين، فإذا لم يمكن إلا بمشقة، فعل ذلك كما لو امتنع من الحضور، فإنه يؤدب ويعزر، ولأن إلحاق المشقة به أولى من إلحاقها بمن ينفذه الحاكم ليحكم بينهما.

وإن كانت امرأة برزة، لم يشترط في سفرها هذا محرم. نص عليه أحمد؛ لأنه لحق آدمي، وحق الآدمي مبني على الشح والضيق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣/١٠

[فصل وإن استعدى رجل على الحاكم المعزول]

(٨٢٤٥) فصل: وإن استعدى على الحاكم المعزول، لم يعده حتى يعرف ما يدعيه، فيسأله عنه، صيانة للقاضي عن الامتهان. فإن ذكر أنه يدعي عليه حقا من دين أو غصب، أعداه وحكم بينهما كغير القاضي. وكذلك إن ادعى أنه أخذ منه رشوة على الحكم؛ لأن أخذ الرشوة عليه لا يجوز، فهي كالغصب.

وإن ادعى عليه الجوز في الحكم، وكان للمدعي بينة، أحضره، وحكم بالبينة، وإن لم يكن معه بينة، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا يحضره؛ لأن في إحضاره وسؤاله امتهانا له؛ وأعداء القاضي كثير، وإذا فعل هذا معه، لم يؤمن ألا يدخل في القضاء أحد، خوفا من عاقبته.

والثاني، يحضره؛ لجواز أن يعترف، فإن حضر واعترف، حكم عليه، وإن أنكر، فالقول قوله من غير يمين؛ لأن قول القاضي مقبول بعد العزل، كما يقبل في ولايته. وإن ادعى عليه أنه قتل ابنه ظلما، فهل يستحضره من غير بينة؟ فيه وجهان، فإن أحضره، فاعترف، حكم عليه، وإلا فالقول قوله. وإن ادعى أنه أخرج عينا من يده بغير حق، فالقول قول الحاكم من غير يمين، ويقبل قوله للمحكوم له بها، على ما سنذكره، إن شاء الله تعالى.

[فصل ادعى على شاهدين أنهما شهدا عليه زورا]

(٨٢٤٦) فصل: وإن ادعى على شاهدين أنهما شهدا عليه زورا، أحضرهما، فإن اعترفا، أغرمهما، وإن أنكرا، وللمدعي." [(١)]

"بينة على إقرارهما بذلك، فأقامها، لزمهما ذلك، وإن أنكرا لم يستحلفا؛ لأن إحلافهما يطرق عليهما الدعاوى في الشهادة والامتهان، وربما منع ذلك إقامة الشهادة. وهذا قول الشافعي. ولا نعلم فيه مخالفا.

[مسألة شهد عند القاضي من لا يعرف عدالته]

(٨٢٤٧) مسألة، قال (وإذا شهد عنده من لا يعرفه، سأل عنه، فإن عدله اثنان، قبل شهادته) وجملته أنه إذا شهد عند الحاكم شاهدان، فإن عرفهما عدلين، حكم بشهادتهما، وإن عرفهما فاسقين، لم يقبل قولهما، وإن لم يعرفهما، سأل عنهما؛ لأن معرفة العدالة شرط في قبول الشهادة بجميع الحقوق.

وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف، ومحمد. وعن أحمد رواية أخرى: يحكم بشهادتهما إذا عرف إسلامهما،

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٦/١٠

بظاهر الحال، إلا أن يقول الخصم: هما فاسقان. وهذا قول الحسن والمال والحد في هذا سواء؛ لأن الظاهر من المسلمين العدالة، ولهذا قال عمر - رضي الله عنه -: المسلمون عدول بعضهم على بعض وروي «، أن أعرابيا جاء إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فشهد برؤية الهلال، فقال له النبي: - صلى الله عليه وسلم - أتشهد أن لا إله إلا الله؟ . فقال: نعم. فقال: أتشهد أني رسول الله؟ . قال: نعم. فصام، وأمر الناس بالصيام» .

ولأن العدالة أمر خفي، سببها الخوف من الله - تعالى، ودليل ذلك الإسلام، فإذا وجد، فليكتف به، ما لم يقم على خلافه دليل. وقال أبو حنيفة في الحدود والقصاص كالرواية الأولى، وفي سائر الحقوق كالثانية؛ لأن الحدود والقصاص مما يحتاط لها وتندرئ بالشبهات، بخلاف غيرها **ولنا**، أن العدالة شرط، فوجب العلم بها كالإسلام، أو كما لو طعن الخصم فيهما.

فأما الأعرابي المسلم، فإنه كان من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله - تعالى - عليهم، فإن من ترك دينه في زمن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إيثارا لدين الإسلام، وصحبة رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ثبتت عدالته.

وأما قول عمر، فالمراد به أن الظاهر العدالة، ولا يمنع ذلك وجوب البحث، ومعرفة حقيقة العدالة، فقد روي عنه، أنه أتي بشاهدين، فقال لهما عمر: لست أعرفكما، ولا يضركما إن لم أعرفكما، جيئا بمن يعرفكما. فأتيا برجل، فقال له عمر: تعرفهما؟ فقال: نعم. فقال عمر: صحبتهما في السفر الذي تبين فيه جواهر الناس؟ قال: لا. قال: عاملتهما في الدنانير والدراهم التي تقطع فيها الرحم؟ قال: لا. قال: كنت جارا لهما تعرف صباحهما ومساءهما؟ قال لا. قال: يا ابن أخي، لست تعرفهما، جيئا بمن يعرفكما وهذا بحث يدل على أنه لا يكتفي بدونه.

إذا ثبت هذا فإن الشاهد يعتبر فيه أربعة شروط؛ الإسلام والبلوغ، والعقل، والعدالة، وليس فيها." (١)

"[مسألة عدل الشاهد اثنان وجرحه اثنان]

(٨٢٥٠) مسألة، قال: (وإن عدله اثنان، وجرحه اثنان، فالجراحة أولى) وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال مالك: ينظر أيهما أعدل؟ اللذان جرحاه، أو اللذان عدلاه؟ فيؤخذ بقول أعدلهما.

ولنا، أن الجارح معه زيادة علم خفيت على المعدل، فوجب تقديمه؛ لأن التعديل يتضمن ترك الريب والمحارم، والجارح مثبت لوجود ذلك، والإثبات مقدم على النفي، ولأن الجارح يقول: رأيته يفعل كذا.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٥٧

والمعدل مستنده أنه لم يره يفعل، ويمكن صدقهما، والجمع بين قوليهما بأن يراه الجارح يفعل المعصية، ولا يراه المعدل، فيكون مجروحا.

[فصل ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين]

(٨٢٥١) فصل: ولا يقبل الجرح والتعديل إلا من اثنين. وبهذا قال مالك، والشافعي، ومحمد بن الحسن، وابن المنذر. وروي عن أحمد: يقبل ذلك من واحد. وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة؛ لأنه خبر لا يعتبر فيه لفظ الشهادة، فقبل من واحد، كالرواية. **ولنا**، أنه إثبات صفة من يبني الحاكم حكمه على صفته، فاعتبر فيه العدد، كالحضانة، وفارق الرواية؛ فإنها على المساهلة، ولا نسلم أنها لا تفتقر إلى لفظ الشهادة، ويعتبر في التعديل والجرح لفظ الشهادة، فيقول في التعديل: أشهد أنه عدل.

ويكفي هذا. وإن لم يقل: علي ولي. وهذا قول أكثر أهل العلم، وبه يقول شريح وأهل العراق، ومالك، وبعض الشافعية. وقال أكثرهم: لا يكفيه إلا أن يقول: عدل علي ولي. واختلفوا في تعليله، فقال بعضهم: لئلا تكون بينهما عداوة أو قرابة.

وقال بعضهم: لئلا يكون عدلا في شيء دون شيء. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] فإذا شهدا أنه عدل، ثبت ذلك بشهادتهما، فيدخل ذلك في عموم الأمر، لأنه إذا كان عدلا، لزم أن يكون له وعليه، وفي حق سائر الناس، وفي كل شيء، ولا يحتاج إلى ذكره.

ولا يصح ما ذكروه؛ فإن الإنسان لا يكون عدلا في شيء دون شيء، ولا في حق شخص دون شخص، فإنها لا توصف بهذا، ولا تنتفي أيضا بقوله: عدل ولي فإن من ثبتت عدالته، لم تزل بقرابة ولا عداوة، وإنما ترد شهادته للتهمة مع كونه عدلا، ثم إن هذا إذا كان معلوما انتفاؤه بينهما، لم يحتج إلى ذكره ولا نفيه عن نفسه، كما لو شهد بالحق من عرف الحاكم عدالته، لم يحتج إلى أن ينفي." (١)

"عن نفسه ذلك، ولأن العداوة لا تمنع من شهادته له بالتزكية، وإنما تمنع الشهادة عليه، وهذا شاهد له بالتزكية والعدالة، فلا حاجة به إلى نفي العداوة.

[فصل يقول لا أعلم من الشاهد إلا الخير]

(٨٢٥٢) فصل: ولا يكفي أن يقول: لا أعلم منه إلا الخير. وهذا مذهب الشافعي. وقال أبو يوسف:

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٦٠

يكفي؛ لأنه إذا كان من أهل الخبرة به، ولا يعلم إلا الخير، فهو عدل. **ولنا**، أنه لم يصرح بالتعديل، فلم يكن تعديلا، كما لو قال: أعلم منه خيرا. وما ذكروه لا يصح؛ لأن الجاهل بحال أهل الفسق، لا يعلم منهم إلا الخير، لأنه يعلم إسلامهم، وهو خير، ولا يعلم منهم غير ذلك وهم غير عدول.

[فصل لا يقبل التعديل للشهود إلا من أهل الخبرة الباطنة]

(٨٢٥٣) فصل: قال أصحابنا: لا يقبل التعديل إلا من أهل الخبرة الباطنة، والمعرفة المتقادمة. وهذا مذهب الشافعي؛ لخبر عمر الذي قدمناه، ولأن عادة الناس إظهار الصالحات وإسرار المعاصي، فإذا لم يكن ذا خبرة باطنة، فربما اغتر بحسن ظاهره، وهو فاسق في الباطن.

وهذا يحتمل أن يريدوا به أن الحاكم إذا علم أن المعدل لا خبرة له، لم تقبل شهادته بالتعديل، كما فعل عمر - رضي الله عنه - ويحتمل أنهم أرادوا أنه لا تجوز للمعدل الشهادة بالعدالة، إلا أن تكون له خبرة باطنة. فأما الحاكم إذا شهد عنده العدل بالتعديل، ولا يعرف حقيقة الحال، فله أن يقبل الشهادة من غير كشف، وإن استكشف الحال، كما فعل عمر - رضي الله عنه - فلا بأس.

[فصل ولا يسمع الجرح في الشهود إلا مفسرا]

(٨٢٥٤) فصل: ولا يسمع الجرح إلا مفسرا، ويعتبر فيه اللفظ فيقول: أشهد أنني رأيته يشرب الخمر، أو يعامل بالربا، أو يظلم الناس بأخذ أموالهم أو ضربهم، أو سمعته يقذف. أو يعلم ذلك باستفاضته في الناس. ولا بد من ذكر السبب وتعيينه.

وبهذا قال الشافعي، وسوار. وقال أبو حنيفة: يقبل الجرح المطلق، وهو أن يشهد أنه فاسق، أو أنه ليس بعدل. وعن أحمد مثله؛ لأن التعديل يسمع مطلقا؛ فكذلك الجرح، ولأن التصريح بالسبب يجعل الجارح فاسقا، ويوجب عليه الحد في بعض الحالات، وهو أن يشهد عليه بالزنى، فيفضي الجرح إلى جرح الجارح، وتبطيل شهادته، ولا يتجرح بها المجروح.

ولنا، أن الناس يختلفون في أسباب الجرح، كاختلافهم في شارب النبيذ، فوجب أن لا يقبل مجرد الجرح، لئلا يجرحه بما لا يراه القاضي جرحا؛ ولأن الجرح ينقل عن الأصل، فإن الأصل في المسلمين العدالة، والجرح ينقل عنها، فلا بد أن يعرف الناقل، لئلا يعتقد نقله بما لا يراه الحاكم ناقلا.." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٦١/١٠

"وقولهم: إنه يفضي إلى جرح الجارح، وإيجاب الحد عليه.

قلنا: ليس كذلك؛ لأنه يمكنه التعريض من غير تصريح. فإن قيل: ففي بيان السبب هتك المجروح. قلنا: لا بد من هتكه؛ فإن الشهادة عليه بالفسق هتك له. ولكن جاز ذلك للحاجة الداعية إليه، كما جازت الشهادة عليه به لإقامة الحد عليه، بل هاهنا أولى؛ فإن فيه دفع الظلم عن المشهود عليه، وهو حق آدمي، فكان أولى بالجواز، ولأن هتك عرضه بسببه، لأنه تعرض للشهادة مع ارتكابه ما يوجب جرحه، فكان هو الهاتك لنفسه، إذ كان فعله هو المحوج للناس إلى جرحه. فإن صرح الجارح بقذفه بالزنى، فعليه الحد إن لم يأت بتمام أربعة شهداء.

وبهذا قال أبو حنيفة. وقال الشافعي: لا حد عليه إذا كان بلفظ الشهادة؛ لأنه لم يقصد إدخال المعرة عليه. **ولنا**، قول الله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ [النور: ٤] . الآية. ولأن أبا بكرة ورفيقيه شهدوا على المغيرة بالزنى، ولم يكمل زياد شهادته فجلدهم عمر حد القذف بمحضر الصحابة، فلم ينكره منكر، فكان إجماعا. ويبطل ما ذكروه بما إذا شهدوا عليه لإقامة الحد عليه.

[فصل أقام المدعى عليه بينة على فسق الشهود]

(٨٢٥٥) فصل: وإذا أقام المدعى عليه بينة، أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم، فرد شهادتهما لفسقهما، بطلت شهادتهما؛ لأن الشهادة إذا ردت لفسق، لم تقبل مرة ثانية.

[فصل الجرح والتعديل في الشهود من النساء]

(٨٢٥٦) فصل: ولا يقبل الجرح والتعديل من النساء، وقال أبو حنيفة: يقبل؛ لأنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة، فأشبه الرواية، وأخبار الديات. **ولنا**، أنها شهادة فيما ليس بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال، فأشبه الشهادة في القصاص. وما ذكروه غير مسلم.

[فصل الجرح في الشهود من الخصم]

(٨٢٥٧) فصل: ولا يقبل الجرح من الخصم. بلا خلاف بين العلماء. فلو قال المشهود عليه: هذان

فاسقان، أو عدوان لي، أو آباء للمشهود له. لم يقبل قوله؛ لأنه متهم في قوله، ويشهد بما يجر إليه نفعا، فأشبه الشهادة لنفسه، ولو قبلنا." (١)

"[فصل ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي فذكر الحاكم حكمه]

(٨٢٦٦) فصل: فإن ادعى رجل على الحاكم، أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي. فذكر الحاكم حكمه، أمضاه، وألزم خصمه ما حكم به عليه. وليس هذا حكما بالعلم، إنما هو إمضاء لحكمه السابق. وإن لم يذكره القاضي، فشهد عنده شاهدان على حكمه، لزمه قبولها، وإمضاء القضاء. وبه قال ابن أبي ليلى، ومحمد بن الحسن. قال القاضي: هذا قياس قول أحمد؛ لأنه قال: يرجع الإمام إلى قول اثنين فصاعدا من المأمومين.

وقال أبو حنيفة، وأبو يوسف، والشافعي: لا يقبل؛ لأنه يمكنه الرجوع إلى الإحاطة والعلم، فلا يرجع إلى الظن، كالشاهد إذا نسي شهادته، فشهد عنده شاهدان أنه شهد، لم يكن له أن يشهد. **ولنا**، أنهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل، فكذلك إذا شهدا عنده بحكم نفسه، ولأنهما شهدا بحكم حاكم.

وما ذكروه لا يصح؛ لأن ذكر ما نسيه ليس إليه، ويخالف الشاهد؛ لأن الحاكم يمضي ما حكم به إذا ثبت عنده، والشاهد لا يقدر على إمضاء شهادته، وإنما يمضيها الحاكم.

[مسألة قبول القاضي الهدية]

(٨٢٦٧) مسألة؛ قال: (ولا يقبل هدية من لم يكن يهدي إليه قبل ولايته) وذلك لأن الهدية يقصد بها في الغالب استمالة قلبه، ليعتني به في الحكم، فتشبه الرشوة. قال مسروق: إذا قبل القاضي الهدية، أكل السحت، وإذا قبل الرشوة، بلغت به الكفر.

وقد روى أبو حميد الساعدي، قال: بعث رسول الله – صلى الله عليه وسلم – رجلا من الأزد، يقال له ابن اللتبية على الصدقة، فقال: هذا لكم، وهذا أهدي إلي. فقام النبي – صلى الله عليه وسلم – فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: «ما بال العامل نبعثه، فيجيء فيقول: هذا لكم، وهذا أهدي إلي، ألا جلس في بيت أمه، فينظر أيهدى إليه أم لا؟ والذي نفس محمد بيده، لا نبعث أحدا منكم، فيأخذ شيئا، إلا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته، إن كان بعيرا له رغاء، أو بقرة لها خوار، أو شاة تيعر. فرفع يديه حتى رأيت عفرة إبطيه، فقال: اللهم هل بلغت ثلاثا؟» متفق عليه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٦٢

ولأن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها، ليتوسل بها إلى ميل الحاكم معه على خصمه، فلم يجز قبولها منه كالرشوة، فأما إن كان يهدي إليه قبل ولايته، جاز قبولها منه بعد الولاية؛ لأنها لم تكن من أجل الولاية؛ لوجود سببها قبل الولاية، بدليل وجودها قبلها.." (١)

"وقد روي عن أبي بكر الصديق – رضي الله عنه – أنه لما بويع، أخذ الذراع وقصد السوق، فقالوا: يا خليفة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – لا يسعك أن تشتغل عن أمور المسلمين. قال: فإني لا أدع عيالي يضيعون. قالوا: فنحن نفرض لك ما يكفيك. ففرضوا له كل يوم درهمين.

فإن باع واشترى، صح البيع؛ لأن البيع تم بشروطه وأركانه. وإن احتاج إلى مباشرته، ولم يكن له من يكفيه، جاز ذلك، ولم يكره؛ لأن أبا بكر – رضي الله عنه – قصد السوق ليتجر فيه، حتى فرضوا له ما يكفيه، ولأن القيام بعياله فرض عين، فلا يتركه لوهم مضرة، وأما إذا استغنى عن مباشرته، ووجد من يكفيه ذلك كره له؛ لما ذكرنا من المعنيين. وينبغي أن يوكل في ذلك من لا يعرف أنه وكيله؛ لئلا يحابى.

وهذا مذهب الشافعي. وحكي عن أبي حنيفة، أنه قال: لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف؛ لما ذكرنا من قضية أبي بكر – رضي الله عنه – ولنا، ما ذكرناه. وروي عن شريح، أنه قال: شرط علي عمر حين ولاني القضاء أن لا أبيع، ولا أبتاع، ولا أرتشي، ولا أقضي وأنا غضبان. وقضية أبي بكر حجة لنا؛ فإن الصحابة أنكروا عليه، فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع، فلما أغنوه عن البيع والشراء بما فرضوا لهم، قبل قولهم، وترك التجارة، فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها.

[فصل للحاكم حضور الولائم]

(٨٢٧٠) فصل: ويجوز للحاكم حضور الولائم؛ لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – كان يحضرها، ويأمر بحضورها، وقال: «من لم يجب فقد عصى الله ورسوله» فإن كثرت وازدحمت، تركها كلها، ولم يجب أحدا؛ لأن ذلك يشغله عن الحكم الذي قد تعين عليه، لكنه يعتذر إليهم، ويسألهم التحليل، ولا يجيب بعضا دون بعض؛ لأن في ذلك كسرا لقلب من لم يجبه، إلا أن يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض، مثل أن يكون في إحداهما منكر، أو تكون في مكان بعيد، أو يشتغل بها زمنا طويلا، والأخرى بخلاف ذلك فله الإجابة إليها دون الأولى؛ لأن عذره ظاهر في التخلف عن الأولى.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٦٨

[فصل عيادة المرضى وشهود الجنائز وإتيان مقدم الغائب للحاكم]

(٨٢٧١) فصل: وله عيادة المرضى، وشهود الجنائز، وإتيان مقدم الغائب، وزيارة إخوانه والصالحين من الناس؛ لأنه قربة وطاعة، وإن كثر ذلك، فليس له الاشتغال به عن الحكم؛ لأن هذا تبرع، فلا يشتغل به عن الفرض،." [١]

"والثاني، لا تلزمه؛ لأن الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده، أو حكم به، فأما استئناف ابتداء، فيكفيه فيه الإشهاد، فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق؛ لأن الحق ثبت عليه بالشهادة.

والأول أصح؛ لأنه قد حكم عليه بهذا الحق، ويخاف الضرر بدون المحضر، فأشبه ما حكم به ابتداء. وإن طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذي ثبت به الحق، لم يلزمه دفعه إليه؛ لأنه ملكه، فلا يجب عليه دفعه إلى غيره. وكذلك كل من له كتاب بدين، فاستوفاه، أو عقار فباعه، لا يلزمه دفع الكتاب؛ لأنه ملكه؛ ولأنه يجوز أن يخرج ما قبضه مستحقا، فيعود إلى ماله.

[فصل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر]

(٨٢٨١) فصل: ويقبل الكتاب من قاضي مصر إلى قاضي مصر، وإلى قاضي قرية، ومن قاضي قرية إلى قاضي قرية، وقاضي مصر. ومن القاضي إلى خليفته، ومن خليفته إليه؛ لأنه كتاب من قاض إلى قاض، فأشبه ما لو استويا.

ويجوز أن يكتب إلى قاض معين، وإلى من وصله كتابي من قضاة المسلمين وحكامهم، من غير تعيين، ويلزم من وصله قبوله. وبهذا قال أبو ثور. واستحسنه أبو يوسف. وقال أبو حنيفة: لا يجوز أن يكتب إلى غير معين. **ولنا**، أنه كتاب حاكم من ولايته، وصل إلى حاكم، فلزمه قبوله، كما لو كان الكتاب إليه بعينه.

[فصل صفة كتاب القاضي إلى القاضي]

فصل: وصفة الكتاب: بسم الله الرحمن الرحيم سبب هذا الكتاب أطال الله بقاء من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم، أنه ثبت عندي في مجلس حكمي وقضائي، الذي أتولاه بمكان كذا. وإن كان نائبا، قال: الذي أنوب فيه عن القاضي فلان، بمحضر من خصمين؛ مدع، ومدعى عليه، جاز استماع الدعوى منهما، وقبول البينة من أحدهما على الآخر، بشهادة فلان وفلان، وهما من الشهود المعدلين عندي،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٧٠

عرفتهما، وقبلت شهادتهما، بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلاني، بعينه واسمه ونسبه.

فإن كان في إثبات أسر أسير قال: وإن الفرنج، خذلهم الله، أسروه بمكان كذا، في وقت كذا، وأخذوه إلى مكان كذا، وهو مقيم تحت حوطتهم، أبادهم الله، وإنه رجل فقير من فقراء المسلمين، ليس له شيء من الدنيا، ولا يقدر على فكاك نفسه، ولا على شيء منه، وإنه مستحق للصدقة، على ما يقتضيه كتاب المحضر المشار إليه، المتصل أوله بآخر كتابي هذا، المؤرخ بكذا.

وإن كان في إثبات دين كتب: وإنه استحق في ذمة فلان بن فلان الفلاني - ويرفع في نسبه، ويصفه بما يتميز به من الدين - كذا وكذا، دينا عليه حالا، وحقا واجبا لازما، وإنه يستحق مطالبته واستيفاءه منه.." (١)

"وإن كان في إثبات عين، كتب: وإنه مالك لما في يدي فلان من الشيء الفلاني - ويصفه صفة يتميز بها - مستحق لأخذه وتسليمه، على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابي هذا، المؤرخ بتاريخ كذا، وقال الشاهدان المذكوران: إنهما بما شهدا به منه عالمان، وله محققان، وإنهما لا يعلمان خلاف ما شهدا به إلى حين أقاما الشهادة عندي، فأمضيت ما ثبت عندي من ذلك، وحكمت بموجبه بسؤال من جازت مسألته، وسألني من جاز سؤاله، وسوغت الشريعة المطهرة إجابته المكاتبة بذلك إلى القضاة والحكام، فأجبته إلى ملتمسه؛ لجوازه له شرعا، وتقدمت بهذا الكتاب فكتب، وبإلصاق المحضر المشار إليه فألصق، فمن وقف عليه منهم، وتأمل ما ذكرته، وتصفح ما سطرته، واعتمد في إنفاذه والعمل بموجب ما يوجبه الشرع المطهر، أحرز من الأجر أجزله. وكتب من مجلس الحكم المحروس، من مكان كذا، في وقت كذا.

ولا يشترط أن يذكر القاضي اسمه في العنوان، ولا ذكر اسم المكتوب إليه في باطنه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: إذا لم يذكر اسمه، فلا يقبل؛ لأن الكتاب ليس إليه، ولا يكفي ذكر اسمه في العنوان دون باطنه؛ لأن ذلك لم يقع على وجه المخاطبة. **ولنا**، أن المعول فيه على شهادة الشاهدين على القاضي الكاتب بالحكم، وذلك لا يقدح فيها، ولو ضاع الكتاب أو امتحا، سمعت شهادتهما، وحكم بها.

[مسألة ما يشترط لقبول كتاب القاضي]

(٨٢٨٣) مسألة، قال: ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة عدلين يقولان: قرأه علينا، أو قرئ عليه بحضرتنا،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٨٣

فقال: اشهدا على أنه كتابي إلى فلان وجملته أنه يشترط لقبول كتاب القاضي شروط ثلاثة؛ أحدها، أن يشهد به شاهدان عدلان، ولا يكفي معرفة المكتوب إليه خط الكاتب، وختمه، ولا يجوز له قبوله بذلك، في قول أئمة الفتوى.

وحكي عن الحسن، وسوار، والعنبري، أنهم قالوا: إذا كان يعرف خطه وختمه، قبله. وهو قول أبي ثور، والإصطخري. ويتخرج لنا مثله بناء على قوله في الوصية إذا وجدت بخطه؛ لأن ذلك تحصل به غلبة الظن، فأشبه شهادة الشاهدين. **ولنا**، أن ما أمكن إثباته بالشهادة، لم يجز الاقتصار فيه على الظاهر، كإثبات العقود؛ ولأن الخط يشبه الخط، والختم يمكن التزوير عليه، ويمكن الرجوع إلى الشهادة، فلم يعول على الخط، كالشاهد لا يعول في الشهادة على الخط، وفي هذا انفصال عما ذكروه.

إذا ثبت هذا، فإن القاضي إذا كتب الكتاب، دعا رجلين يخرجان إلى البلد الذي فيه القاضي المكتوب إليه، فيقرأ عليهما الكتاب، أو يقرؤه غيره عليهما، والأحوط أن ينظرا معه فيما يقرآه، فإن لم ينظرا، جاز؛ لأنه." (١)

"عنده بشهادة، فهو أصل، واللذان شهدا عليه فرع، ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الأصل، وما ذكروه حجة عليهم؛ لأن الحاكم قد أشهد على نفسه، وإنما يشهد عند المكتوب إليه شاهدان عليه، وهما حيان، وهما شاهدا الفرع، وليس موته مانعا من شهادتهما، فلا يمنع قبولها، كموت شاهدي الأصل.

وإن تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتابته، لم يجز الحكم به؛ لأن حكمه بعد فسقه لا يصح، فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه، ولأن بقاء عدالة شاهدي الأصل شرط في صحة الحكم بشاهدي الفرع، فكذلك بقاء عدالة الحاكم؛ لأنه بمنزلة شاهدي الأصل. وإن فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير، كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه، فإنه لا ينقض ما مضى من أحكامه، كهذا هاهنا.

وأما إن تغيرت حال المكتوب إليه بأي حال كان؛ من موت، أو عزل، أو فسق، فلمن وصل إليه الكتاب ممن قام مقامه، قبول الكتاب، والعمل به. وبه قال الحسن. حكي عنه أن قاضي الكوفة كتب إلى إياس بن معاوية قاضي البصرة كتابا، فوصل وقد عزل، وولي الحسن، فعمل به. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: لا يعمل به؛ لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب إليه، وإذا شهد شاهدان عند قاض، لم يحكم بشهادتهما غيره. **ولنا**، أن المعول على شهادة الشاهدين، بحكم الأول، أو ثبوت الشهادة عنده، وقد شهدا عند الثاني، فوجب أن يقبل كالأول.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٤/١٠

وقولهم: إنه شهادة عند الذي مات. ليس بصحيح؛ فإن الحاكم الكاتب ليس بفرع، ولو كان فرعا لم يقبل وحده، وإنما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه، وقد أديا الشهادة عند المتجدد، ولو ضاع الكتاب، فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب إليه، قبل، فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب، وقياس ما ذكرناه، أن الشاهدين لو حملا الكتاب إلى غير المكتوب إليه في حال حياته، وشهدا عنده، عمل به؛ لما بيناه.

وإن كان المكتوب إليه خليفة للكاتب، فمات الكاتب، أو عزل، انعزل المكتوب إليه؛ لأنه نائب عنه، فينعزل بعزله وموته، كوكلائه. وقال بعض أصحاب الشافعي: لا ينعزل خليفته، كما لا ينعزل القاضي الأصلي بموت الإمام، ولا عزله.

ولنا، ما ذكرناه، ويفارق الإمام؛ لأن الإمام يعقد القضاء والإمارة للمسلمين، فلم يبطل ما عقده لغيره، كما لو مات الولي في النكاح، لم يبطل النكاح، ولهذا ليس للإمام أن يعزل القاضي من غير تغير حاله، ولا ينعزل إذا عزله، بخلاف نائب الحاكم، فإنه تنعقد ولايته لنفسه نائبا عنه، فملك عزله،

ولأن القاضي لو انعزل بموت الإمام، لدخل الضرر على المسلمين

؛ لأنه يفضي إلى عزل القضاة في جميع بلاد المسلمين، وتتعطل الأحكام، وإذا ثبت أنه لا ينعزل، فليس له قبول الكتاب؛ لأنه حينئذ ليس بقاض.." (١)

"[مسألة قال تحاكم إلى القاضي العربي أعجميان لا يعرف لسانهما]

(٨٢٨٥) مسألة؛ قال: ولا تقبل الترجمة عن أعجمي تحاكم إليه، إذا لم يعرف لسانه، إلا من عدلين يعرفان لسانه وجملته أنه إذا تحاكم إلى القاضي العربي أعجميان، لا يعرف لسانهما، أو أعجمي وعربي، فلا بد من مترجم عنهما.

ولا تقبل الترجمة إلا من اثنين عدلين. وبهذا قال الشافعي. وعن أحمد، رواية أخرى، أنها تقبل من واحد. وهو اختيار أبي بكر عبد العزيز، وابن المنذر، وقول أبي حنيفة.

وقال ابن المنذر، في حديث زيد بن ثابت، أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أمره أن يتعلم كتاب يهود. قال: فكنت أكتب له إذا كتب إليهم، وأقرأ له إذا كتبوا. ولأنه مما لا يفتقر إلى لفظ الشهادة، فأجزأ فيه الواحد، كأخبار الديانات.

ولنا، أنه نقل ما خفي على الحاكم إليه، فيما يتعلق بالمتخاصمين، فوجب فيه العدد، كالشهادة، ويفارق

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٨٧

أخبار الديانات؛ فإنها لا تتعلق بالمتخاصمين، ولا نسلم أنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة، ولأن ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كعدمه، فإذا ترجم له، كان كنقل الإقرار إليه من غير مجلسه، ولا يقبل ذلك إلا من شاهدين، كذا هاهنا.

فعلى هذه الرواية، تكون الترجمة شهادة تفتقر إلى العدد والعدالة، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر في الشهادة على الإقرار بذلك الحق، فإن كان مما يتعلق بالحدود والقصاص، اعتبر فيه الحرية، ولم يكف إلا شاهدان ذكران. وإن كان مما لا يتعلق بها كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين، ولم تعتبر الحرية فيه.

وإن كان في حد زنى، خرج في الترجمة فيه وجهان؛ أحدهما، لا يكفي فيه أقل من أربعة رجال أحرار عدول. والثاني، يكفي فيه اثنان؛ بناء على الروايتين في الشهادة على الإقرار به، ويعتبر فيه لفظ الشهادة؛ لأنه شهادة.

وإن قلنا: يكفي فيه واحد. فلا بد من عدالته، ولا ولا تقبل من كافر ولا فاسق. وتقبل من العبد؛ لأنه من أهل الشهادة والرواية.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل من العبد؛ لأنه ليس من أهل الشهادة. **ولنا**، أنه خبر يكفي فيه قول الواحد، فيقبل فيه خبر العبد، كأخبار الديانات، ولا نسلم أن هذه شهادة، ولا أن العبد ليس من أهل الشهادة، ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة، كالرواية. وعلى هذا الأصل ينبغي أن تقبل ترجمة المرأة إذا كانت من أهل العدالة؛ لأن روايتها مقبولة.." (١)

"[فصل حكم القاضي في التعريف والرسالة والجرح والتعديل]

(٨٢٨٦) فصل: والحكم في التعريف، والرسالة، والجرح والتعديل، كالحكم في الترجمة، وفيها من الخلاف ما فيها. ذكره الشريف أبو جعفر، وأبو الخطاب وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى.

[مسألة قال عزل القاضي فقال كنت حكمت في ولايتي لفلان على فلان بحق]

(٨٢٨٧) مسألة، قال: وإذا عزل، فقال: كنت حكمت في ولايتي لفلان على فلان بحق. قبل قوله، وأمضي ذلك الحق وبهذا قال إسحاق.

قال أبو الخطاب: ويحتمل أن لا يقبل قوله. وقول القاضي في فروع هذه المسألة يقتضي أن لا يقبل قوله هاهنا، وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأن من لا يملك الحكم، لا يملك الإقرار به، كمن أقر بعتق عبد بعد بيعه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٨٨

ثم اختلفوا، فقال الأوزاعي، وابن المنذر وابن أبي ليلى: هو بمنزلة الشاهد، إذا كان معه شاهد آخر، قبل. وقال أصحاب الرأي: لا يقبل إلا شاهدان سواه، يشهدان بذلك. وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لأن شهادته على فعل نفسه لا تقبل. **ولنا**، أنه لو كتب إلى غيره، ثم عزل، ووصل الكتاب بعد عزله، لزم المكتوب إليه قبول كتابه بعد عزل كاتبه، فكذلك هاهنا. ولأنه أخبر بما حكم به، وهو غير متهم، فيجب قبوله، كحال ولايته.

[فصل الحاكم إذا حكم في مسألة يسوغ فيها الاجتهاد]

(٨٢٨٨) فصل: فأما إن قال في ولايته: كنت حكمت لفلان بكذا. قبل قوله، سواء قال: قضيت عليه بشاهدين عدلين. أو قال: سمعت بينته وعرفت عدالتهم. أو قال: قضيت عليه بنكوله. أو قال: أقر عندي فلان لفلان بحق، فحكمت به. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وأبو يوسف. وحكي عن محمد بن الحسن: أنه لا يقبل حتى يشهد معه رجل عدل؛ لأن فيه إخبارا بحق على غيره، فلم يقبل قول واحد، كالشهادة.

ولنا، أنه يملك الحكم، فملك الإقرار به، كالزوج إذا أخبر بالطلاق، والسيد إذا أخبر بالعتق، ولأنه لو أخبر أنه رأى كذا وكذا، فحكم به، قبل، كذا هاهنا، وفارق الشهادة، فإن الشاهد لا يملك إثبات ما أخبر به.

فأما إن قال: حكمت بعلمي، أو بالنكول، أو بشاهد ويمين في الأموال. فإنه يقبل أيضا. وقال الشافعي: لا يقبل قوله في القضاء بالنكول. وينبني قوله: حكمت عليه بعلمي. على القولين في جواز القضاء بعلمه؛ لأنه لا يملك الحكم بذلك، فلا يملك الإقرار به.

ولنا، أنه أخبر بحكمه فيما لو حكم به لنفذ حكمه، فوجب قبوله، كالصور التي تقدمت، ولأنه حاكم، أخبر بحكمه في ولايته، فوجب قبوله، كالذي سلمه، ولأن الحاكم إذا حكم في مسألة، يسوغ فيها الاجتهاد لم يسغ نقض حكمه، ولزم غيره إمضاؤه، والعمل به، فصار بمنزلة الحكم بالبينة العادلة، ولا نسلم ما ذكره. وإن قال: حكمت لفلان على فلان بكذا. ولم يضف حكمه إلى بينة ولا غيرها، وجب قبوله.." [1]

"بتصرف وكيله، فإنه يلزمه قبل المعرفة به.

إذا ثبت هذا، فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية. وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: للحاكم نقضه إذا خالف رأيه؛ لأن هذا عقد في حق الحاكم، فملك فسخه، كالعقد

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٨٩

الموقوف في حقه. **ولنا**، أن هذا حكم صحيح لازم، فلم يجز فسخه لمخالفته رأيه، كحكم من له ولاية، وما ذكروه غير صحيح، فإن حكمه لازم للخصمين، فكيف يكون موقوفا؟ ولو كان كذلك، لملك فسخه، وإن لم يخالف رأيه، ولا نسلم الوقوف في العقود.

إذا ثبت هذا، فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم؛ لأنه لا يثبت إلا برضاه، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف. وإن رجع بعد شروعه، ففيه وجهان؛ أحدهما، له ذلك؛ لأن الحكم لم يتم، أشبه قبل الشروع. والثاني، ليس له ذلك؛ لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه، رجع، فيبطل المقصود به.

(٨٢٩٨) فصل: قال القاضي: وينفذ حكم من حكماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء؛ النكاح، واللعان، والقذف، والقصاص؛ لأن لهذه الأحكام مزية على غيرها، فاختص الإمام بالنظر فيها، ونائبه يقوم مقامه.

وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد، أنه ينفذ حكمه فيها.

ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتابا إلى قاض من قضاة المسلمين، لزمه قبوله، وتنفيذ كتابه؛ لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه، كحاكم الإمام.

[مسألة القضاء على الغائب]

مسألة؛ قال: ويحكم على الغائب، إذا صح الحق عليه وجملته أن من ادعى حقا على غائب في بلد آخر، وطلب من الحاكم سماع البينة، والحكم بها عليه، فعلى الحاكم إجابته، إذا كملت الشرائط.

وبهذا قال ابن شبرمة ومالك، والأوزاعي، والليث، وسوار، وأبو عبيد، وإسحاق، وابن المنذر.

وكان شريح لا يرى القضاء على الغائب. وعن أحمد مثله.

وبه قال ابن أبي ليلى، والثوري، وأبو حنيفة وأصحابه. وروي ذلك عن القاسم، والشعبي إلا أن أبا حنيفة قال: إذا كان له خصم حاضر، من وكيل أو شفيع، جاز الحكم عليه. واحتجوا بما روي عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال لعلي: «إذا تقاضى إليك رجلان،." (١)

"فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر، فإنك تدري بما تقضي» . قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٩٥

ولأنه قضاء لأحد الخصمين وحده، فلم يجز، كما لو كان الآخر في البلد، ولأنه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة، ويقدح فيها، فلم يجز الحكم عليه. **ولنا**، «أن هندا قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي؟ قال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» . متفق عليه، فقضى لها، ولم يكن حاضرا، ولأن هذا له بينة مسموعة عادلة، فجاز الحكم بها.

كما لو كان الخصم حاضرا، وقد وافقنا أبو حنيفة في سماع البينة، ولأن ما تأخر عن سؤال المدعي إذا كان حاضرا، يقدم عليه إذا كان غائبا، كسماع البينة.

وأما حديثهم، فنقول به إذا تقاضى إليه رجلان، لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما، وهذا يقتضي أن يكونا حاضرين، ويفارق الحاضر الغائب، فإن البينة لا تسمع على حاضر إلا بحضرته، والغائب بخلافه. وقد ناقض أبو حنيفة أصله، فقال: إذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجا غائبا، وله مال في يد رجل، وتحتاج إلى النفقة، فاعترف لها بذلك، فإن الحاكم يقضي عليه بالنفقة، ولو ادعى رجل على حاضر، أنه اشترى من غائب ما فيه شفعة، وأقام بينة بذلك، حكم له بالبيع والأخذ بالشفعة، ولو مات المدعى عليه، فحضر بعض ورثته، أو حضر وكيل الغائب، وأقام المدعي بينة بذلك، حكم له بما ادعاه.

إذا ثبت هذا، فإنه إن قدم الغائب قبل الحكم، وقف الحكم على حضوره، فإن جرح الشهود، لم يحكم عليه، وإن استنظر الحاكم، أجله ثلاثا، فإن جرحهم، وإلا حكم عليه. وإن ادعى القضاء أو الإبراء، فكانت له بينة برئ، وإلا حلف المدعي، وحكم له، وإن قدم بعد الحكم، فجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة، بطل الحكم، وإن جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقا، لم يبطل الحكم، ولم يقبله الحاكم؛ لأنه يجوز أن يكون بعد الحكم، فلا يقدح فيه. وإن طلب التأجيل، أجل ثلاثا، فإن جرحهم، وإلا نفذ الحكم.

وإن ادعى القضاء، أو الإبراء، فكانت له به بينة وإلا حلف الآخر، ونفذ الحكم.

[فصل ولا يقضي على الغائب إلا في حقوق الآدميين]

(٨٣٠٠) فصل: ولا يقضي على الغائب إلا في حقوق الآدميين، فأما في الحدود التي لله تعالى، فلا يقضي بها عليه؛ لأن مبناها على المساهلة والإسقاط، فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال، حكم بالمال دون القطع.

[فصل قامت البينة على غائب أو غير مكلف]

(٨٣٠١) فصل: وإذا قامت البينة على غائب، أو غير مكلف، كالصبي والمجنون، لم يستحلف المدعي مع بينته، في أشهر." [١]

"[فصل كان بينهما دار أو خان كبير فطلب أحدهما قسمة ذلك ولا ضرر في قسمته]

(٨٣١١) فصل: وإذا كان بينهما دار، أو خان كبير، فطلب أحدهما قسمة ذلك ولا ضرر في قسمته، أجبر الممتنع على القسمة، وتفرد بعض المساكن عن بعض وإن كثرت المساكن. وإن كان بينهما داران، أو خانان، أو أكثر، فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه في إحدى الدارين، أو أحد الخانين، ويجعل الباقي نصيبا، لم يجبر الممتنع. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو يوسف، ومحمد: إذا رأى الحاكم ذلك، فله فعله، سواء تقاربتا أو تفرقتا؛ لأنه أنفع وأعدل.

وقال مالك: إن كانتا متجاورتين، أجبر الممتنع من ذلك عليه؛ لأن المتجاورتين تتقارب منفعتهما، بخلاف المتباعدتين. وقال أبو حنيفة: إن كانت إحداهما حجزت الأخرى، أجبر الممتنع، وإلا فلا؛ لأنهما يجريان مجرى الدار الواحدة. **ولنا**، أنه نقل حقه من عين إلى عين أخرى، فلم يجبر عليه، كالمتفرقين على ملك، وكما لو لم تكن حجة بها مع أبي حنيفة، وكما لو كانتا دارا ودكانا مع أبي يوسف ومحمد، والحكم في الدكاكين كالحكم في الدور، وكما لو كانت لها عضائد صغار، لا يمكن قسمة كل واحدة منهما منفردة، لم يجبر الممتنع من قسمها عليها.

[فصل بينهما أرض واحد يمكن قسمتها وتتحقق فيها الشروط]

(٨٣١٢) فصل: وإن كانت بينهما أرض واحد يمكن قسمتها، وتتحقق فيها الشروط التي ذكرناها، أجبر الممتنع على قسمها، سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء. فإن كان فيها نخل، وكرم، وشجر مختلف، وبناء، فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدتها، وطلب الآخر قسمة الجميع بالتعديل بالقيمة، فقال أبو الخطاب: تقسم كل عين على حدتها، وكذلك كل مقسوم، إذا أمكنت التسوية بين الشريكين في جيده ورديئه، كان أولى.

ونحو هذا قال أصحاب الشافعي؛ فإنهم قالوا: إذا أمكنت التسوية بين الشريكين في جيده ورديئه، بأن يكون الجيد في مقدمها والرديء في مؤخرها، فإذا قسمناها صار لكل واحد من الجيد والرديء مثل ما للآخر، وجبت القسمة، وأجبر الممتنع عليها، وإن لم تمكن القسمة هكذا، بأن تكون العمارة أو الشجر

---

(١) المغني لابن قدامة ٩٦/١٠

والجيد لا تمكن قسمته وحده، وأمكن التعديل بالقيمة عدلت بالقيمة، وأجبر الممتنع من القسمة عليها.
وقال الشافعي، في أحد القولين: لا يجبر الممتنع من القسمة عليها.
وقالوا: إذا كانت الأرض ثلاثين جريبا، قيمة عشرة أجربة منها كقيمة عشرين، لم يجبر الممتنع من القسمة عليها؛ لتعذر التساوي في الذرع." (١)

"ولأنه لو كان حقلان متجاوران لم يجبر الممتنع من القسمة، إذا لم تمكن إلا بأن يجعل لكل واحد منهما سهما، كذا هاهنا. **ولنا**، أنه مكان واحد، أمكنت قسمته، وتعديله، من غير رد عوض ولا ضرر، فوجبت قسمته، كالدور. ولأن ما ذكروه يفضي إلى منع وجوب القسمة في البساتين كلها والدور؛ فإنه لا يمكن تساوي الشجر وبناء الدور ومساكنها إلا بالقيمة، ولأنه مكان لو بيع بعضه وجبت فيه الشفعة لشريك البائع، فوجبت قسمته، كما لو أمكنت التسوية بالزرع.

وأما إذا كان بستانان، لكل واحد منهما طريق، أو حقلان، أو داران، أو دكانان متجاوران أو متباعدان، فطلب أحد الشريكين قسمته، بجعل كل واحد بينهما، لم يجبر الآخر على هذا، سواء كانا متساويين أو مختلفين. وهذا ظاهر مذهب الشافعي؛ لأنهما شيئان متميزان، لو بيع أحدهما، لم تجب الشفعة فيه لمالك الآخر، بخلاف البستان الواحد، والأرض الواحدة وإن عظمت، فإنه إذا بيع بعضها، وجبت الشفعة لمالك البعض الباقي، والشفعة كالقسمة؛ لأن كل واحد منهما يراد لإزالة ضرر الشركة، ونقصان التصرف، فما لا تجب قسمته، لا تجب الشفعة فيه، فكذلك ما لا شفعة فيه، لا تجب قسمته، وعكس هذا ما تجب قسمته، تجب فيه الشفعة، وما تجب الشفعة فيه، تجب قسمته. ولأنه لو بدا الصلاح في بعض البستان، كان صلاحا لباقيه وإن كان كبيرا. ولم يكن صلاحا لما جاوزه وإن كان صغيرا.

[فصل كان في الأرض زرع فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع]

(٨٣١٣) فصل: وإذا كان في الأرض زرع، فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع، أجبر الممتنع؛ لأن الزرع في الأرض كالقماش في الدار، فلم يمنع القسمة، كالقماش، وسواء خرج الزرع، أو كان بذرا لم يخرج، فإذا قسماها، بقي الزرع بينهما مشتركا، كما لو باعا الأرض لغيرهما. وإن طلب أحدهما قسمة الزرع منفردا، لم يجبر الآخر عليه؛ لأن القسمة لا بد فيها من تعديل المقسوم، وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن؛ لأنه يشترط بقاؤه في الأرض المشتركة.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٠٦

وإن طلب قسمتها مع الزرع، وكان قد خرج، جاز، وأجبر الممتنع عليه، سواء كان قصيلا، أو اشتد الحب فيه؛ لأن الزرع كالشجر في الأرض، والقسمة إفراز حق، وليست بيعا. وإن قلنا: هي بيع. لم يجبر إذا اشتد الحب؛ لأنه يتضمن بيع السنبل بعضه ببعض. ويحتمل الجواز؛ لأن السنابل هاهنا دخلت تبعا للأرض، فليست المقصود، فأشبه بيع النخلة المثمرة بمثلها.

وقال الشافعي: لا يجبر الممتنع من قسمتها مع الزرع؛ لأن الزرع مودع في الأرض للنقل عنها، فلم تجب قسمته معها كالقماش فيها.." (١)

"[فصل للشريكين أن يقتسما بأنفسهما وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما]

(٨٣١٦) فصل: ويجوز للشريكين أن يقتسما بأنفسهما، وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما، وأن ينصبا قاسما يقسم لهما، فإن نصب الحاكم قاسما لهما، فمن شرطه العدالة، ومعرفة الحساب والقيمة والقسمة، ليوصل إلى كل ذي حق حقه. وهذا قول الشافعي، إلا أنه يشترط كونه حرا.

وإن نصبا قاسما بينهما، فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة، فهو كقاسم الحاكم، في لزوم قسمته بالقرعة، وإن كان كافرا، أو فاسقا، أو غير عارف بالقسمة، لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها، ويكون وجوده كعدمه، فيما يرجع إلى لزوم القسمة. ويجزئ قاسم واحد فيما لا يحتاج إلى تقويم، فإن احتاج القسم إلى التقويم، احتاج إلى قاسمين؛ لأنه يحتاج إلى أن يكون المقوم اثنين، ولا يكفي في التقويم واحد. فمتى نصبا قاسما أو نصبه الحاكم، وكانت الشروط فيه متحققة، لزمت القسمة بقرعته. وإن اختل فيه بعض الشروط، لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما؛ لأن وجوده وعدمه واحد. وإن قسما بأنفسهما، وأقرعا، لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما بعد القرعة؛ لأنه لا حاكم بينهما، ولا من يقوم مقامه.

[فصل أجرة القسمة]

(٨٣١٧) فصل: وعلى الإمام أن يرزق القاسم من بيت المال؛ لأن هذا من المصالح، وقد روي أن عليا - رضي الله عنه - اتخذ قاسما، وجعل له رزقا من بيت المال. فإن لم يرزقه الإمام، قال الحاكم للمتقاسمين: ادفعا إلى القاسم أجرة ليقسم بينكما. فإن استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه، جاز، وإن استأجروه جميعا إجارة واحدة ليقسم بينهم الدار بأجر واحد معلوم، لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من المقسوم. وبهذا قال الشافعي.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٠٧

وقال أبو حنيفة: يكون عليهم على عدد رءوسهم؛ لأن عمله في نصيب أحدهما كعمله في نصيب الآخر، سواء تساوت سهامهم أو اختلفت، فإن الأجر بينهم سواء. **ولنا** أن أجر القسمة يتعلق بالملك، فكان بينهم على قدر الأملاك، كنفقه العبد، وما ذكروه لا يصح؛ لأن العمل في أكبر النصيبين أكثر، ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلا أو موزونا، كان كيل الكثير أكثر عملا من كيل القليل، وكذلك الوزن والزرع، وعلى أنه يبطل بالحافظ، فإن حفظ القليل والكثير سواء، ويختلف أجره باختلاف المال.

(٨٣١٨) فصل: وأجرة القسمة بينهما وإن كان أحدهما الطالب لها. وبهذا قال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي. وقال أبو حنيفة: هي على الطالب للقسمة؛ لأنها حق له. **ولنا**، أن الأجرة تجب بإفراز الأنصباء، وهم فيها سواء، فكانت الأجرة عليهما، كما لو تراضوا عليها.." [١]

"[فصل اقتسم الشريكان شيئا فبان بعضه مستحقا]

(٨٣٢٠) فصل: إذا اقتسم الشريكان شيئا، فبان بعضه مستحقا؛ نظرت، فإن كان معينا في نصيب أحدهما، بطلت القسمة. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تبطل، بل يخير من ظهر المستحق في نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقي من حقه، كما لو وجد عيبا فيما أخذه. **ولنا**، أنها قسمة لم تعدل فيها السهام، فكانت باطلة، كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال. وأما إذا بان نصيب أحدهما معيبا، فيحتمل أن تمنع المسألة، فنقول ببطلان القسمة؛ لعدم التعديل بالقيمة، ويحتمل أن يفرق بينهما، فإن العيب لا يمكن التحرز منه، فلم يؤثر في البطلان، كالبيع.

وإن كان المستحق في نصيبهما على السواء، لم تبطل القسمة؛ لأن ما يبقى لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه، ولأن القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر، وقد أفرز كل واحد منهما حقه، إلا أن يكون ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر، مثل أن يسد طريقه، أو مجرى مائه، أو وضوئه، أو نحو هذا، فتبطل القسمة؛ لأن هذا يمنع التعديل. وإن كان المستحق في نصيب أحدهما أكثر من الآخر، بطلت؛ لما ذكرناه. وإن كان المستحق مشاعا في نصيبهما، بطلت القسمة؛ لأن الثالث شريكهما وقد اقتسما من غير حضوره ولا إذنه، فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه، فاقتسما دونه. وإن كانا يعلمان المستحق حال القسمة، أو أحدهما، فالحكم فيها كما لو لم يعلماه، على ما ذكرنا من التفصيل فيه. والله أعلم.

(٨٣٢١) فصل: وإذا ظهر في نصيب أحدهما عيب لم يعلمه قبل القسمة، فله فسخ القسمة أو الرجوع

---

(١) المغني لابن قدامة ١١١/١٠

بأرش العيب؛ لأنه نقص في نصيبه، فملك ذلك، كالمشتري. ويحتمل أن تبطل القسمة؛ لأن التعديل فيها شرط، ولم يوجد، بخلاف البيع.

[فصل اقتسما دارين فأخذ كل واحد منهما دارا وبنى فيها ثم استحق نصيبه]

(٨٣٢٢) فصل: وإذا اقتسما دارين، فأخذ كل واحد منهما دارا، وبنى فيها، أو اقتسما أرضين، فبنى أحدهما في نصيبه أو غرس، ثم استحق نصيبه، ونقض بناؤه، وقلع غرسه، فإنه يرجع على شريكه بنصف البناء والغرس. ذكره." (١)

"الشريف أبو جعفر، وحكاه أبو الخطاب عن القاضي.

وقال أبو يوسف، ومحمد بن الحسن: ليس له الرجوع عليه بشيء؛ لأنه بنى وغرس باختيار نفسه، فلم يرجع بنقص ذلك على غيره، كما لو بنى في ملك نفسه. **ولنا**، أن هذه القسمة بمنزلة البيع؛ فإن الدارين لا يقسمان قسمة إجبار على أن تكون كل واحدة منهما نصيبا، وإنما يقسمان كذلك بالتراضي، فتكون جارية مجرى البيع، ولو باعه الدار جميعها، ثم بانت مستحقة، رجع عليه بالبناء كله، فإذا باعه نصفها، رجع عليه بنصفه، وكذلك يخرج في كل قسمة جارية مجرى البيع، وهي قسمة التراضي، الذي فيه رد عوض، وما لا يجبر على قسمته لضرر فيه، ونحو ذلك.

فأما قسمة الإجبار، إذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغرس فيه، فنقض البناء، وقلع الغرس، فإن قلنا: القسمة بيع. فالحكم فيها كذلك، وإن قلنا: ليست بيعا. لم يرجع؛ لأن شريكه لم يغره، ولم ينقل إليه من جهته بيع، وإنما أفرز حقه من حقه، فلم يضمن له ما غرم فيه. هذا الذي يقتضيه قول أصحابنا.

[فصل اقتسم الورثة تركة الميت ثم بان عليه دين]

(٨٣٢٣) فصل: وإذا اقتسم الورثة تركة الميت، ثم بان عليه دين لا وفاء له إلا مما اقتسموه، لم تبطل القسمة؛ لأن تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها، لأنه تعلق بها بغير رضاهم، فأشبه تعلق دين الجناية برقبة الجاني، ويفارق الرهن؛ لأن الحق يتعلق به برضا مالكه واختياره. فعلى هذا يقال للورثة: إن شئتم وفيتم الدين والقسمة بحالها، وإن أبيتم نقضت القسمة وبيعت التركة في الدين.

فإن أجاب أحدهم، وامتنع الآخر، بيع نصيب الممتنع وحده، وبقي نصيب المجيب بحاله. وإن كان ثم

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٣/١٠

وصية بجزء من المقسوم، فالحكم فيه كما لو ظهر مستحقا، على ما مر من التفصيل فيه؛ لأنه يستحق أخذه. وإن كانت الوصية بمال غير معين، مثل أن يوصي بمائة دينار، فحكمها حكم الدين، على ما بينا.

[فصل طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة]

(٨٣٢٤) فصل: وإذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة، إما في الأجزاء بأن يجعل لأحدهما بعض الدار يسكنها، أو بعض الحقل يزرعه، ويسكن الآخر، ويزرع في الباقي، أو يسكن أحدهما، ويزرع سنة، ويسكن الآخر، ويزرع سنة أخرى، لم يجبر الممتنع منهما. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة، ومالك: يجبر؛ لأن في الامتناع منه ضررا، فينتفي بقوله - عليه السلام -: «لا ضرر ولا ضرار» . ووافقنا أبو حنيفة في العبيد خاصة، على أنه لا يجبر على المهايأة. **ولنا**، أن المهايأة معاوضة، فلا يجبر عليها كالبيع، ولأن حق كل واحد في المنفعة عاجل، فلا يجوز." (١)

"تأخيره بغير رضاه، كالدين، وكما في العبيد عند أبي حنيفة، ويخالف قسمة الأصل، فإنه إفراز النصيبين، وتمييز أحد الحقين.

إذا ثبت هذا، فإنهما إذا اتفقا على المهايأة، جاز؛ لأن الحق لهما فجاز فيه ما تراضيا عليه، كقسمة التراضي، ولا يلزم، بل متى رجع أحدهما عنها، انتقضت المهايأة. ولو طلب أحدهما القسمة، كان له ذلك، وانتقضت المهايأة. ووافق أبو حنيفة وأصحابه في انتقاضها بطلب القسمة. وقال مالك: تلزم المهايأة؛ لأنه يجبر عليها عنده، فلزمت، كقسمة الأصل. **ولنا**، أنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير إجارة، فلم يلزم، كما لو أعاره شيئا ليعيره شيئا آخر إذا احتاج إليه، وفارق القسمة، فإنها إفراز حق، على ما ذكرناه.

[فصل اقتسموا دارا وحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة واحدة]

(٨٣٢٥) فصل: قال أحمد، في قوم اقتسموا دارا، وحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع، ولبعضهم نقصان، ثم باعوا الدار جملة واحدة: قسمت الدار بينهم على قدر الأذرع. يعني أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها، وهذا محمول على أن زيادة أحدهما في الأذرع كزيادة ملكه فيها. مثل أن يكون لأحدهما الخمسان، فيحصل له أربعون ذراعا، وللآخر ثلاثة أخماس، فيحصل له ستون، فإن الثمن يقسم بينهما أخماسا على قدر ملكهما في الدار، فإن كانت زيادة الأذرع لرداءة ما أخذه صاحبها، مثل دار بينهما نصفين، فأخذ

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٤/١٠

أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعا، وأخذ الآخر من رديئها ستين ذراعا، فلا ينبغي أن يقسم الثمن على قدر الأذرع، بل يقسم بينهما نصفين؛ لأن الستين هاهنا معدولة بالأربعين، فكذلك يعدل بها في الثمن. والله أعلم.

وقال أحمد، في قوم اقتسموا دارا كانت أربعة سطوح، يجري عليها الماء، فلما اقتسموا أراد أحدهم منع جريان ماء الآخر عليه، وقال: هذا شيء قد صار لي. قال: إن كان بينهما شرط أنه يرد الماء، فله ذلك فإن لم يشترط، فليس له منعه ووجهه أنهم اقتسموا الدار وأطلقوا، فاقتضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها، وكما لو اشتراها بحقوقها، ومن حقها جريان مائها في ماء كان يجري إليه معتاد له، وهو على سطح المانع، فلهذا استحقه حالة الإطلاق، فإن تشارطا على رده، فالشرط أملك، والمؤمنون على شروطهم. وقال أبو الخطاب: إذا اقتسما دارا، فحصل الطريق في نصيب أحدهما، وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه، وإلا بطلت القسمة؛ وذلك لأن القسمة تقتضي التعديل، والنصيب الذي لا طريق له لا قيمة له إلا." (١)

"أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود. وقد نص الله تعالى عليه بقوله سبحانه: ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون﴾ [النور: ١٣] . في آي سواها.

وقد روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «أربعة، وإلا حد في ظهرك» في أخبار سوى هذا. وأجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين، عدولا، ظاهرا وباطنا، وسواء كان المشهود عليه مسلما أو ذميا. وجمهور العلماء على أنه يشترط أن يكونوا رجالا أحرارا، فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد. وبه يقول مالك، والشافعي، وأصحاب الرأي. وشذ أبو ثور، فقال: تقبل فيه شهادة العبيد.

وحكي عن عطاء، وحماد، أنهما قالا: تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين؛ لأنه نقص واحد من عدد الرجال، فقام مقامه امرأتان، كالأموال. **ولنا**، ظاهر الآية، وأن العبد مختلف في شهادته في المال، فكان ذلك شبهة في الحد؛ لأنه بال شبهات يندرئ، ولا يصح قياس هذا على الأموال؛ لخفة حكمها، وشدة الحاجة إلى إثباتها، لكثرة وقوعها، والاحتياط في حفظها، ولهذا زيد في عدد شهود الزنى على شهود المال.

(٨٣٣٢) فصل: وفي الإقرار بالزنى روايتان، ذكرهما أبو بكر. وللشافعي فيه قولان؛ أحدهما، يثبت

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١١٥

بشاهدين؛ قياسا على سائر الأقارير. والثاني، لا يثبت إلا بأربعة؛ لأنه موجب لحد الزنى، أشبه فعله.

[مسألة الشهود فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال]

(٨٣٣٣) مسألة؛ قال: (ولا يقبل فيما سوى الأموال، مما يطلع عليه الرجال، أقل من رجلين) وهذا القسم نوعان؛ أحدهما، العقوبات، وهي الحدود والقصاص فلا يقبل فيه إلا شهادة رجلين، إلا ما روي عن عطاء، وحماد، أنهما قالا: يقبل فيه رجل وامرأتان؛ قياسا على الشهادة في الأموال.

ولنا، أن هذا مما يحتاط لدرئه وإسقاطه، ولهذا يندرئ بالشبهات، ولا تدعو الحاجة إلى إثباته، وفي شهادة النساء شبهة، بدليل قوله تعالى: ﴿أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾ [البقرة: ٢٨٢] . وأنه لا تقبل شهادتهن وإن كثرن، ما لم يكن معهن رجل، فوجب أن لا تقبل شهادتهن فيه. ولا يصح قياس هذا على المال، لما ذكرنا من الفرق. وبهذا الذي ذكرنا قال سعيد بن المسيب، والشعبي، والنخعي، وحماد، والزهري، وربيعة، ومالك،." (١)

"والشافعي، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين، ما خلا الزنى، إلا الحسن؛ فإنه قال: الشهادة على القتل، كالشهادة على الزنى؛ لأنه يتعلق به إتلاف النفس، فأشبه الزنى. **ولنا**، أنه أحد نوعي القصاص، فأشبه القصاص في الطرف، وما ذكره من الوصف لا أثر له، فإن الزنى الموجب للحد لا يثبت إلا بأربعة، ولأن حد الزنى حق لله تعالى يقبل الرجوع عن الإقرار به. ويعتبر في شهداء هذا النوع من الحرية والذكورية والإسلام والعدالة، ما يعتبر في شهداء الزنى، على ما سنذكره، إن شاء الله تعالى.

الثاني، ما ليس بعقوبة كالنكاح، والرجعة، والطلاق، والعتاق، والإيلاء، والظهار، والنسب، والتوكيل، والوصية إليه، والولاء، والكتابة، وأشباه هذا. فقال القاضي: المعول عليه في المذهب، أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين، ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال. وقد نص أحمد في رواية الجماعة، على أنه لا تجوز شهادة النساء في النكاح والطلاق. وقد نقل عن أحمد، في الوكالة: إن كانت بمطالبة دين - يعني تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين - فأما غير ذلك فلا.

ووجه ذلك؛ أن الوكالة في اقتضاء الدين يقصد منها المال، فيقبل فيما شهادة رجل وامرأتين، كالحوالة. قال القاضي: فيخرج من هذا، أن النكاح وحقوقه، من الرجعة وشبهها، لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٣٠

وما عداه يخرج على روايتين. وقال أبو الخطاب: يخرج في النكاح والعتاق أيضا روايتان؛ إحداهما، لا تقبل فيه إلا شهادة رجلين. وهو قول النخعي، والزهري، ومالك، وأهل المدينة، والشافعي. وهو قول سعيد بن المسيب، والحسن، وربيعة، في الطلاق. والثانية، تقبل فيه شهادة رجلين وامرأتين. روي ذلك عن جابر بن زيد، وإياس بن معاوية، والشعبي، والثوري، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

وروي ذلك في النكاح عن عطاء واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة، فيثبت برجل وامرأتين، كالمال. **ولنا**، أنه ليس بمال، ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال، فلم يكن للنساء في شهادته مدخل، كالحدود والقصاص. وما ذكروه لا يصح؛ فإن الشبهة لا مدخل لها في النكاح، وإن تصور بأن تكون المرأة مرتابة بالحمل، لم يصح النكاح. (٨٣٣٤) فصل: وقد نقل عن أحمد - رضي الله عنه - في الإعسار ما يدل على أنه لا يثبت إلا بثلاثة؛ لحديث قبيصة بن المخارق:." (١)

"بذلك شاهدا وامرأتين، أو شاهدا وحلف معه، ثبت قتل الثاني؛ لأنه خطأ موجبه المال، ولم يثبت قتل الأول؛ لأنه عمد موجبه القصاص، فهما كالجنايتين المفترقتين.

وعلى قول أبي بكر، لا يثبت شيء منهما؛ لأن الجناية عنده لا تثبت إلا بشاهدين، سواء كان موجبها المال أو غيره. ولو ادعى رجل على آخر أنه سرق منه وغصبه مالا، فحلف بالطلاق والعتاق ما سرق منه ولا غصبه، فأقام المدعي شاهدا وامرأتين شهدا بالسرقة والغصب، أو أقام شاهدا وحلف معه، استحق المسروق والمغصوب؛ لأنه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها، ولم يثبت طلاق ولا عتاق؛ لأن هذه البينة حجة في المال دون الطلاق والعتاق. وظاهر مذهب الشافعي. في هذا الفصل كمذهبنا، إلا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا.

[فصل ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده وأقام بذلك شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده]

(٨٣٤٣) فصل: ولو ادعى جارية في يد رجل أنها أم ولده، وأن ابنها ابنه منها، ولد في ملكه، وأقام بذلك شاهدا وامرأتين، أو حلف مع شاهده حكم له بالجارية؛ لأن أم الولد مملوكة له، ولهذا يملك وطأها وإجارتها وتزويجها، ويثبت لها حكم الاستيلاد بإقراره؛ لأن إقراره ينفذ في ملكه، والملك يثبت بالشاهد والمرأتين، والشاهد واليمين، ولا يحكم له بالولد؛ لأنه يدعي نسبه، والنسب لا يثبت بذلك ويدعي حريته أيضا، فعلى هذا يقر الولد في يد المنكر مملوكا له.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٣١/١٠

وهذا أحد قولي الشافعي، وقال في الآخر: يأخذها وولدها، ويكون ابنه؛ لأن من ثبتت له العين ثبت له نماؤها، والولد نماؤها. وذكر أبو الخطاب فيها عن أحمد روايتين، كقولي الشافعي. **ولنا**، أنه لم يدع الولد ملكا، وإنما يدعي حريته ونسبه، وهذان لا يثبتان بهذه البينة، فيبقيان على ما كانا عليه.

[فصل ادعى رجل أنه خالع امرأته فأنكرت]

(٨٣٤٤) فصل: وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته، فأنكرت، ثبت ذلك بشاهد وامرأتين، أو يمين المدعي؛ لأنه يدعي المال الذي خالعت به، وإن ادعت ذلك المرأة لم يثبت إلا بشهادة رجلين؛ لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج، ولا يثبت ذلك إلا بهذه البينة.

[مسألة شهادة النساء المنفردات]

(٨٣٤٥) مسألة؛ قال: (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال، مثل الرضاع، والولادة، والحيض، والعدة، وما أشبهها، شهادة امرأة عدل)." (١)

"أحدهما، من المشهود عليه، مثل العقود؛ كالبيع، والإجارة، وغيرهما من الأقوال، فيحتاج إلى أن يسمع كلام المتعاقدين، ولا تعتبر رؤية المتعاقدين، إذا عرفهما وتيقن أنه كلامهما. وبهذا قال ابن عباس، والزهري، وربيعة، والليث، وشريح، وعطاء، وابن أبي ليلى، ومالك. وذهب أبو حنيفة، والشافعي، إلى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه؛ لأن الأصوات تشتبه، فلا يجوز أن يشهد عليها من غير رؤية، كالخط. **ولنا**، أنه عرف المشهود عليه يقينا، فجازت شهادته عليه، كما لو رآه.

وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور، وإنما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقينا، وقد يحصل العلم بالسماع يقينا، وقد اعتبره الشرع بتجويزه الرواية من غير رؤية، ولهذا قبلت رواية الأعمى، ورواية من روى عن أزواج رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من غير محارمهن. وأما النوع الثاني، فسنذكره إن شاء الله تعالى في المسألة التي تلي هذا. (٨٣٥١) فصل: إذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه، جاز أن يشهد عليه، حاضرا كان أو غائبا، وإن لم يعرف ذلك، لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته، وجاز أن يشهد عليه حاضرا بمعرفة عينه. نص عليه أحمد.

قال مهنا: سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل، وهو لا يعرف اسم هذا، ولا اسم هذا، إلا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٣٦

أنه يشهد له، فقال: إذا قال: أشهد أن لهذا على هذا. وهما شاهدان جميعا، فلا بأس، وإن كان غائبا، فلا يشهد حتى يعرف اسمه. (٨٣٥٢) فصل: والمرأة كالرجل، في أنه إذا عرفها وعرف اسمها ونسبها، جاز أن يشهد عليها مع غيبتها. وإن لم يعرفها، لم يشهد عليها مع غيبتها. قال أحمد، في رواية الجماعة: لا تشهد إلا لمن تعرف، وعلى من تعرف، ولا يشهد إلا على امرأة قد عرفها، وإن كانت ممن قد عرف اسمها، ودعيت، وذهبت، وجاءت، فليشهد، وإلا فلا يشهد، فأما إن لم يعرفها، فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها.

ويجوز أن يشهد على عينها إذا عرف عينها، ونظر إلى وجهها. قال أحمد ولا يشهد على امرأة، حتى ينظر إلى وجهها. وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها. فأما من تيقن معرفتها، وتعرف بصوتها يقينا، فيجوز أن يشهد عليها إذا تيقن صوتها، على ما قدمناه في المسألة قبلها. فإن لم يعرف المشهود عليه، فعرفه عنده من يعرفه، فقد روي عن أحمد، أنه قال: لا يشهد على شهادة غيره إلا بمعرفته لها. وقال: لا يجوز للرجل أن يقول للرجل: أنا أشهد أن هذه فلانة. ويشهد على." (١)

"والزوجية؛ لأن الشهادة ممكنة فيه بالقطع، فإنها شهادة بعقد، فأشبه سائر العقود.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل إلا في النكاح، والموت، ولا تقبل في الملك المطلق؛ لأنها شهادة بمال، أشبه الدين. وقال صاحباه: تقبل في الولاء، مثل عكرمة مولى ابن عباس. **ولنا**، أن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها في الغالب بمشاهدتها، أو مشاهدة أسبابها، فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب. قال مالك: ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلا بالسماع. وقال مالك: السماع في الأحباس والولاء جائز. وقال أحمد، في رواية المروذي: اشهد أن دار بختان لبختان، وإن لم يشهدك.

وقيل له: تشهد أن فلانة امرأة فلان، ولم تشهد النكاح؟ فقال: نعم، إذا كان مستفيضا، فأشهد أقول: إن فاطمة ابنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وإن خديجة وعائشة زوجاه، وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة. فإن قيل: يمكنه العلم في هذه الأشياء بمشاهدة السبب. قلنا: وجود السبب لا يفيد العلم بكونه سببا يقينا، فإنه يجوز أن يشتري ما ليس بملك البائع، ويصطاد صيدا صاده غيره، ثم انفلت منه، وإن تصور ذلك، فهو نادر وقول أصحاب الشافعي: تمكن الشهادة في الوقف باللفظ. لا يصح؛ لأن الشهادة ليست بالعقود هاهنا، وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد، فهو بمنزلة الملك، وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد، وكذلك الحرية والولاء، وهذه جميعها لا يمكن القطع بها، كما لا يمكن القطع بالملك؛ لأنها مترتبة

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٤٠

على الملك، فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة، كالملك سواء.

قال مالك ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله – صلى الله عليه وسلم – إلا على السماع.

إذا ثبت هذا، فكلام أحمد والخرقي، يقتضي أن لا يشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الأخبار، ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم؛ لقول الخرقي: فيما تظاهرت به الأخبار، واستقرت معرفته في القلب. يعني حصل العلم به. وذكر القاضي، في " المجرد " أنه يكفي أن يسمع من اثنين عدلين، ويسكن قلبه إلى خبرهما؛ لأن الحقوق تثبت بقول اثنين. وهذا قول المتأخرين من أصحاب الشافعي. والقول الأول هو الذي يقتضيه لفظ الاستفاضة، فإنها مأخوذة من فيض الماء؛ لكثرته، ولأنه لو اكتفي فيه بقول اثنين، لا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة على الشهادة وإنما اكتفي بمجرد السماع.

[فصل الشهادة لصاحب الدار أو العقار اللذى يملك حق التصرف بملكها]

(٨٣٥٥) فصل: فإن كان في يد رجل دار أو عقار، يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى، والإعارة، والإجارة، والعمارة، والهدم، والبناء، من غير منازع، فقال أبو عبد الله بن حامد: يجوز أن يشهد له بملكها. وهو قول." (١)

"أبي حنيفة، والإصطخري من أصحاب الشافعي. قال القاضي: ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهده من الملك واليد والتصرف؛ لأن اليد ليست منحصرة في الملك، قد تكون بإجارة وإعارة وغصب، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي.

ووجه الأول، أن اليد دليل الملك، واستمرارها من غير منازع يقويها، فجرت مجرى الاستفاضة، فجاز أن يشهد بها، كما لو شاهد سبب اليد، من بيع، أو إرث أو هبة، واحتمال كونها عن غصب أو إجارة، يعارضه استمرار اليد من غير منازع، فلا يبقى مانعا، كما لو شاهد سبب اليد؛ فإن احتمال كون البائع غير مالك، والوارث والواهب، لا يمنع الشهادة. كذا هاهنا. فإن قيل: فإذا بقي الاحتمال لم يحصل العلم، ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم. قلنا: الظن يسمى علما، قال الله تعالى: ﴿فإن علمتموهن مؤمنات﴾ [الممتحنة: ١٠] . ولا سبيل إلى العلم اليقيني هاهنا، فجازت بالظن.

[فصل سمع رجلا يقول لصبي هذا ابني فشهد له بذلك]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٤٢

(٣٥٦٨) فصل: وإذا سمع رجلا يقول لصبي: هذا ابني. جاز أن يشهد به؛ لأنه مقر بنسبه. وإن سمع الصبي يقول: هذا أبي. والرجل يسمعه، فسكت، جاز أن يشهد أيضا؛ لأن سكوت الأب إقرار له والإقرار يثبت النسب، فجازت الشهادة به، وإنما أقيم السكوت هاهنا مقام الإقرار؛ لأن الإقرار على الانتساب الباطل جائز، بخلاف سائر الدعاوى، ولأن النسب يغلب فيه الإثبات، ألا ترى أنه يلحق بالإمكان في النكاح.

وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر؛ لأن السكوت ليس بإقرار حقيقي، وإنما أقيم مقامه، فاعتبرت تقويته بالتكرار، كما اعتبرت تقوية اليد في العقار بالاستمرار.

[فصل شهد عدلان أن فلانا مات وخلف من الورثة فلانا وفلانا]

(٨٣٥٧) فصل: وإذا شهد عدلان أن فلانا مات، وخلف من الورثة فلانا وفلانا، لا نعلم له وارثا غيرهما، قبلت شهادتهما. وبهذا قال: أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، والعنبري. وقال ابن أبي ليلى: لا تقبل حتى يبينا أنه لا وارث له سواهما. **ولنا**، أن هذا مما لا يمكن علمه، فيكفي فيه الظاهر، مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر. قال أبو الخطاب: سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة، أو لم يكونا. ويحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة؛ لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه، بخلاف أهل الخبرة الباطنة، فإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر،." (١)

"لم يخف عليهم. وهذا قول الشافعي.

فأما إن قالا: لا نعلم له وارثا بهذه البلدة، أو بأرض كذا وكذا. لم تقبل. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: يقضى به، كما لو قالا: لا نعلم له وارثا. وذكر ذلك مذهبا لأحمد أيضا. **ولنا**، أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث؛ لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له في تلك الأرض، ويعلمان له وارثا في غيرها، فلم تقبل شهادتهما، كما لو قالا: لا نعلم له وارثا في هذا البيت.

[مسألة يعتبر في الشاهد سبعة شروط]

(٨٣٥٨) مسألة؛ قال: (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلا، مسلما، بالغا، عدلا، لم تجز شهادته) وجملته أن يعتبر في الشاهد سبعة شروط؛ أحدها، أن يكون عاقلا، ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٤٣

إجماعا. قاله ابن المنذر. وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية؛ وذلك لأنه ليس بمحصل، ولا تحصل الثقة بقوله، ولأنه لا يأثم بكذبه، ولا يتحرز منه. الثاني، أن يكون مسلما، ونذكر هذا فيما بعد إن شاء الله تعالى.

الثالث، أن يكون بالغا، فلا تقبل شهادة صبي لم يبلغ بحال، يروى هذا عن ابن عباس. وبه قال القاسم، وسالم، وعطاء، ومكحول، وابن أبي ليلى، والأوزاعي، والثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، وأبو حنيفة، وأصحابه. وعن أحمد – رحمه الله –، رواية أخرى، أن شهادتهم تقبل في الجراح، إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التي تجارحوا عليها، وهذا قول مالك؛ لأن الظاهر صدقهم وضبطهم، فإن تفرقوا لم تقبل شهادته؛ لأنه يحتمل أن يلقنوا. ابن الزبير: إن أخذوا عند مصاب ذلك، فبالأحرى أن يعقلوا ويحفظوا. وعن الزهري، أن شهادتهم جائزة، ويستحلف أولياء المشجوج. وذكره عن مروان. وروي عن أحمد، رواية ثالثة، أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر. قال ابن حامد: فعلى هذه الرواية، تقبل شهادتهم في غير الحدود والقصاص، كالعبيد. وروي عن علي – رضي الله عنه - أن شهادة بعضهم تقبل على بعض. وروي ذلك عن شريح، والحسن، والنخعي.

قال إبراهيم: كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم. قال المغيرة: وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل، ولا على عبد. وروى الإمام أحمد، بإسناده عن مسروق، قال: كنا عند علي، فجاءه خمسة غلمة فقالوا: إنا كنا ستة غلمة نتغاط،." (١)

"ولأن فسقهم لا يدل على كذبهم؛ لكونهم ذهبوا إلى ذلك تدينا واعتقادا أنه الحق، ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه، بخلاف فسق الأفعال.

قال أبو الخطاب: ويتخرج على قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، أن الفسق الذي يتدين به من جهة الاعتقاد لا ترد الشهادة به. وقد روي عن أحمد جواز الرواية عن القدري، إذا لم يكن داعية، فكذلك الشهادة. **ولنا**، أنه أحد نوعي الفسق، فترد به الشهادة، كالنوع الآخر؛ ولأن المبتدع فاسق، فترد شهادته، للآية والمعنى. الشرط الخامس، أن يكون متيقظا حافظا لا يشهد به، فإن كان مغفلا، أو معروفا بكثرة الغلط، لم تقبل شهادته

الشرط السادس، أن يكون ذا مروءة. الشرط السابع، انتفاء الموانع. وسنشرح هذه الشروط في مواضعها، إن شاء الله تعالى.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٤٤

[فصل شهادة البدوي على من هو من أهل القرية]

(٨٣٥٩) فصل: ظاهر كلام الخرقي، أن شهادة البدوي على من هو من أهل القرية، وشهادة أهل القرية على البدوي، صحيحة إذا اجتمعت هذه الشروط. وهو قول ابن سيرين، وأبي حنيفة، والشافعي، وأبي ثور. واختاره أبو الخطاب. وقال الإمام أحمد: أخشى أن لا تقبل شهادة البدوي على صاحب القرية. فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته. وهو قول جماعة من أصحابنا، ومذهب أبي عبيد. وقال مالك كقول أصحابنا، فيما عدا الجراح، وكقول الباقين في الجراح احتياطا للدماء.

واحتج أصحابنا بما روى أبو داود، في " سننه "، عن أبي هريرة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا تجوز شهادة بدوي على صاحب قرية» . ولأنه متهم، حيث عدل عن أن يشهد قرويا ويشهد بدويا. قال أبو عبيد: ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى، والجفاء في الدين.

ولنا، أن من قبلت شهادته على أهل البدو، قبلت شهادته على أهل القرية، كأهل القرى، ويحمل الحديث." (١)

"**ولنا**، ما روى أبو موسى، قال: سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «من لعب بالنردشير، فقد عصى الله ورسوله» . وروى بريدة، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «من لعب بالنردشير، فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه» . رواهما أبو داود. وكان سعيد بن جبير إذا مر على أصحاب النردشير، لم يسلم عليهم. إذا ثبت هذا، فمن تكرر منه اللعب به، لم تقبل شهادته، سواء لعب به قمارا أو غير قمار. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، وظاهر مذهب الشافعي. قال مالك: من لعب بالنرد والشطرنج، فلا أرى شهادته طائلة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فماذا بعد الحق إلا الضلال﴾ [يونس: ٣٢] . وهذا ليس من الحق، فيكون من الضلال.

(٨٣٦٢) فصل: فأما الشطرنج فهو كالنرد في التحريم، إلا أن النرد آكد منه في التحريم؛ لورود النص في تحريمه، لكن هذا في معناه، فيثبت فيه حكمه، قياسا عليه. وذكر القاضي أبو الحسين ممن ذهب إلى تحريمه؛ علي بن أبي طالب، وابن عمر، وابن عباس، وسعيد بن المسيب والقاسم وسالما، وعروة، ومحمد بن علي بن الحسين، ومطرا الوراق، ومالكا. وهو قول أبي حنيفة. وذهب الشافعي إلى إباحته.

وحكى ذلك أصحابه عن أبي هريرة، وسعيد بن المسيب، وسعيد بن جبير. واحتجوا بأن الأصل الإباحة،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٤٧

ولم يرد بتحريمها نص، ولا هي في معنى المنصوص عليه، فتبقى على الإباحة. ويفارق الشطرنج النرد من وجهين؛ أحدهما، أن في الشطرنج تدبير الحرب، فأشبه اللعب بالحراب، والرمي بالنشاب، والمسابقة بالخيل. والثاني، أن المعول في النرد ما يخرجه الكعبتان، فأشبه الأزلام، والمعول في الشطرنج على حذقه وتدبيره، فأشبه المسابقة بالسهام. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ [المائدة: ٩٠] .

قال علي - رضي الله عنه -: الشطرنج من الميسر. ومر علي - رضي الله عنه - على قوم يلعبون بالشطرنج، فقال: (ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون) . قال أحمد: أصح ما في الشطرنج، قول علي - رضي الله عنه -. وروى واثلة بن الأسقع - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «إن الله عز وجل ينظر." (١)

"فسمع مثل هذا، فصنع مثل هذا» . رواه الخلال، في " جامعه " من طريقين، ورواه أبو داود في " سننه "، وقال: حديث منكر. وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزمار، وقالوا: لو كان حراما لمنع النبي - صلى الله عليه وسلم - ابن عمر من سماعه، ومنع ابن عمر نافعا من استماعه، ولأنكر على الزامر بها. قلنا: أما الأول فلا يصح؛ لأن المحرم استماعها دون سماعها، والاستماع غير السماع، ولهذا فرق الفقهاء في سجود التلاوة بين السامع والمستمع، ولم يوجبوا على من سمع شيئا محرما سد أذنيه، وقال الله تعالى: ﴿وإذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه﴾ [القصص: ٥٥] . ولم يقل: سدوا آذانهم.

والمستمع هو الذي يقصد السماع، ولم يوجد هذا من ابن عمر، وإنما وجد منه السماع؛ ولأن بالنبي - صلى الله عليه وسلم - حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه؛ لأنه عدل عن الطريق، وسد أذنيه، فلم يكن ليرجع إلى الطريق، ولا يرفع إصبعيه عن أذنيه، حتى ينقطع الصوت عنه، فأبيح للحاجة. وأما الإنكار، فلعله كان في أول الهجرة، حين لم يكن الإنكار واجبا، أو قبل إمكان الإنكار؛ لكثرة الكفار، وقلة أهل الإسلام. فإن قيل: فهذا الخبر ضعيف، فإن أبا داود رواه، وقال: هو حديث منكر. قلنا: قد رواه الخلال بإسناده من طريقين، فلعل أبا داود ضعفه لأنه لم يقع له إلا من إحدى الطريقين.

وضرب مباح؛ وهو الدف؛ فإن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «أعلنوا النكاح، واضربوا عليه بالدف» . أخرجه مسلم. وذكر أصحابنا، وأصحاب الشافعي، أنه مكروه في غير النكاح؛ لأنه يروى عن عمر، أنه كان إذا سمع صوت الدف، بعث فنظر، فإن كان في وليمة سكت، وإن كان في غيرها، عمد بالدرة. **ولنا**،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٥١/١٠

ما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أن امرأة جاءته، فقالت: إني نذرت إن رجعت من سفرك سالما، أن أضرب على رأسك بالدف. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: أوف بنذرك» . رواه أبو داود.

ولو كان مكروها لم يأمرها به وإن كان منذورا. وروت الربيع بنت معوذ، قالت: «دخل علي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - صبيحة بني بي، فجعلت جويريات يضربن بدف لهن، ويندبن من قتل من آبائي يوم بدر، إلى أن قالت إحداهن: وفينا نبي يعلم ما في غد. فقال: دعي هذا، وقولي الذي كنت تقولين» متفق عليه.." (١)

"ذلك منه، فينبغي أن ترد شهادته؛ لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة.

ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له الأخذ من غير مسألة، لم ترد شهادته؛ لأنه فعل جائز، لا دناءة فيه. وإن أخذ منها ما لا يجوز له وتكرر ذلك منه، ردت شهادته؛ لأنه مصر على الحرام.

[فصل شهادة من فعل شيئا من الفروع مختلفا فيه معتقدا إباحته]

(٨٣٧٢) فصل: ومن فعل شيئا من الفروع مختلفا فيه معتقدا إباحته، لم ترد شهادته، كالمتزوج بغير ولي، أو بغير شهود، وآكل متروك التسمية، وشارب يسير النبيذ. نص عليه أحمد، في شارب النبيذ، يحد، ولا ترد شهادته. وبهذا قال الشافعي.

وقال مالك: ترد شهادته؛ لأنه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه، فأشبه المتفق على تحريمه. **ولنا**، أن الصحابة - رضي الله عنهم -، كانوا يختلفون في الفروع، فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه، ولا يفسقه، ولأنه نوع مختلف فيه، فلم ترد شهادة فاعله، كالذي يوافقه عليه الحاكم. وإن فعل ذلك معتقدا تحريمه، ردت شهادته به إذا تكرر. وقال أصحاب الشافعي: لا ترد شهادته به؛ لأنه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس، فلا ترد به شهادة البعض الآخر، كالمتفق على حله. **ولنا**، أنه فعل يحرم على فاعله، ويأثم به، فأشبه المجمع على تحريمه، وبهذا فارق معتقد حله. وقد روي عن أحمد، في من يجب عليه الحج فلا يحج: ترد شهادته.

وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور. فأما من يعتقد أنه على التراخي، ويتركه بنية فعله، فلا ترد شهادته، كسائر ما ذكرنا. ويحتمل أن ترد شهادته مطلقا لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من قدر على الحج فلم يحج، فليمت إن شاء يهوديا أو نصرانيا» . وقال عمر: لقد هممت أن أنظر في الناس، فمن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٥٤

وجدته يقدر على الحج ولا يحج، ضربت عليه الجزية، ثم قال: ما هم بمسلمين، ما هم بمسلمين.

[مسألة شهادة الكفار من أهل الكتاب في الوصية في السفر]

(٨٣٧٣) مسألة؛ قال: (وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب، في الوصية في السفر، إذا لم يكن غيرهم) وجملته، أنه إذا شهد بوصية المسافر الذي مات في سفره شاهدان من أهل الذمة، قبلت شهادتهما، إذا لم يوجد غيرهما، ويستحلفان بعد العصر ما خانا ولا كتما، ولا اشتريا به ثمنا قليلا ﴿ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين﴾ [المائدة: ١٠٦] .." (١)

"[فصل شهد الشريك لشريكه في غير ما هو شريك فيه]

(٨٣٧٧) فصل: وإن شهد الشريك لشريكه، في غير ما هو شريك فيه، أو الوكيل لموكله، في غير ما هو وكيل فيه، أو العدو لعدوه، أو الوارث لموروثه بمال، أو بالجرح بعد الاندمال، أو شهد أحد الشفيعين، بعد أن أسقط شفعته على الآخر، بإسقاط شفعته، أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر، بما يسقط وصيته، أو كانت إحدى الوصيتين لا تزاحم الأخرى، ونحو ذلك مما لا تهمة فيه، قبلت؛ لأن المقتضي لقبول الشهادة متحقق، والمانع منتف فوجب قبولها، عملا بالمقتضي.

[مسألة شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة]

(٨٣٧٨) مسألة؛ قال: ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة وجملته أنه يعتبر في الشاهد أن يكون موثوقا بقوله؛ لتحصل غلبة الظن بصدقه، ولذلك اعتبرنا العدالة، ومن يكثر غلطه وتغفله، لا يوثق بقوله؛ لاحتمال أن يكون من غلطاته، فربما شهد على غير من استشهد عليه، أو لغير من شهد له، أو بغير ما استشهد به، وإذا كان مغفلا، فربما استزله الخصم بغير شهادته، فلا تحصل الثقة بقوله. ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر، أو غفلة نادرة؛ لأن أحدا لا يسلم من ذلك، فلو منع ذلك الشهادة، لانسد بابها، فاعتبرنا الكثرة في المنع، كما اعتبرنا كثرة المعاصي في الإخلال بالعدالة.

[مسألة شهادة الأعمى]

(٨٣٧٩) مسألة؛ قال: وتجوز شهادة الأعمى، إذا تيقن الصوت روي هذا عن علي، وابن عباس. وبه قال ابن سيرين، وعطاء، والشعبي، والزهري، ومالك، وابن أبي ليلى، وإسحاق، وابن المنذر. وقال أبو حنيفة،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٦٤/١٠

والشافعي: لا تقبل شهادته.

وروي ذلك عن النخعي، وأبي هاشم، واختلف عن الحسن، وإياس، وابن أبي ليلى. وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة، وإذا أقر عند أذنه ويد الأعمى على رأسه، ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم، فشهد عليه، ولم يجزها في غير ذلك؛ لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال، لا تجوز على الأقوال، كالصبي، ولأن الأصوات تشتبه، فلا يحصل اليقين، فلم يجز أن يشهد بها، كالخط. **ولنا**، قوله تعالى: ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [البقرة: ٢٨٢] .

وسائر الآيات في الشهادة، ولأنه رجل عدل مقبول الرواية، فقبلت شهادته، كالبصير، وفارق الصبي، فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية،." (١)

"ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين، وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمى، وكثرت صحبته له، وعرف صوته يقينا، فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه، كالبصير، ولا سبيل إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال. قال قتادة: للسمع قيافة كقيافة البصر. ولهذا قال أصحاب الشافعي: تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة، ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين، ولا بد أن يعرفهما حتى يعرف عدالتهما، فإذا صح أن يعرف الشاهدين، صح أن يعرف المقر.

ولا خلاف في قبول روايته، وجواز استماعه من زوجته إذا عرف صوتها، وصحة قبوله النكاح، وجواز اشتباه الأصوات، كجواز اشتباه الصور، وفارق الأفعال؛ فإن مدركها الرؤية، وهي غير ممكنة من الأعمى، والأقوال مدركها السمع، وهو يشارك البصير فيه، وربما زاد عليه، يفارق الخط، فإنه لو تيقن من كتب الخط، أو رآه وهو يكتبه، لم يجز أن يشهد بما كتب فيه. إذا ثبت هذا، فإنه لا يءوز أن يشهد إلا إذا تيقن الصوت، وعلم المشهود عليه يقينا. فإن جوز أن يكون صوت غيره، لم يجز أن يشهد به، كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه، فلم يعرفه.

[فصل تحمل الشهادة على فعل ثم عمي]

(٨٣٨٠) فصل: فإن تحمل الشهادة على فعل، ثم عمي، جاز أن يشهد به، إذا عرف المشهود عليه باسمه ونسبه. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تجوز شهادته أصلا؛ لأنه لا يجوز أن يكون حاكما. **ولنا**، ما تقدم؛ ولأن العمى فقد حاسة لا تخل بالتكليف، فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم، ويفارق الحكم، فإنه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٧٠

يعتبر له من شروط الكمال ما لا يعتبر للشهادة، ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما، فإن لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه، لكن تيقن صوته؛ لكثرة إلفه له، صح أن يشهد به أيضا؛ لما ذكرنا في أول المسألة.

وإن شهد عند الحاكم، ثم عمي قبل الحكم بشهادته، جاز الحكم بها. وبهذا قال الشافعي، وأبو يوسف، ومحمد. وقال أبو حنيفة: لا يجوز الحكم بها؛ لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق، فمنع الحكم بها، كالفسق. **ولنا**، أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة، لا يورث تهمة في حال الشهادة، فلم يمنع قبولها كالموت، وفارق الفسق؛ فإنه يورث تهمة حال الشهادة.

[فصل شهادة الأخرس]

(٨٣٨١) فصل: ولا تجوز شهادة الأخرس بحال. نص عليه أحمد - رضي الله عنه - فقال: لا تجوز شهادة الأخرس قيل له: وإن." (١)

"وعنه رواية ثالثة، تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه، في ما لا تهمة فيه، كالنكاح، والطلاق، والقصاص، والمال إذا كان مستغنى عنه؛ لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك، فلا تهمة في حقه. وروي عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبولة. وروي ذلك عن شريح. وبه قال عمر بن عبد العزيز، وأبو ثور، والمزني، وداود، وإسحاق، وابن المنذر؛ لعموم الآيات، ولأنه عدل تقبل شهادته في غير هذا الموضع، فتقبل شهادته فيه، كالأجنبي. **ولنا**، ما روى الزهري، عن عروة، عن عائشة، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة، ولا ذي غمر على أخيه، ولا ظنين في قرابة ولا ولاء» .

والظنين: المتهم، والأب يتهم لولده؛ لأن ماله كما له بما ذكرناه، ولأن بينهما بعضية، فكأنه يشهد لنفسه، ولهذا قال - عليه السلام -: «فاطمة بضعة مني، يريبني ما رابها» . ولأنه متهم في الشهادة لولده، كتهمة العدو في الشهادة على عدوه، والخبر أخص من الآيات، فتخص به.

[فصل شهادة أحدهما على صاحبه الوالد وولده]

(٨٣٨٣) فصل: فأما شهادة أحدهما على صاحبه، فتقبل. نص عليه أحمد. وهذا قول عامة أهل العلم،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٧١

ولم أجد عن أحمد في " الجامع " فيه خلافا؛ وذلك لقول الله تعالى: ﴿كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين﴾ [النساء: ١٣٥] . فأمر بالشهادة عليهم، ولو لم تقبل لما أمر بها، ولأنها إنما ردت للتهمة في إيصال النفع، ولا تهمة في شهادته عليه، فوجب أن تقبل، كشهادة الأجنبي، بل أولى، فإن شهادته لنفسه لما ردت للتهمة في إيصال النفع إلى نفسه، كان إقراره عليه مقبولا. وحكى القاضي، في المجرد رواية أخرى، أن شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه؛ لأن شهادته له غير مقبولة، فلا تقبل عليه، كالفاسق.

وقال بعض الشافعية: لا تقبل شهادة الابن على أبيه في قصاص، ولا حد قذف؛ لأنه لا يقتل بقتله، ولا يحد بقذفه، فلا يلزمه ذلك. والمذهب الأول؛ لما ذكرنا، ولأنه يتهم له ولا يتهم عليه، فشهادته عليه أبلغ في الصدق، كإقراره على نفسه.

[فصل شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجها لها]

(٨٣٨٤) فصل: وإن شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما، وقذف زوجها لها، قبلت شهادتهما؛ لأن حق أمهما لا يزداد به،." [(١)]

"وقال: ﴿لا تدخلوا بيوت النبي﴾ [الأحزاب: ٥٣] . فأضاف البيوت إليهن تارة، وإلى النبي - صلى الله عليه وسلم - أخرى، وقال: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾ [الطلاق: ١] . وقال عمر، للذي قال له: إن غلامي سرق مرآة امرأتي: لا قطع عليه، عبدكم سرق مالكم. ويفارق عقد الإجارة من هذه الوجوه كلها.

[مسألة شهادة الأخ لأخيه]

(٨٣٨٨) مسألة؛ قال: (وشهادة الأخ لأخيه جائزة) قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن شهادة الأخ لأخيه جائزة. روي هذا عن ابن الزبير. وبه قال شريح، وعمر بن عبد العزيز، والشعبي، والنخعي، والثوري، ومالك، والشافعي، وأبو عبيد، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. وحكي عن ابن المنذر، عن الثوري، أنه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم.

وعن مالك، أنه لا تقبل شهادته لأخيه إذا كان منقطعا إليه في صلته وبره؛ لأنه متهم في حقه. وقال ابن المنذر: قال مالك: لا تجوز شهادة الأخ لأخيه في النسب، وتجوز في الحقوق. ولنا عموم الآيات، ولأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٧٣

عدل غير متهم، فتقبل شهادته له كالأجنبي، ولا يصح القياس على الوالد والولد؛ لأن بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الأخ.

[فصل شهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب]

(٨٣٨٩) فصل: وشهادة العم وابنه، والخال وابنه، وسائر الأقارب، أولى بالجواز؛ فإن شهادة الأخ إذا أجيزت مع قربه، كان تنبيها على شهادة من هو أبعد منه، بطريق الأولى.

[فصل شهادة أحد الصديقين لصاحبه]

(٨٣٩٠) فصل: وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه، في قول عامة العلماء، إلا مالكا، قال: لا تقبل شهادة الصديق الملاطف؛ لأنه يجر إلى نفسه نفعا بها، فهو متهم، فلم تقبل شهادته، كشهادة العدو على عدوه. **ولنا**، عموم أدلة الشهادة، وما قاله يبطل بشهادة الغريم للمدين قبل الحجر، وإن كان ربما قضاه دينه منه، فجر إلى نفسه نفعا أعظم مما يرجى هاهنا بين الصديقين. فأما العداوة، فسببها محظور، وفي الشهادة عليه شفاء غيظه منه، فخالفت الصداقة.

[مسألة شهادة العبد]

(٨٣٩١) مسألة؛ قال: وتجوز شهادة العبد في كل شيء، إلا في الحدود، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء." (١)

"الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة؛ (٨٣٩٢) الفصل الأول: في قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص، فالمذهب أنها مقبولة. روي ذلك عن علي، وأنس - رضي الله عنهما -. قال أنس: ما علمت أن أحدا رد شهادة العبد.

وبه قال عروة، وشريح، وإياس، وابن سيرين، والبتي، أبو ثور، وداود، وابن المنذر. وقال عطاء، ومجاهد، والحسن، ومالك، والأوزاعي، والثوري، وأبو حنيفة، والشافعي، وأبو عبيد: لا تقبل شهادته؛ لأنه غير ذي مروءة، ولأنها مبنية على الكمال لا تتبعض، فلم يدخل فيها العبد، كالميراث. وقال الشعبي، والنخعي، والحكم: تقبل في الشيء اليسير. **ولنا**، عموم آيات الشهادة، وهو داخل فيها، فإنه من رجالنا، وهو عدل

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٧٥

تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية.

وروى عقبة بن الحارث، قال: «تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء، فقالت: قد أرضعتكما. فذكرت ذلك لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: كيف، وقد زعمت ذلك؟» . متفق عليه. وفي رواية أبي داود، «فقلت: يا رسول الله، إنها لكاذبة. قال: وما يدريك، وقد قالت ما قالت، دعها عنك» . ولأنه عدل غير متهم، فتقبل شهادته، كالحر ولا نسلم أنه غير ذي مروءة، فإنه كالحر ينقسم إلى من له مروءة، ومن لا مروءة له، وقد يكون منهم الأمراء والعلماء والصالحون والأتقياء.

سئل إياس بن معاوية، عن شهادة العبيد، فقال: أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صهيب وكان منهم زياد بن أبي زياد مولى ابن عباس، من العلماء الزهاد، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره، ويكرمه. ومنهم عكرمة مولى ابن عباس، أحد العلماء الثقات. وكثير من العلماء الموالي كانوا عبيدا، أو أبناء عبيد، لم يحدث فيهم بالإعتاق إلا الحرية، والحرية لا تغير طبعا، ولا تحدث علما، ولا مروءة، ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة. ولا يصح قياس الشهادة على الميراث، فإن الميراث خلافة للموروث في ماله وحقوقه، والعبد لا يمكنه الخلافة؛ لأن ما يصير إليه يملكه سيده، فلا يمكن أن يخلف فيه، ولأن الميراث يقتضي التمليك، والعبد لا يملك، ومبنى الشهادة على العدالة التي هي مظنة الصدق، وحصول الثقة من القول، والعبد أهل لذلك، فوجب أن تقبل شهادته.." (١)

"(٨٣٩٣) الفصل الثاني: أن شهادته لا تقبل في الحد، وفي القصاص احتمالان؛ أحدهما، تقبل شهادته فيه؛ لأنه حق آدمي، لا يصح الرجوع عن الإقرار به، فأشبه الأموال. والثاني، لا تقبل؛ لأنه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات، فأشبه الحد، وذكر الشريف، وأبو الخطاب، في العقوبات كلها من الحدود والقصاص روايتين؛ إحداهما، تقبل؛ لما ذكرنا، ولأنه رجل عدل، فتقبل شهادته فيها، كالحر. والثانية، لا تقبل. وهو ظاهر المذهب؛ لأن الاختلاف في قبول شهادته في الأموال نقص وشبهة، فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات؛ ولأنه ناقص الحال، فلم تقبل شهادته في الحد والقصاص، كالمرأة.

[فصل في شهادة الأمة]

(٨٣٩٤) الفصل الثالث: شهادة الأمة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء؛ لأن النساء لا تقبل شهادتهن في الحدود والقصاص، وإنما تقبل في المال أو سببه، والأمة كالحرة فيما عداهما، فساوتهن في الشهادة،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٧٦/١٠

وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث.

[فصل شهادة المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه]

فصل: وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه، حكم القن، فيما ذكرنا؛ لأن الرق فيهم، وقد روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه قال: لا تجوز شهادة المكاتب.، وبه قال عطاء، والشعبي، والنخعي. **ولنا**، ما ذكرناه في العبد، وإذا ثبت الحكم في القن، ففي هؤلاء أولى؛ لأنهم أكمل منه، لوجود أسباب الحرية فيهم.

[مسألة شهادة ولد الزنى]

(٨٣٩٦) مسألة؛ قال: وشهادة ولد الزنى جائزة، في الزنى وغيره هذا قول أكثر أهل العلم؛ منهم عطاء، والحسن، والشعبي، والزهري، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو حنيفة، وأصحابه. وقال مالك، والليث: لا تجوز شهادته في الزنى وحده؛ لأنه متهم، فإن العادة في من فعل قبيحا، أنه يحب أن يكون له نظراء. وحكي عن عثمان، أنه قال: ودت الزانية أن النساء كلهن زنين.

ولنا، عموم الآيات، وأنه عدل مقبول الشهادة في غير الزنى، فقبل في الزنى كغيره، ومن قبلت شهادته في القتل، قبلت في الزنى، كولد الرشدة. قال ابن المنذر: وما احتجوا به غلط من وجوه؛ أحدها، أن ولد الزنى لم يفعل فعلا قبيحا، يحب أن يكون له نظراء فيه. والثاني، أنني لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتا عنه، وأشبه ذلك أن لا يكون ثابتا عنه، وغير جائز أن يطلق عثمان كلاما بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره.." (١)

"هذه الزيادة فدل ذلك على أنها من غلطه، ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود في غير القذف بعد توبته، ثم لو قدر صحته، فالمراد به من لم يتب، بدليل: كل محدود تائب سوى هذا.

وأما الفصل الثاني فدليلنا فيه الآية، فإنه رتب على رمي المحصنات ثلاثة أشياء؛ إيجاب الجلد، ورد الشهادة، والفسق، فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمي الذي لم يمكنه تحقيقه، كالجلد؛ ولأن الرمي هو المعصية والذنب الذي يستحق به العقوبة، وتثبت به المعصية الموجبة لرد الشهادة، والحد كفارة وتطهير، فلا يجوز تعليق رد الشهادة به، وإنما الجلد، ورد الشهادة حكمان للقذف، فيثبتان جميعا به، وتتخلف

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٧٧

استيفاء أحدهما، لا يمنع ثبوت الآخر. وقولهم: إنما يتحقق بالجلد.
لا يصح؛ لأن الجلد حكم القذف الذي تعذر تحقيقه، فلا يستوفى قبل تحقق القذف، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه، ويصير متحققا بعده؟ هذا باطل.

(٨٣٩٨) فصل: والقاذف في الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب، والشاهد بالزنى إذا لم تكمل البينة، تقبل روايته دون شهادته. وحكي عن الشافعي، أن شهادته لا ترد. **ولنا**، أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكرة، وقال له: تب، أقبل شهادتك. وروايته مقبولة، ولا نعلم خلافا في قبول رواية أبي بكرة، مع رد عمر شهادته.

[مسألة توبة القاذف الممنوع من الشهادة]
(٨٣٩٩) مسألة؛ قال: وتوبته أن يكذب نفسه. ظاهر كلام أحمد والخرقي، أن توبة القاذف إكذاب نفسه، فيقول: كذبت فيما قلت. وهذا منصوص الشافعي، واختيار الإصطخري من أصحابه. قال ابن عبد البر: وممن قال هذا سعيد بن المسيب، وعطاء، وطاوس، والشعبي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور، لما روى الزهري، عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي - صلى الله عليه وسلم - «أنه قال، في قوله تعالى: ﴿إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم﴾ [النور: ٥] . قال: توبته إكذاب نفسه» .
ولأن عرض المقذوف تلوث بقذفه، فإكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث، فتكون التوبة به، وذكر القاضي أن القذف إن كان سبا، فالتوبة منه إكذاب نفسه، وإن كان شهادة، فالتوبة منه أن يقول: القذف حرام باطل، ولن أعود إلى ما قلت. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي. قال: وهو المذهب؛ لأنه قد يكون صادقا، فلا يؤمر بالكذب، والخبر محمول على الإقرار بالبطلان؛ لأنه نوع إكذاب." (١)
"[فصل لا يعتبر في أحكام التوبة من قبول الشهادة]
(٨٤٠١) فصل: ظاهر كلام أحمد والخرقي، أنه لا يعتبر في ثبوت أحكام التوبة، من قبول الشهادة، وصحة ولايته في النكاح، إصلاح العمل. وهو أحد القولين للشافعي، وفي القول الآخر، يعتبر إصلاح العمل، إلا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنى، ولم يكمل عدد الشهود، فإنه يكفي مجرد التوبة من غير اعتبار إصلاح، وما عداه فلا تكفي التوبة حتى تمضي عليه سنة، تظهر فيها توبته، ويتبين فيها صلاحه. وذكر أبو الخطاب هذا رواية لأحمد؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا﴾ [النور: ٥] .

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٨٠

وهذا نص، فإنه نهى عن قبول شهادتهم، ثم استثنى التائب المصلح؛ ولأن عمر - رضي الله عنه - لما ضرب صبيغا أمر بهجرانه، حتى بلغته توبته، فأمر أن لا يكلم إلا بعد سنة. **ولنا**، قوله - عليه السلام -: «التوبة تجب ما قبلها» .

وقوله: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» . ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة، فكذلك الأحكام، ولأن التوبة من الشرك بالإسلام لا تحتاج إلى اعتبار ما بعده، وهو أعظم الذنوب كلها، فما دونه أولى. فأما الآية، فيحتمل أن يكون الإصلاح هو التوبة، وعطفه عليها لاختلاف اللفظين، ودليل ذلك، قول عمر لأبي بكرة: تب، أقبل شهادتك. ولم يعتبر أمرا آخر، ولأن من كان غاصبا، فرد ما في يديه، أو مانعا للزكاة، فأداها وتاب إلى الله تعالى، قد حصل منه الإصلاح، وعلم نزوعه عن معصيته بأداء ما عليه، ولو لم يرد التوبة، ما أدى ما في يديه، ولأن تقيده بالسنة تحكم لم يرد الشرع به، والتقدير إنما يثبت بالتوقيف، وما ورد عن عمر في حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعة، وكانت توبته بسبب الضرب والهجران، فيحتمل أنه أظهر التوبة تسترا، بخلاف مسألتنا.

وقد ذكر القاضي، أن التائب من البدعة يعتبر له مضي سنة، لحديث صبيغ. رواه أحمد في " الورع "، قال: ومن علامة توبته، أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع، ويوالي من كان يعاديه من أهل السنة. والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها، إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الإكراه، كتوبة صبيغ، فيعتبر له مدة تظهر أن توبته عن إخلاص، لا عن إكراه. وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية: تب، أقبل شهادتك.." (١)

"[فصل كيفية الأداء إذا كان قد استرعاه الشهادة]

(٨٤١١) فصل: فأما كيفية الأداء إذا كان قد استرعاه الشهادة، فإنه يقول: أشهد أن فلان بن فلان، وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته، أشهدني أنه يشهد أن لفلان بن فلان، على فلان بن فلان، كذا وكذا، أو أن فلانا أقر عندي بكذا. وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها. وإن سمعه يشهد غيره، قال: أشهد أن فلان بن فلان، أشهد على شهادته أن لفلان بن فلان، على فلان بن فلان، كذا وكذا.

وإن كان سمعه يشهد عند الحاكم قال: أشهد أن فلان بن فلان، شهد على فلان بن فلان، عند الحاكم بكذا. وإن كان نسب الحق إلى سببه، قال: أشهد أن فلان بن فلان قال: أشهد أن لفلان بن فلان، على فلان بن فلان كذا وكذا، من جهة كذا وكذا. وإذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك، كتبه، على ما ذكرنا في الأداء.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٨٣/١٠

[فصل الذكورية في شهود الفرع]

(٨٤١٢) فصل: واختلفت الرواية في شرط خامس، وهو الذكورية في شهود الفرع؛ فعن أحمد، أنها شرط، فلا يقبل في شهود الفرع نساء بحال، سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء، أو لا. وهذا قول مالك، والثوري، والشافعي؛ لأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الأصل دون الحق وليس ذلك بمال، ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال، فأشبه القصاص والحد.

والثانية، للنساء مدخل فيما لو كان الشهود به يثبت بشهادتهن في الأصل. قال حرب: قيل لأحمد: فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين، تجوز؟ قال: نعم. يعني إذا كان معهما رجل. وذكر الأوزاعي، قال: سمعت نمير بن أوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة. ووجهه، أن المقصود بشهادة الفروع، إثبات الحق الذي يشهد به شهود الأصل، فقبلت فيه شهادتهن، كالبيع. ويفارق الحد والقصاص؛ فإنه ليس القصد من الشهادة به إثبات مال بحال.

فأما شهود الأصل، فيدخل النساء فيه، فيجوز أن يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين، في كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال، في قول أكثر أهل العلم. وذكر أبو الخطاب في المنع منه رواية أخرى؛ لأن في الشهادة على الشهادة ضعفا؛ لما ذكرنا من قبل، فلا مدخل للنساء فيها؛ لأنها تزداد بشهادتهن ضعفا. **ولنا**، أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل، فهي تثبت بشهادتهم، وإن كانوا يثبتون نفس الحق، فهي تثبت بشهادتهم، ولأن النساء شهدن بالمال، أو ما يقصد به المال، فيثبت بشهادتهن، كما لو أدينها عند الحاكم. وما ذكر للرواية الأخرى، لا أصل له.

[فصل يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع]

فصل: ويجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدي الأصل شاهد فرع، فيشهد شاهدا فرع على شاهدي أصل. قال." (١)

"القاضي: لا يختلف كلام أحمد في هذا. وهو قول شريح، والشعبي، والحسن، وابن شبرمة، وابن أبي ليلى، والثوري، وإسحاق، والبتي، والعنبري، ونمير بن أوس.

قال إسحاق: لم يزل أهل العلم على هذا، حتى جاء هؤلاء وقال أحمد: وشاهد على شاهد يجوز، لم يزل

---

(١) المغني لابن قدامة ١٩١/١٠

الناس على ذا؛ شريح فمن دونه، إلا أن أبا حنيفة أنكره. وذهب أبو عبد الله بن بطة، إلى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع. وهذا قول أبي حنيفة، ومالك، والشافعي؛ لأن شاهدي الفرع يثبتان شهادة شاهدي الأصل، فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين، كما لا يثبت إقرار مقرين بشهادة اثنين، يشهد على كل واحد منهما واحد.

ولنا، أن هذا يثبت بشاهدين، وقد شهد اثنان بما يثبته، فيثبت، كما لو شهدا بنفس الحق، ولأن شاهدي الفرع بدل من شهود الأصل، فيكفي في عددها ما يكفي في شهادة الأصل، ولأن هذا إجماع، على ما ذكره أحمد وإسحاق، ولأن شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الأصل حقا عليهما، فوجب أن يقبل فيه قول واحد، كأخبار الديانات، فإنهم إنما ينقلون الشهادة، وليست حقا عليهم، ولهذا لو أنكراها لم يعد الحاكم عليهما، ولم يطلبها منهما. وهذا الجواب عما ذكروه.

فإذا ثبت هذا، فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدي فرع، أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدي الأصل. وبهذا قال مالك، وأصحاب الرأي. قال الشافعي: ورأيت كثيرا من الحكام والمفتين يجيزه. وخرجه على قولين؛ أحدهما، جوازه. والآخر، لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة، على كل شاهد أصل شاهدا فرع. واختاره المزني؛ لأن من يثبت به أحد طرفي الشهادة، لا يثبت به الطرف الآخر، كما لو شهد أصل مع شاهد، ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الأصل الآخر **ولنا**، أنهما شهدا على قولين، فوجب أن يقبل، كما لو شهدا بإقرارين بحقين، أو بإقرار اثنين.

وإنما لم يجز أن يشهد شاهد الأصل فرعا؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون بدل أصلا في شهادة بحق، وذلك لا يجوز، ولأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة الأصل، وليست شهادة أحدهم ظرفا لشهادة الآخر، فعلى قول الشافعي أن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين، وجب أن يكون شهود الفرع ستة، وإن كان حق يثبت بأربع نسوة، فوجب أن يكون شهود الفرع ثمانية، وإن كان المشهود به زنا، خرج فيه خمسة أقوال؛ أحدها، لا مدخل لشهادة الفرع في إثباته.

والثاني، يجوز، ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر، فيشهد على شهادة كل واحد من شهود الأصل أربعة.." (١)

"على قدامة بشرب الخمر، ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبة. وإن أراد به الأفعال التي تكون بالتراضي، كالقرض، والقبض فيه، وفي الرهن والبيع، والافتراق، ونحو ذلك، جاز.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٩٢

[فصل حضر شاهدان حسابا بين اثنين شرطا عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئا]

(٨٤١٦) فصل: ولو حضر شاهدان حسابا بين اثنين، شرطا عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئا، كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعاه منهما، ولم يسقط ذلك شرطهما؛ لأن للشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه، وذلك قد حصل له، سواء أشهده أو سمعه، وكذلك يشهدان على العقود بحضورها، وعلى الجنايات بمشاهدتها، ولا يحتاجان إلى إشهاد. وبهذا قال ابن سيرين، ومالك، والثوري، والشافعي.

[فصل الشهادة في الحقوق على ضربين]

(٨٤١٧) فصل: والحقوق على ضربين؛ أحدهما، حق لآدمي معين، كالحقوق المالية، والنكاح، وغيره من العقود والعقوبات، كالقصاص، وحد القذف، والوقف على آدمي معين، فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى؛ لأن الشهادة فيه حق لآدمي، فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه، ولأنها حجة على الدعوى؛ ودليل لها، فلا يجوز تقدمها عليها.

الضرب الثاني، ما كان حقا لآدمي غير معين، كالوقف على الفقراء، والمساكين أو جميع المسلمين، أو على مسجد، أو سقاية أو مقبرة مسبلة، أو الوصية لشيء من ذلك، ونحو هذا، أو ما كان حقا لله تعالى، كالحدود الخالصة لله تعالى، أو الزكاة، أو الكفارة، فلا تفتقر الشهادة به، إلى تقدم الدعوى؛ لأن ذلك ليس له مستحق معين من الآدميين يدعيه، ويطالب به، ولذلك شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر، وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضا، من غير تقدم دعوى، فأجيزت شهادتهم، ولذلك لم يعتبر في ابتداء الوقف قبول، من أحد، ولا رضى منه.

وكذلك ما لا يتعلق به حق أحد الغريمين، كتحريم الزوجة بالطلاق، أو الظهار، أو إعتاق الرقيق، تجوز الحسبة به، ولا تعتبر فيه دعوى. ولو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابتداء، ثبت ذلك، سواء صدقهما المشهود بعتقه، أو لم يصدقهما. وبهذا قال الشافعي. وبه قال أبو حنيفة في الأمة. وقال في العبد: لا يثبت، ما لم يصدق العبد به، ويدعيه؛ لأن العتق حقه، فأشبه سائر حقوقه. **ولنا**، أنها شهادة بعتق، فلا تفتقر إلى تقدم الدعوى، كعتق الأمة، ويخالف سائر الحقوق؛ لأنه حق لله تعالى، ولهذا لا يفتقر إلى قبول العتق.

ودليل ذلك الأمة. وما ذكروه يبطل بعتق الأمة. فإن قيل: الأمة يتعلق بإعتاقها تحريم الوطء. قلنا: هذا لا أثر له، فإن المنع يوجب تحريمها عليه، ولا تسمع الشهادة به إلا بعد الدعوى.." (١)

"[فصل أداء الشهادة قبل طلبها]

(٨٤١٨) فصل: ومن كانت عنده شهادة لآدمي، لم يخل؛ إما أن يكون عالما بها، أو غير عالم، فإن كان عالما بها، لم يجز للشاهد أداؤها حتى يسأله ذلك؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «خير الناس قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم، ثم يأتي قوم ينذرون ولا يوفون، ويشهدون ولا يستشهدون، ويخونون ولا يؤتمنون» . رواه البخاري. ولأن أداءها حق للمشهود له، فلا يستوفى إلا برضاه كسائر حقوقه. وإن كان المشهود له غير عالم بها، جاز للشاهد أداؤها قبل طلبها؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «ألا أنبئكم بخير الشهداء؟ الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها» . رواه مسلم، وأبو داود، ومالك.

وقال مالك: هو " الذي يأتي بشهادته، ولا يعلم بها الذي هي له ". وهذا الحديث وإن كان مطلقا، فإنه يتعين حمله على هذه الصور، جمعا بين الحديثين؛ ولأنه إذا لم يكن عالما بها، فتركه طلبها لا يدل على أنه لا يريد إقامتها، بخلاف العالم بها. وهذا مذهب الشافعي.

[فصل لفظ الشهادة]

(٨٤١٩) فصل: ويعتبر لفظ الشهادة في أدائها، فيقول: أشهد أنه أقر بكذا. ونحوه. ولو قال: أعلم، أو أحق، أو أتيقن، أو أعرف. لم يعتد به؛ لأن الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة، فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها، ولأن فيها معنى لا يحصل في غيرها من اللفظات؛ بدليل أنها تستعمل في اليمين فيقال: أشهد بالله. ولهذا تستعمل في اللعان، ولا يحصل ذلك من غيرها. وهذا مذهب الشافعي، ولا أعلم فيه خلافا.

[مسألة شهادة المستخفي]

مسألة؛ قال: (وتجوز شهادة المستخفي، إذا كان عدلا) المستخفي: هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه؛ ليسمع إقراره، ولا يعلم به، مثل من يجحد الحق علانية، ويقر به سرا، فيختبئ شاهدان في موضع لا يعلم بهما، ليسمعا إقراره به، ثم يشهدا به، فشهادتهما مقبولة، على الرواية الصحيحة. وبهذا قال عمرو بن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٩٤

حريث. وقال: كذلك يفعل بالخائن والفاجر. وروي مثل ذلك عن شريح. وهو قول الشافعي.

وروي عن أحمد رواية أخرى، لا تسمع شهادته، وهو اختيار أبي بكر، وابن أبي موسى. وروي ذلك عن شريح، والشعبي؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ولا تجسسوا﴾ [الحجرات: ١٢] . وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من حدث بحديث ثم التفت، فهي أمانة» . يعني أنه لا يجوز لسامعه ذكره عنه؛ لالتفاته وحذره.

وقال مالك: إن كان المشهود عليه ضعيفا ينخدع، لم يقبلا عليه، وإن لم يكن كذلك، قبلت. **ولنا**، أنهما شهدا بما سمعاه يقينا، فقبلت شهادتهما، كما لو علم بها.." (١)

"[كتاب الأقضية] [مسألة هلك رجل وخلف ولدين ومائتي درهم فأقر أحدهما بمائة درهم دينا على أبيه لأجنبي]

مسألة؛ قال أبو القاسم، - رحمه الله -: (وإذا هلك رجل، وخلف ولدين ومائتي درهم، فأقر أحدهما بمائة درهم دينا على أبيه لأجنبي، دفع إلى المقر له نصف ما في يده من إرثه عن أبيه، إلا أن يكون المقر عدلا، فيشاء الغريم أن يحلف مع شهادة الابن، ويأخذ مائة، وتكون المائة الباقية بين الابنين) هذه المسألة في الإقرار من بعض الورثة، وقد ذكرناها في باب الإقرار، وأنه إنما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه، وميراثه هاهنا النصف، فيكون عليه نصف الدين؛ وهو نصف المائة، ونصفها الباقي يشهد به على أخيه، فإن كان عدلا، فشاء الغريم حلف مع شهادته، واستحق الباقي؛ لأنه لا تهمة في حق الابن المقر، فإنه لا يجر إلى نفسه بهذه الشهادة، نفعا، ولا يدفع بها ضرا.

وإن شهد أجنبي مع الوارث المقر، كملت الشهادة، وحكم للمدعي بما شهدا به له، إذا كانا عدلين، وأديا الشهادة بلفظ الشهادة، ولا يكتفى بلفظ الإقرار في الشهادة؛ لما ذكرنا من قبل. وإن كان الإقرار من اثنين من الورثة عدلين؛ مثل أن يخلف ثلاثة بنين، فيقر اثنان منهم بالدين، ويشهدا به، فإن شهادتهما تقبل، ويثبت باقي الدين في حق المنكر. وبهذا كله قال الحسن، والشعبي، والشافعي، وابن المنذر. وقال حماد، وأصحاب الرأي: المقر به كله في نصيب المقر.

وهو قول الشعبي، وعلى هذا ينبغي أن لا تقبل شهادة المقر بالدين؛ لأنه يجر بشهادته نفعا إلى نفسه، وهو إسقاط بعض ما أقر به عن نفسه. والإقرار بوصية تخرج من الثلث، كالإقرار بالدين، فيما ذكرناه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٩٥

[فصل ثبت لرجل على رجل دين ببينة]

(٨٤٢٢) فصل: ولو ثبت لرجل على رجل دين ببينة، لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية، في قول عامة أهل العلم، إلا ابن أبي ليلى، قال: لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك. فيحتمل أنه منع من ذلك لئلا يواطئ من يشهد له بدين، فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه. **ولنا**، أنه عدل غير متهم، فتقبل شهادته له كغيره، وذلك لأنه لا يجر بشهادته إلى نفسه نفعا، ولا يدفع بها ضرا، بل يضر نفسه، بها لكون المشهود له يزاحمه في الاستيفاء، وينقص ما يأخذه، فهو أقرب إلى الصدق، وأحرى أن تقبل شهادته، وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد في الأجنبي، ولم يمنع قبول شهادته.

[مسألة مات مفلسا وادعى ورثته دينا له على رجل فأنكر فأقاموا شاهدا عدلا وحلفوا معه]

(٨٤٢٣) مسألة؛ قال: (ولو هلك رجل عن، ابنين، وله حق بشاهد، وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه، فأبى الوارثان أن." [(١)]

"فأما إن كان شرط الواقف أن من مات منهم عن ولد، انتقل نصيبه إليه، انتقل إلى أولاده، وجها واحدا؛ لأنه لا منازع لهم فيه. وإن مات من غير ولد، انتقل إلى أخويه، على الوجه الصحيح، ويخرج فيه الوجهان الآخران. الحال الثاني، إذا كان الوقف مشتركا؛ وهو أن يدعوا أن أباهم وقف داره على ولده، وولد ولده ما تناسلوا، فقد شرك بين البطون، ففي هذه الحال، إذا حلف أولاده الثلاثة مع شاهدهم ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجودا، ثبت الوقف على الثلاثة.

وإن كان من أولادهم أحد موجودا، فهو شريكهم، فإن كان كبيرا حلف واستحق، وإن لم يحلف كان نصيبه ميراثا تقضى منه الديون، وتنفذ الوصايا، وباقيه للورثة؛ لأنه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة، فهو كأحد البنين. وإن كان صغيرا، أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم في الوقف، أو كان أحد البنين صغيرا، وقف نصيبه من الوقف عليه، ولا يسلم إلى وليه حتى يبلغ، فيحلف أو يمتنع؛ لأنه يتلقى الوقف من غير واسطة.

فإن قيل: فلم لم يستحق بغير يمين، لكون البنين المستحقين معترفين له بذلك، فيكتفى باعترافهم، كما لو كان في أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك، فإنه يسلم إلى وليه؟ قلنا: الفرق بينهما أن الدار التي في أيديهم لم يكن لهم فيها منازع، ولا يوجب على أحد منهم فيها يمين، وهذه ينازعهم فيها الأبوان، وأصحاب

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/١٩٦

الديون والوصايا، وإنما يأخذونها بأيمانهم، فإذا أقروا بمشارك لهم، فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم، لا يستحق إلا بيمينه، كما لا يستحق واحد منهم إلا باليمين. ويفارق ما إذا كان الوقف مرتبا على بطن، بعد بطن، فإنه لا يشاركهم أحد من البطن الثاني.

فإذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه، فحلف، كان له، وإن امتنع نظرت؛ فإن كان موجودا حين الدعوى، أو قبل حلفهم، كان نصيبه ميراثا، كما لو كان بالغا، فامتنع من اليمين، فإن حدث بعد أيمانهم وثبوت الوقف نماء، كان له نصيبه أيضا؛ لأن الوقف ثبت في جميع الدار بأيمان البنين، فلا يبطل بامتناع من حدث، إلا أنه إن أقر أنها ليست وقفا، وكذب البنين في ذلك، كان نصيبه من الغلة ميراثا، حكمه حكم نماء الميراث، وإن لم يكذبهم، فنصيبه وقف له.

وقال القاضي: إن امتنع من اليمين، رد نصيبه إلى الأولاد الثلاثة، ولم يفرق بين من كان موجودا حال الدعوى والحادث بعدها؛ لأنه لا يجوز أن يستحق شيئا بغير يمينه، ولا يجوز أن يبطل الوقف الثابت بأيمانهم، فتعين رد نصيبه إليهم. **ولنا**، أنه إن كان موجودا حال الدعوى وحلفهم، فهو شريكهم حين يثبت الوقف، فلم يجز أن يثبت." (١)

"الوقف في نصيبه بغير يمينه، كالبالغ، وإن كان حادثا بعد ثبوت الوقف بأيمانهم، فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم في إقرارهم فلم يجز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بمال، ولأنهم يقرون بأنهم لا يستحقون أكثر من ثلاثة أرباع الوقف، فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك.

وإن مات الصغير قبل بلوغه، قام وارثه مقامه، فيما ذكرنا. وإن مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير، وقف أيضا نصيبه مما كان لعمه الميت، وكان الحكم فيه، كالحكم في نصيبه الأصلي. وقال القاضي: إن بلغ فامتنع من اليمين، فالربع موقوف إلى حين موت الثالث، ويقسم بين البالغين وورثة الميت؛ لأنه كان بين الثلاثة، ونصيبه من الميت للبالغين الحيين خاصة؛ لأنهما مستحقا الوقف.

[مسألة المدعي إذا ذكر أن بينته بعيدة منه أو لا يمكنه إحضارها أو لا يريد إقامتها فطلب اليمين من المدعى عليه]

(٨٤٢٧) مسألة؛ قال: (ومن ادعى دعوى، وذكر أن بينته ب ا لبعد منه، فحلف المدعى عليه، ثم أحضر المدعي بينته حكم بها، ولم تكن اليمين مزيلة للحق) وجملته أن المدعي إذا ذكر أن بينته بعيدة منه، أو لا

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٠٠

يمكنه إحضارها، أو لا يريد إقامتها، فطلب اليمين من المدعى عليه، أحلف له، فإذا حلف، ثم أحضر المدعي ببينة، حكم له.

وبهذا قال شريح، والشعبي، ومالك، والثوري، والليث، والشافعي، وأبو حنيفة، وأبو يوسف، وإسحاق. وحكي عن ابن أبي ليلى، وداود، أن بينته لا تسمع؛ لأن اليمين حجة المدعى عليه، فلا تسمع بعدها حجة المدعي، كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعي. ولنا، قول عمر - رضي الله عنه -: البينة الصادقة، أحب إلي من اليمين الفاجرة. وظاهر هذه البينة الصدق، ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة، فتكون أولى، ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره، يجب عليه بالبينة، كما قبل اليمين، وما ذكروه لا يصح؛ لأن البينة الأصل، واليمين بدل عنها.

ولهذا لا تشرع إلا عند تعذرها، والبدل يبطل بالقدرة على المبدل، كبطلان التيمم بالقدرة على الماء، ولا يبطل الأصل بالقدرة على البدل، ويدل على الفرق بينما، أنهما حال اجتماعهما، وإمكان سماعهما، تسمع البينة، ويحكم بها، ولا تسمع اليمين، ولا يسأل عنها.

[فصل طلب المدعي حبس المدعى عليه أو إقامة كفيل به إلى أن تحضر بينته البعيدة]

(٨٤٢٨) فصل: وإن طلب المدعي حبس المدعى عليه، أو إقامة كفيل به إلى أن تحضر بينته البعيدة، لم يقبل منه، ولم يكن له ملازمة خصمه. نص عليه أحمد؛ لأنه لم يثبت له قبله حق يحبس به، ولا يقيم به كفيلا، ولأن الحبس عذاب، فلا يلزم معصوما لم يتوجه عليه حق، ولأنه لو جاز ذلك، لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق.

وإن كانت بينته قريبة، فله ملازمته حتى يحضرها؛ لأن ذلك من ضرورة إقامتها، فإنه لو لم يتمكن." (١)

"وممن قال: لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان في حق مسلم. أبو حنيفة وصاحباه. وقال مالك، والشافعي: تغلظ. ثم اختلفا؛ فقال مالك: يحلف في المدينة على منبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ويحلف قائما، ولا يحلف قائما إلا على منبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ويستحلفون في غير المدينة في مساجد الجماعات، ولا يحلف عند المنبر إلا على ما يقطع فيه السارق فصاعدا، وهو ثلاثة دراهم. وقال الشافعي: يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة، وفي المدينة عند منبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وفي سائر البلدان في الجوامع عند المنبر، وعند الصخرة في بيت المقدس، وتغلظ في

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/ ١٢٠

الزمان في الاستحلاف بعد العصر، ولا تغلظ في المال إلا في نصاب فصاعدا، وتغلظ في الطلاق والعتاق والحد والقصاص. وهذا اختيار أبي الخطاب.

وقال ابن جرير: تغلظ في القليل والكثير. واحتجوا بقول الله تعالى: ﴿تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله﴾ [المائدة: ١٠٦] . قيل: أراد بعد العصر. وروي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من حلف على منبري هذا بيمين آثمة، فليتبوأ مقعده من النار» . فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين.

وروى مالك، قال: اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع، في دار كانت بينهما، إلى مروان بن الحكم، فقال زيد: أحلف له مكاني فقال مروان: لا والله، إلا عند مقاطع الحقوق. قال: فجعل زيد يحلف أن حقه لحق ويأبى أن يحلف عند المنبر، فجعل مروان يعجب. **ولنا**، قول الله تعالى: ﴿فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهم الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما﴾ [المائدة: ١٠٧] .

ولم يذكر مكانا ولا زمنا، ولا زيادة في اللفظ. واستحلف النبي - صلى الله عليه وسلم - ركانة في الطلاق، فقال: «آلله ما أردت إلا واحدة؟ . قال: آلله ما أردت إلا واحدة» . ولم يغلظ يمينه بزمن، ولا مكان، ولا زيادة لفظ، وسائر ما ذكرنا في التي قبلها. وحلف عمر لأبي حين تحاكما إلى زيد في مكانه، وكانا في بيت زيد. وقال عثمان لابن عمر: تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه؟ وفيما ذكروه تقييد لمطلق هذه النصوص، ومخالفة الإجماع.

فإن ما ذكرنا عن الخليفتين عمر وعثمان، مع من حضرهما، لم ينكر، وهو في محل الشهرة، فكان إجماعا.." [1]

"[فصل حكم اليمين إذا ادعي عليه دين وهو معسر به]

(٨٤٣٨) فصل: ومن ادعي عليه دين وهو معسر به، لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له علي. وبهذا قال المزني. وقال أبو ثور: له ذلك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠] . ولأنه لا يستحق مطالبته به في الحال، ولا يجب عليه أداؤه إليه. **ولنا**، أن الدين في ذمته، وهو حق له عليه، ولو لم يكن عليه حق، لم يجب إنظاره به.

[فصل يمين الحالف على حسب جوابه]

(٨٤٣٩) فصل: ويمين الحالف على حسب جوابه، فإذا ادعى عليه أنه غصبه، أو استودعه وديعة، أو

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٠٥

اقترض منه، نظرنا في جواب المدعى عليه؛ فإن قال: ما غصبتك، ولا استودعتني، ولا أقرضتني. كلف أن يحلف على ذلك. فإن قال: مالك علي حق، أو لا تستحق علي شيئا، أو لا تستحق علي ما ادعيته، ولا شيئا منه. كان جوابا صحيحا. ولا يكلف الجواب عن الغصب الوديعة والقرض؛ لأنه يجوز أن يكون غصب من؛ه ثم رده عليه، فلو كلف فجحد ذلك كان كاذبا، وإن أقر به، ثم ادعى الرد، لم يقبل منه، فإذا طلب منه اليمين، حلف على حسب ما أجاب.

ولو ادعى أنني ابتعت منك الدار التي في يدك، فأنكره، وطلب يمينه، نظرنا في جوابه؛ فإن أجاب بأنك لا تستحقها. حلف على ذلك، ولم يلزمه أن يحلف أنه ما ابتاعها؛ لأنه قد يبتاعها منه ثم يردها عليه. وإن أجاب بأنك لم تبتعها مني. حلف على ذلك.

قال أحمد في رجل ادعى على رجل أنه أودعه، فأنكره، هل يحلف: ما أودعتني؟ قال: إذا حلف: مالك عندي شيء، ولا لك في يدي شيء. فهو يأتي على ذلك. وهذا يدل على أنه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب، وأنه متى حلف: مالك قبلي حق. برئ بذلك. ولأصحاب الشافعي وجهان، كهذين.

[فصل هل تدخل اليمين النيابة]

(٨٤٤٠) فصل: ولا تدخل اليمين النيابة، ولا يحلف أحد عن غيره، فلو كان المدعى عليه صغيرا أو مجنونا، لم يحلف عنه ووقف الأمر حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون، ولم يحلف عنه وليه. ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقا، أو ادعاه الوصي أو الأمين له، فأنكر المدعى عليه، فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل قضي عليه.

ومن لم ير القضاء بالنكول، ورأى رد اليمين على المدعي؛ لم يحلف الولي عنهما، ولكن تقف اليمين، ويكتب الحاكم محضرا بنكول المدعى عليه. وإن ادعى على العبد دعوى، نظرت؛ فإن كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه، كالقصاص، والطلاق، والقذف، فالخصومة معه دون سيده.." (١)

"أحدهما، الحدود، فلا تشرع فيها يمين. لا نعلم في هذا خلافا؛ لأنه لو أقر، ثم رجع عن إقراره، قبل منه، وخلي من غير يمين، فلأن لا يستحلف مع عدم الإقرار أولى، ولأنه يستحب ستره، والتعريض للمقر به، بالرجوع عن إقراره، وللشهود بترك الشهادة والستر عليه، قال النبي - صلى الله عليه وسلم - لهزال، في قصة ماعز: «يا هزال، لو سترته بثوبك، لكان خيرا لك» . فلا تشرع فيه يمين بحال.

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٠/١٠

النوع الثاني، الحقوق المالية، كدعوى الساعي الزكاة على رب المال، وأن الحول قد تم وكمل النصاب، فقال أحمد: القول قول رب المال، من غير يمين، ولا يستحلف الناس على صدقاتهم. وقال الشافعي، وأبو يوسف ومحمد: يستحلف؛ لأنها دعوى مسموعة، أشبه حق الآدمي. **ولنا**، أنه حق لله تعالى، أشبه الحد، ولأن ذلك عبادة، فلا يستحلف عليها كالصلاة.

ولو ادعى عليه، أن عليه كفارة يمين أو ظهار، أو نذر صدقة أو غيرها، فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين، ولا تسمع الدعوى في هذا، ولا في حد لله تعالى؛ لأنه لا حق للمدعي فيه، ولا ولاية له عليه، فلا تسمع منه دعواه حقا لغيره من غير إذنه، ولا ولاية له عليه. فإن تضمنت دعواه حقا له، مثل أن يدعي سرقة ماله، ليضمن السارق، أو يأخذ منه ما سرقه، أو يدعي عليه الزنى بجاريته؛ ليأخذ مهرها منه، سمعت دعواه، ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي، دون حق الله تعالى.

[مسألة من شرط صحة الشهادة على الزنى]

(٨٤٤٥) مسألة؛ قال: (وإذا شهد من الأربعة اثنان، أن هذا زنى بها في هذا البيت، وشهد الآخران أنه زنى بها في البيت الآخر، فالأربعة قذفة، وعليهم الحد) . وجملته، أن من شرط صحة الشهادة على الزنى، اجتماع الشهود الأربعة على فعل واحد، فإن لم يجتمعوا، لم تكمل الشهادة، وكان الجميع قذفة، وعليهم الحد، فإذا شهد اثنان أنه زنى بها في هذا البيت، واثنان أنه زنى بها في بيت آخر، فما اجتمعوا على الشهادة بزنى واحد؛ لأن الزنى في هذا البيت غير الزنى في الآخر، فلم تكمل شهادتهم، ويحدون حد القذف. وبهذا قال مالك، والشافعي في أحد قوليه.

وقال أبو بكر: تكمل شهادتهم، ويحد المشهود عليه. واستبعده أبو الخطاب، وقال: هذا سهو من الناقل؛ لأنه يخالف الأصول والإجماع، والحد يدرأ بالشبهات، فكيف يجب بها، وقال النخعي، وأصحاب الرأي وأبو ثور، والشافعي في قول: لا حد على الشهود؛ لأنهم كملوا أربعة، ولا على المشهود عليه؛ لأنهم لم يشهدوا بزنى واحد يجب الحد به.

ولنا، أنهم لم يشهدوا بزنى واحد، فلزمهم الحد، كما لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة، واثنان أنه زنى بغيرها،." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢١٤

"ولأنه لا يخلو من أن تكون شهادتهم بزنى واحد أو باثنين، فإن كانت بفعل واحد، مثل أن يعين الجميع وقتا واحدا، لا يمكن زناه فيه في الموضعين، فاثنان منهم كاذبان يقينا، واثنان منهم لو خلوا عن المعارضة لشهادتهم، لكانا قاذفين، فمع التعارض أولى. وإن كانت شهادتهم بفعلين، كانوا قذفة، كما لو عينوا في شهادتهم أنه زنى مرة أخرى. وما ذكروه يبطل بالأصل الذي ذكرناه.

[فصل يشهد اثنان أنه زنى بامرأة وآخران أنه زنى بأخرى]

(٨٤٤٦) فصل: وكذلك كل شهادة على فعلين، مثل أن يشهد اثنان أنه زنى بامرأة، وآخران أنه زنى بأخرى، أو يشهدان أنه زنى بها في يوم، وآخران أنه زنى بها في آخر، أو يشهدان أنه زنى بها ليلا، وآخران أنه زنى بها نهارا، أو يشهدان أنه زنى بها غدوة، ويشهد آخران أنه زنى بها عشيا، وأشباه هذا، فإنهم قذفة في هذه المواضع، وعليهم الحد؛ لما ذكرناه.

فإن شهد اثنان أنه زنى بها في زاوية بيت، وشهد آخران أنه زنى بها في زاوية منه أخرى، وكانتا متباعدتين، فالحكم فيه كما ذكرنا. وقال أبو حنيفة: تقبل شهادتهم، ويحد المشهود عليه استحسانا. وهو قول أبي بكر. **ولنا**، أنهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما، ولا يصح نسبته إليهما، فأشبها البيتين. وأما إن كانتا متقاربتين، تمكن نسبته إلى كل واحدة منهما، لقربه منها، كملت الشهادة؛ لإمكان صدقهم في نسبته إلى الزاويتين جميعا.

[فصل كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه]

(٨٤٤٧) فصل: ومتى كانت الشهادة على فعل، فاختلف الشاهدان في زمنه أو مكانه، أو صفة له تدل على تغاير الفعلين، لم تكمل شهادتهما، مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه دينارا يوم السبت، ويشهد الآخر أنه غصبه دينارا يوم الجمعة، أو يشهد أحدهما أنه غصبه بدمشق، ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر، أو يشهد أحدهما أنه غصبه دينارا، ويشهد الآخر أنه غصبه ثوبا، فلا تكمل الشهادة؛ لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان. وهكذا إن اختلفا في زمن القتل، أو مكانه، أو صفته، أو في شرب الخمر، أو القذف، لم تكمل الشهادة؛ لأن ما شهد به أحد الشاهدين غير الذي شهد به الآخر، فلم يشهد بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد، فلم يقبل إلا على قول أبي بكر، فإن هذه الشهادة لم تكمل.

ويثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان والمكان، فأما إن اختلفا في صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيسا أبيض، وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيسا أسود، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس

غدوة، وشهد الآخر أنه سرقه عشيا، لم تكمل الشهادة. ذكره ابن حامد. وقال أبو بكر: تكمل. والأول أصح؛ لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ما قدمناه.." (١)

"به عقوبة، ولم يتعين استحقاقها، ولا سبيل إلى جبرها، فلم يجز استيفاؤها، كما لو رجعا قبل الحكم. وفارق المال؛ فإنه يمكن جبره، بإلزام الشاهدين عوضه، والحد والقصاص لا ينجبر بإيجاب مثله على الشاهدين؛ لأن ذلك ليس بجبر، ولا يحصل لمن وجب له منه عوض، وإنما شرع للزجر والتشفي والانتقام، لا للجبر. فإن قيل: فقد قلتم: إنه إذا حكم بالقصاص، ثم فسق الشاهدان، استوفي. في أحد الوجهين.

قلنا: الرجوع أعظم في الشبهة من طريان الفسق لأنهما يقران أن شهادتهما زور، وأنهما كانا فاسقين حين شهدا، وحين حكم الحاكم بشهادتهما، وهذا الذي طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذبا، ولا أنه كان فاسقا حين أدى الشهادة، ولا حين الحكم بها، ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء، لم يلزمه شيء، والراجعان تلزمهما غرامة ما شهدا به فافترقا. وإن كان المشهود به مالا، استوفي، ولم ينقض حكمه. في قول أهل الفتيا من علماء الأمصار.

وحكي عن سعيد بن المسيب والأوزاعي، أنهما قالا: ينقض الحكم، وإن استوفي الحق ثبت بشهادتهما، فإذا رجعا، زال ما ثبت به الحكم، فنقض الحكم، كما لو تبين أنهما كانا كافرين.

ولنا، أن حق المشهود له وجب له، فلا يسقط بقولهما، كما لو ادعياه لأنفسهما، يحقق هذا أن حق الإنسان لا يزول إلا ببينة أو إقرار، ورجوعهما ليس بشهادة، ولهذا لا يفتقر إلى لفظ الشهادة، ولا هو إقرار من صاحب الحق. وفارق ما إذا تبين أنهما كانا كافرين؛ لأننا تبينا أنه لم يوجد شرط الحكم، وهو شهادة العدول، وفي مسألتنا لم يتبين ذلك؛ بجواز أن يكونا عدلين صادقين في شهادتهما، وإنما كذبا في رجوعهما، ويفارق العقوبات، حيث لا تستوفى؛ فإنها تدرأ بالشبهات.

الحال الثالث، أن يرجعا بعد الاستيفاء؛ فإنه لا يبطل الحكم، ولا يلزم المشهود له شيء، سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة؛ لأن الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به، ووصول الحق إلى مستحقه، ويرجع به على الشاهدين، ثم ينظر؛ فإن كان المشهود به إتلافا في مثله القصاص، كالقتل والجرح، نظرنا في رجوعهما، فإن قالا: عمدنا الشهادة عليه بالزور؛ ليقتل أو يقطع. فعليهما القصاص. وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والأوزاعي والشافعي وأبو عبيد.

وقال أصحاب الرأي: لا قود عليهما؛ لأنهما لم يباشرا الإتلاف، فأشبها حافر البئر، وناصب السكين، إذا

---

(١) المغني لابن قدامة ٢١٥/١٠

تلف بهما شيء. **ولنا**، أن عليا – رضي الله عنه – شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة، فقطعه، ثم عادا، فقالا: أخطأنا، ليس هذا هو السارق. فقال علي: لو علمت أنكما تعمدتما، لقطعتكما. ولا مخالف له في الصحابة، فيكون إجماعا، ولأنهما تسببا إلى قتله أو قطعه، بما يفضي إليه غالبا، فلزمهما القصاص، كالمكره، وفارق الحفر ونصب السكين، فإنه لا يفضي إلى القتل غالبا.." (١)

"[فصل شهدا بطلاق امرأة تبين به فحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة]

(٨٤٥٨) فصل: وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به، فحكم الحاكم بالفرقة، ثم رجعا عن الشهادة، وكان قبل الدخول، فالواجب عليهما نصف المسمى. وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي، في أحد قوليه: يجب مهر المثل؛ لأنهما أتلفا عليه البضع، فلزمهما عوضه، وهو مهر المثل. وفي القول الآخر، لزمهما نصف مهر المثل؛ لأنه إنما ملك نصف البضع، بدليل أنه إنما يجب عليه نصف المهر. **ولنا** أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم؛ بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها، أو إسلامها، أو قتلها نفسها، فإنها لا تضمن شيئا. ولو فسخت نكاحها قبل الدخول، برضاع من ينفسخ به نكاحها، لم يغرم شيئا، وإنما وجب عليهما نصف المسمى؛ لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما، وقراره عليه، فرجع عليهما، كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره.

وقوله: إنه ملك نصف البضع. غير صحيح؛ فإن البضع لا يجوز تمليك نصفه، ولأن العقد ورد على جميعه، والصداق واجب جميعه، ولهذا تملكه المرأة إذا قبضته، ونماؤه لها، وتملك طلبه إذا لم تقبضه، وإنما يسقط نصفه بالطلاق. وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول، فلا ضمان عليهما. وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد، رواية أخرى، عليهما ضمان المسمى في الصداق؛ لأنهما فوتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض، فكان عليهما ضمان ما وجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول. وقال الشافعي: يلزمهما له مهر المثل؛ لأنهما أتلفا البضع عليه. وقد سبق الكلام معه في هذا، ولا يصح القياس على ما قبل الدخول؛ لأنهما قررا عليه نصف المسمى، وكان بعرض السقوط، وها هنا قد تقرر المهر كله بالدخول، فلم يقررا عليه شيئا ولم يخرجا من ملكه متقوما، فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها، أو أخرجته هي بردتها.

[فصل شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا]

فصل: وإن شهدا على امرأة بنكاح، فحكم به الحاكم، ثم رجعا، نظرت؛ فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٢٠

لم يغرما شيئا؛ لأنهما لم يفوتا عليها شيئا. وإن دخل بها، وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل، أو أكثر منه، ووصل إليها، فلا شيء عليهما؛ لأنها أخذت عوض ما فوتاه عليها، وإن كان دونه، فعليهما ما بينهما، وإن لم يصل إليهما، فعليهما ضمان مهر مثلها؛ لأنه عوض ما فوتاه عليها.

[فصل شهدا بكتابة عبده ثم رجعا]

(٨٤٦٠) فصل: وإن شهدا بكتابة عبده، ثم رجعا، نظرت؛ فإن عجز، ورد في الرق، فلا شيء عليهما. وإن أدى، وعتق،." (١)

"فعليهما ضمان جميعه؛ لأنهما فوتاه عليه بشهادتهما، ويحتمل أن يلزمهما ما بين قيمته وما قبضه من كتابته. والأول أولى؛ لأن ما قبضه من كسب عبده، فلا يحسب عليه، وإن أراد تغريمهما بشهادتهما، ويحتمل أن يلزمهما قبل انكشاف الحال؛ فينبغي أن يغرمهما ما بين قيمته سليما ومكاتبا. وإن شهدا باستيلاد أمته، ثم رجعا، فينبغي أن يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها. وإن عتقت بموته، رجع الورثة بما بقي من قيمتها.

[فصل شهد بشهادة ثم رجع وقد أتلف مالا]

(٨٤٦١) فصل: وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع، وجب أن يوزع بينهم على عددهم، قلوا أو كثروا. قال أحمد، في رواية إسحاق بن منصور: إذا شهد بشهادة، ثم رجع وقد أتلف مالا، فإنه ضامن بقدر ما كانوا في الشهادة، فإن كانوا اثنين، فعليه النصف، وإن كانوا ثلاثة، فعليه الثلث. وعلى هذا لو كانوا عشرة، فعليه العشر، وسواء رجع وحده، أو رجعوا جميعا. وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة، أو من ليس بزائد، فلو شهد أربعة بالقصاص، فرجع واحد منهم، وقال: عمدنا قتله. فعليه القصاص.

وإن قال: أخطأنا فعليه ربع الدية. وإن رجع اثنان، فعليهما القصاص أو نصف الدية. وإن شهد ستة بالزنى على محصن، فرجم بشهادتهم، ثم رجع واحد، فعليه القصاص، أو سدس الدية. وإن رجع اثنان، فعليهما القصاص أو ثلث الدية. وبهذا قال أبو عبيد وقال أبو حنيفة: إن رجع واحد أو اثنان، فلا شيء عليهما؛ لأن بينة الزنى قائمة، فدمه غير محقون. وإن رجع ثلاثة، فعليهم ربع الدية. وإن رجع أربعة، فعليهم نصف الدية. وإن رجع خمسة، فعليهم ثلاثة أرباعها. وإن رجع الستة، فعلى كل واحد منهم سدسها. ومنصوص

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٣/١٠

الشافعي فيما إذا رجع اثنان، كمذهب أبي حنيفة. واختلف أصحابه فيما إذا شهد بالقصاص ثلاثة، فرجع أحدهم، فقال أبو إسحاق: لا قصاص عليه؛ لأن بينة القصاص قائمة، وهل يجب عليه ثلث الدية؟ على وجهين. وقال ابن الحداد: عليه القصاص. وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنى إذا كان زائدا، فإن دم المشهود عليه بالزنى غير محقون، وهذا دمه محقون.

وإنما أبيح دمه لولي القصاص وحده. واختلفوا فيما إذا شهد بالمال ثلاثة، فرجع أحدهم، على وجهين؛ أحدهما، يضمن الثلث. والثاني، لا شيء عليه. **ولنا**، أن الإتلاف حصل بشهادتهم، فالراجع مقر بالمشاركة فيه عمدا عدوانا لمن هو مثله في ذلك، فلزمه القصاص، كما لو أقر بمشاركتهم في مباشرة قتله، ولأنه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته، فأشبه الثاني من شهود القصاص، والرابع من شهود الزنى، ولأنه أحد من حصل الإتلاف بشهادته، فلزمه من الضمان." (١)

"أبو حنيفة: لا ضمان على شهود الإحصان؛ لأنهم شهدوا بالشرط دون السبب الموجب للقتل، وإنما يثبت ذلك بشهادة الزنى. ولأصحاب الشافعي وجهان، كالمذهبين. **ولنا**، أن قتله حصل بمجموع الشهادتين، فتجب الغرامة على الجميع، كما لو شهدوا جميعهم بالزنى.

وفي كيفية الضمان وجهان؛ أحدهما، يوزع عليهم على عدد رءوسهم، كشهود الزنى؛ لأن القتل حصل من جميعهم. والثاني، على شهود الزنى النصف، وعلى شهود الإحصان النصف؛ لأنهم حزبان، فلكل حزب نصف. فإن شهد أربعة بالزنى واثنان منهم بالإحصان، ثم رجعوا، فعلى الوجه الأول، على شاهدي الإحصان الثلثان، وعلى الآخرين الثلث؛ لأن على شاهدي الإحصان الثلث، لشهادتهما به، والثلث لشهادتهما بالزنى، وعلى الآخرين الثلث؛ لشهادتهما بالزنى وحده. وعلى الوجه الثاني، على شهود الإحصان ثلاثة أرباع الدية؛ لأن عليهما النصف لشهادتهما بالإحصان، ونصف الباقي لشهادتهما بالزنى.

ويحتمل أن لا يجب على شاهدي الإحصان إلا النصف؛ لأن كل واحد منهما جنى جنايتين، وجنى كل واحد من الآخرين جناية واحدة، فكانت الدية بينهم على عدد رءوسهم، لا على عدد جناياتهم، كما لو قتل اثنان واحدا، جرحه أحدهما جرحا، والآخر جرحين.

[فصل شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا]

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٢٤

(٨٤٦٥) فصل: وإذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم، وقيمة العبد مائتان، فحكم الحاكم بشهادتهما، ثم رجعا، رجع السيد على الشاهدين بمائة؛ لأنها تمام القيمة. وكذلك لو شهدا على رجل أنه طلق زوجته قبل الدخول على مائة، ونصف المسمى مائتان، غرما للزوج مائة؛ لأنهما فوتاها بشهادتهما المرجوع عنها.

[فصل شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا]

(٨٤٦٦) فصل: وإذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة، بصداق ذكراه، وشهد آخران بدخوله بها، ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها، فعلى شهود النكاح الضمان؛ لأنهم ألزموه المسمى. ويحتمل أن يكون عليهم النصف، وعلى الآخرين النصف؛ لأنهما قرراه، وشاهدا النكاح أوجباه، فقسم بين الأربعة أرباعا. وإن شهد مع هذا شاهدان بالطلاق، لم يلزمهما شيء؛ لأنهما لم يفوتا عليه شيئا يدعيه، ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجبا.." (١)

"[فصل شهد شاهدا فرع على شاهدي أصل فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجع]

(٨٤٦٧) فصل: وإن شهد شاهدا فرع على شاهدي. أصل، فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجع شاهدا الفرع، فعليهما الضمان. لا أعلم بينهم في ذلك خلافا. وإن رجع شاهدا الأصل وحدهما، لزمهما الضمان أيضا. وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن. وحكى أبو الخطاب، عن القاضي، أنه لا ضمان عليهما. وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الحكم تعلق بشهادة شاهدي الفرع، بدليل أنهما جعلا شهادة شاهدي الأصل شهادة، لم يلزم شاهدي الأصل ضمان، لعدم تعلق الحكم بشهادتهما. **ولنا**، أن الحق ثبت بشهادة شاهدي الأصل؛ بدليل اعتبار عدالتهما، فإذا رجعا، ضمنا، كشاهدي الفرع.

[فصل حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد]

(٨٤٦٨) فصل: وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين، فرجع الشاهد، غرم جميع المال. نص عليه أحمد، في رواية جماعة. وقال مالك والشافعي: يلزمه النصف؛ لأنه أحد حجتي الدعوى، فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين. **ولنا**، أن الشاهد حجة الدعوى، فكان الضمان عليه كالشاهدين. يحققه أن اليمين قول الخصم، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه، وإنما هو شرط الحكم، فجرى مجرى مطالبته الحاكم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٢٦

بالحكم، وبهذا ينفصل عما ذكروه.
ولو سلمنا أنها حجة، لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد، ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته، بخلاف شهادة الشاهد الآخر. قال أبو الخطاب: ويتخرج أن لا يلزمه إلا النصف المحكوم به، إذا قلنا: ترد اليمين على المدعي.

[فصل رجعوا عن الشهادة بعد الحكم]

(٨٤٦٩) فصل: وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم، وقالوا: عمدنا. ووجب عليهم القصاص، لم يعزروا؛ لأن القصاص يغني عن تعزيرهم. وإن كان في مال، عزروا، وغرموا؛ لأنهم جنوا جناية كبيرة، وارتكبوا جريمة عظيمة، وهي شهادة الزور. ويحتمل أن لا يعزروا؛ لأن رجوعهم توبة منهم، فيسقط عنهم التعزير، ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع خوفا منه، فلا يشرع.
وإن قالوا: أخطأنا. لم يعزروا؛ لأن الله تعالى قال ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾ [الأحزاب: ٥] . هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق في الخطإ، وإن لم يحتمله، عزروا، ولم يقبل قولهم.

[مسألة حكم بشهادة اثنين في قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم بان أنهما كافران]

(٨٤٧٠) مسألة؛ قال: (وإذا قطع الحاكم يد السارق، بشهادة اثنين، ثم بان أنهما كافران، أو فاسقان، كانت دية اليد في بيت المال)." (١)

"وإن كان الولي استوفاه، فهو كما لو استوفاه الحاكم؛ لأن الحاكم سلطه على ذلك، ومكنه منه، والولي يدعي أنه حقه.
فإن قيل: فإذا كان الولي استوفى حقه، فينبغي أن يكون الضمان عليه، كما لو حكم له بمال فقبضه، ثم بان فسق شهوده، كان الضمان على المستوفي دون الحاكم، كذا هاهنا. قلنا: ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق، فوجب عليه رده أو ضمانه إن أتلف، وها هنا لم يحصل في يده شيء، وإنما أتلف شيئا بخطإ الإمام وتسليطه عليه، فافترقا.

[فصل شهد بالزنى أربعة فزكاهم اثنان فرجم الشهود عليه ثم بان أن الشهود فسقة]

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٢٧/١٠

(٨٤٧١) فصل: وإن شهد بالزنى أربعة، فزكاهم اثنان، فرجم المشهود عليه، ثم بان أن الشهود فسقة، أو عبيد أو بعضهم، فلا ضمان على الشهود؛ لأنهم يزعمون أنهم محقون، ولم يعلم كذبهم يقينا، والضمان على المزكيين.

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال القاضي: الضمان على الحاكم؛ لأنه حكم بقتله من غير تحقق شرطه، ولا ضمان على المزكيين؛ لأن شهادتهما شرط، وليست الموجبة. وقال أبو الخطاب، في " رءوس المسائل ": الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنى. **ولنا**، أن المزكيين شهدوا بالزور شهادة أفضت إلى قتله، فلزمهما الضمان، كشهود الزنى إذا رجعوا، ولا ضمان على الحاكم؛ لأنه أمكن إحالة الضمان على الشهود، فأشبه ما إذا رجعوا عن الشهادة. وقوله: إن شهادتهم شرط.

لا يصح؛ لأن من أصلنا أن شهود الإحصان يلزمهم الضمان، وإن لم يشهدوا بالسبب. وقد نص عليه أحمد وقول أبي الخطاب لا يصح؛ لأن شهود الزنى لم يرجعوا، ولا علم كذبهم، بخلاف المزكيين؛ فإنه تبين كذبهم، وأنهم شهدوا بالزور. وأما إن تبين فسق المزكيين، فالضمان على الحاكم؛ لأن التفريط منه، حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث، فيلزمه الضمان، كما لو قبل شهادة شهود الزنى من غير تزكية، ثم تبين فسقهم.

[فصل جلد الإمام إنس ا نا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة]

(٨٤٧٢) فصل: ولو جلد الإمام إنسانا بشهادة شهود، ثم بان أنهم فسقة، أو كفرة، أو عبيد، فعلى الإمام ضمان ما حصل من أثر الضرب. وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة: لا ضمان عليه. **ولنا**، أنها جناية صدرت عن خطأ الإمام، فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله.

[فصل حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان أنهما فاسقان]

(٨٤٧٣) فصل: ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين، ثم بان أنهما فاسقان، أو كافران، فإن الإمام ينقض حكمه، ويرد." (١)

"المال إن كان قائما، وعوضه إن كان تالفا. فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره، فعلى الحاكم ضمانه، ثم يرجع على المشهود له. وعن أحمد، رواية أخرى، لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين، ويغرم الشهود المال،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٢٩

وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان أن الحاكم قبله بشهادة فاسقين، ففيه روايتان، " ولا يغرم الشهود المال، وكذلك الحاكم إذا شهد " واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا.

ولا خلاف بين الجميع في أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين، وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين، فنقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين، فإن شهادة الفاسقين مجمع على ردها، وقد نص الله تعالى على التبين فيها، فقال تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا﴾ [الحجرات: ٦] . وأمر بإشهاد العدول.

وقال سبحانه: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] . واعتبر الرضى بالشهداء، فقال تعالى: ﴿ممن ترضون من الشهداء﴾ [البقرة: ٨٢٢] . فيجب نقض الحكم لفوات العدالة، كما يجب نقضه لفوات الإسلام؛ ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه، فإذا شهد شاهدان أنه كان موجودا حالة الحكم، وجب نقض الحكم، كالكفر والرق في العقوبات. إذا ثبت هذا، فإن أبا حنيفة قال: لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين، لا قبل الحكم ولا بعده. ومتى جرح المشهود عليه البينة، لم تسمع بينته بالفسق، ولكن يسأل عن الشاهدين، ولا تسمع على الفسق شهادة؛ لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد، فلا تسمع فيه الدعوى والبينة. **ولنا**، أنه معنى يتعلق الحكم به، فسمعت فيه الدعوى والبينة، كالتزكية.

وقوله: لا يتعلق به حق أحد. ممنوع؛ فإن المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده، وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق، فوجب أن تسمع فيه الدعوى والبينة، كما لو ادعى رق الشاهدين ولم يدعه لنفسه؛ ولأنه إذا لم تسمع البينة على الفسق، أدى إلى ظلم المشهود عليه؛ لأنه يمكن أن لا يعرف فسق الشاهدين إلا شهود المشهود عليه، فإذا لم تسمع شهادتهم، وحكم عليه بشهادة الفاسقين، كان ظالما له. فأما إن قامت البينة أنه حكم بشهادة والدين، أو ولدين، أو عدوين، نظر في الحاكم الذي حكم بشهادتهما، فإن كان ممن يرى الحكم به، لم ينقض حكمه؛ لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد، ولم يخالف نصا ولا إجماعا. وإن كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم، نقضه؛ لأن الحاكم به يعتقد بطلانه.

والفرق بين المال والإتلاف، أن المال إن كان باقيا، وجب رده إلى صاحبه؛ لأن كل واحد أحق بماله. وإن كان تالفا، وجب ضمانه على آخذه؛ لأنه أخذه بغير إذن صاحبه، ولا استحقاق لأخذه. أما الإتلاف، فإنه لم يحصل به في يد المتلف شيء يرده، ولم يمكن تضمينه؛ لأنه إنما أتلفه بحكم الحاكم، وتسليطه عليه،

وهو لا يقر بعدوانه، بل يقول: استوفيت حقي. ولم يثبت خلاف دعواه، ولم يمكن تضمين الشهود؛ لأنهم يقولون: شهدنا بما علمنا، وأخبرنا." (١)

"قال: الإشراك بالله وعقوق الوالدين. وكان متكئا فجلس، فقال: ألا وقول الزور، وشهادة الزور. فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت.» متفق عليه.

وروى أبو حنيفة، عن محارب بن دثار، عن ابن عمر، عن النبي – صلى الله عليه وسلم – أنه قال: «شاهد الزور، لا تزول قدماه حتى تجب له النار» . فمتى ثبت عند الحاكم عن رجل أنه شهد بزور عمدا، عزره، وشهره. في قول أكثر أهل العلم. روي ذلك عن عمر – رضي الله عنه –. وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والأوزاعي، وابن أبي ليلى، ومالك والشافعي، وعبد الملك بن يعلى قاضي البصرة. وقال أبو حنيفة: لا يعزر، ولا يشهر؛ لأنه قول منكر وزور، فلا يعزر به، كالظهار. وروى عنه الطحاوي أنه يشهر. وأنكره المتأخرون. **ولنا**، أنه قول محرم يضر به الناس، فأوجب العقوبة على قائله، كالسب والقذف، ويخالف الظهار من وجهين؛ أحدهما، أنه يختص بضرره. والثاني، أنه أوجب كفارة شاقة هي أشد من التعزير، ولأنه قول عمر – رضي الله عنه – ولم نعرف له في الصحابة مخالفا. وإذا ثبت هذا، فإن تأديبه غير مقدور، وإنما هو مفوض إلى رأي الحاكم؛ إن رأى ذلك بالجلد جلده، وإن رآه بحبس أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه، فعل ذلك، ولا يزيد في جلده على عشر جلدات.

وقال الشافعي: لا يزيد على تسع وثلاثين، لئلا يبلغ به أدنى الحدود. وقال ابن أبي ليلى: يجلد خمسة وسبعين سوطا. وهو أحد قولي أبي يوسف وقال الأوزاعي، في شاهدي الطلاق: يجلدان مائة مائة، ويغرمان الصداق. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا يجلد أحد فوق عشر جلدات، إلا في حد من حدود الله تعالى» . متفق عليه. وقال القاسم وسالم: يخفق سبع خفقات. وقال شريح: يجلد أسواطا.

فأما شهرته بين الناس، فإنه يوقف في سوقه إن كان من أهل السوق، أو قبيلته إن كان من أهل." (٢)

"القبائل، أو في مسجده إن كان من أهل المساجد، ويقول الموكل به: إن الحاكم يقرأ عليكم السلام، ويقول: هذا شاهد زور، فاعرفوه. وهذا مذهب الشافعي وأتي الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور، فأمر بقطع لسانه، وعنده القاسم وسالم، فقالا: سبحان الله، بحسبه أن يخفق سبع خفقات، ويقام بعد العصر، فيقال: هذا أبو قبيس، وجدناه شاهد زور. ففعل ذلك به. ولا يسخم وجهه، ولا يركب، ولا يكلف أن ينادي على

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٣٠

(٢) المغني لابن قدامة ١٠/٢٣٢

نفسه.

وقد روي عن عمر – رضي الله عنه – أنه يجلد أربعين جلدة، ويسخم وجهه، ويطال حبسه. رواه الإمام أحمد.

وقال سوار: يلبب، ويدار به على حلق المسجد، فيقول: من رآني فلا يشهد بزور. وروي عن عبد الملك بن يعلى، قاضي البصرة، أنه أمر بحلق نصف رءوسهم، وتسخيم وجوههم، ويطاف بهم في الأسواق، والذي شهدوا له معهم. **ولنا**، أن هذا مثلة، وقد نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن المثلة.

وما روي عن عمر، فقد روي عنه خلافه، وأنه حبسه يوما وخلى سبيله. وفي الجملة ليس في هذا تقديرا شرعيا، فما فعل الحاكم مما يراه، ما لم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك، ولا يفعل به شيء من ذلك حتى يتحقق أنه شاهد زور، وتعمد ذلك، إما بإقراره، أو يشهد على رجل بفعل في الشام في وقت، ويعلم أن المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق، أو يشهد بقتل رجل، وهو حي، أو أن هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة أعوام. وسنها أقل من ذلك، أو يشهد على رجل أنه فعل شيئا في وقت، وقد مات قبل ذلك الوقت، أو لم يولد إلا بعده، وأشباه هذا مما يتيقن به كذبه، ويعلم تعمده لذلك.

فأما تعارض البينتين، أو ظهور فسقه، أو غلطه في شهادته، فلا يؤدب به؛ لأن الفسق لا يمنع الصدق، والتعارض لا يعلم به كذب إحدى البينتين بعينها، والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده، فيعفى عنه، وقد قال الله تعالى: ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾ [الأحزاب: ٥] . وقال النبي – صلى الله عليه وسلم –: «عفي لأمتي عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه» .." [١]

"(٨٤٧٦) فصل: ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور، تبين أن الحكم كان باطلا، ولزم نقضه، لأننا تبينا كذبهما فيما شهدا به، وبطلان ما حكم به؛ فإن كان المحكوم به مالا، رد إلى صاحبه، وإن كان إتلافا، فعلى الشاهدين ضمانه؛ لأنهما سبب إتلافه، إلا أن يثبت ذلك بإقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له، فيكون ذلك رجوعا منهما عن شهادتهما، وقد بينا حكم ذلك.

[فصل تاب شاهد الزور وأتت على ذلك مدة تظهر فيها توبته]

(٨٤٧٧) فصل: فإذا تاب شاهد الزور، وأتت على ذلك مدة تظهر فيها توبته، وتبين صدقه فيها، وعدالته، قبلت شهادته. وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وقال مالك: لا تقبل شهادته أبدا؛ لأن ذلك لا يؤمن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٣٣

منه. ولنا، أنه تائب من ذنبه، فقبلت توبته، كسائر التائبين. وقوله: لا يؤمن منه ذلك. قلنا: مجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة؛ بدليل سائر التائبين، فإنه لا يؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها، وشهادتهم مقبولة. والله أعلم.

[مسألة غير العدل شهادته بحضرة الحاكم]

مسألة؛ قال: (وإذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم، فزاد فيها أو نقص، قبلت منه، ما لم يحكم بشهادته) وهذا مثل أن يشهد بمائة، ثم يقول: هي مائة وخمسون. أو يقول: بل هي تسعون. فإنه يقبل منه رجوعه، ويحكم بما شهد به أخيرا. وبهذا قال أبو حنيفة والثوري وسليمان بن حبيب المحاربي، وإسحاق. وقال الزهري: لا تقبل شهادته الأولى ولا الآخرة؛ لأن كل واحدة منهما ترد الأخرى وتعارضها، ولأن الأولى مرجوع عنها، والثانية غير موثوق بها لأنها من مقر بغلطه وخطئه في شهادته، فلا يؤمن أن يكون في الغلط كالأولى. وقال مالك: يؤخذ بأقل قوليه؛ لأنه أدى الشهادة وهو غير متهم، فلم يقبل رجوعه عنها، كما لو اتصل بها الحكم. ولنا، أن شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم، لم يرجع عنها، فوجب الحكم بها، كما لو لم يتقدمها ما يخالفها، ولا تعارضها الأولى؛ لأنها قد بطلت برجوعه عنها، ولا يجوز الحكم بها؛ لأنها شرط الحكم، فيعتبر استمرارها إلى انقضائه. ويفارق رجوعه بعد الحكم؛ لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه، فلا ينقض بعد تمامه.." (١)

"[مسألة ادعى دعوى على مريض فأومأ برأسه]

(٨٤٨٨) مسألة؛ قال: (ومن ادعى دعوى على مريض، فأومأ برأسه أي نعم. لم يحكم بها حتى يقول بلسانه) وجملته أن إشارة المريض لا تقوم مقام نطقه، وسواء كان عاجزا عن الكلام أو قادرا عليه. وبهذا قال الثوري وقال الشافعي: يقبل إقراره بإشارته، إذا كان عاجزا عن الكلام لأنه إقرار بالإشارة من عاجز عن الكلام، فأشبه إقرار الأخرس. ولنا، أنه غير مأيوس من نطقه، فلم تقم إشارته مقام نطقه، كالصحيح. وبهذا فارق الأخرس، فإنه مأيوس من نطقه، ولهذا لو أرتج عليه في الصلاة، لم تصح صلاته بغير قراءة، بخلاف الأخرس.

والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيضها مع إمكانه في العدة؛ ولأن عجزه عن النطق غير متحقق، فإنه يحتمل أن يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته، لا لعجزه. وإن صار إلى حال يتحقق الإياس من نطقه، لم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٤/١٠

يوثق بإشارته؛ لأن المرض الذي أعجزه عن النطق، لم يختص بلسانه، فيجوز أن يكون أثر في عقله أو في سمعه، فلم يدر ما قيل له، بخلاف الأخرس، ولأن الأخرس قد تكررت إشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين، ومماثلة النطق، وهذا لم تتكرر إشارته، فلعله لم يرد الإقرار. إنما أراد الإنكار، أو إسكات من يسأله، ومع هذه الفروق، لا يصح القياس.

[مسألة ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة]

(٨٤٨٩) مسألة؛ قال: (ومن ادعى دعوى، وقال: لا بينة لي. ثم أتى بعد ذلك ببينة، لم تقبل؛ لأنه مكذب لبينته) وبهذا قال محمد بن الحسن وقال أبو يوسف وابن المنذر: تقبل. وهو ظاهر مذهب الشافعي؛ لأنه يجوز أن ينسى، أو يكون الشاهدان سمعا منه، وصاحب الحق لا يعلم، فلا يثبت بذلك أنه كذب بينته. وقال بعض أصحاب الشافعي: وإن كان الإشهاد أمرا تولاه بنفسه، لم تسمع بينته؛ لأنه أكذبها، وإن كان وكيله أشهد على المدعى عليه، أو شهد من غير علمه، أو من غير أن يشهدهم، سمعت بينته؛ لأنه معذور في نفيه إياها. وهذا القول حسن.

ولنا، أنه أكذب بينته، بإقراره أنه لا يشهد له أحد، فإذا شهد له إنسان، كان تكذيبا له، ويفارق الشاهد إذا قال: لا شهادة عندي. ثم قال: كنت نسيتها. لأن ذلك إقرار لغيره بعد الإنكار، وها هنا هو مقر لخصمه بعدم البينة، فلم يقبل رجوعه عنه. والحكم في ما إذا قال: كل بينة لي زور. كالحكم فيما إذا قال: لا بينة لي. على ما ذكرنا من الخلاف فيه.." (١)

"[كتاب الدعاوى والبينات]

الدعوى في اللغة: إضافة الإنسان إلى نفسه شيئا، ملكا، أو استحقاقا، أو صفقة، أو نحو ذلك. وهي في الشرع: إضافته إلى نفسه استحقاق شيء في يد غيره، أو في ذمته. والمدعى عليه، من يضاف إليه استحقاق شيء عليه. وقال ابن عقيل: الدعوى الطلب، قال الله تعالى: ﴿ولهم ما يدعون﴾ [يس: ٥٧] . وقيل: المدعي من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره، أو إثبات حق في ذمته. والمدعى عليه من ينكر ذلك. وقيل: المدعي من إذا ترك لم يسكت، والمدعى عليه من إذا ترك سكت. وقد يكون كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه؛ بأن يختلفا في العقد، فيدعي كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه.

والأصل في الدعوى قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لو أعطي الناس بدعواهم، لادعى قوم دماء قوم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٣٩/١٠

وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم. وفي حديث: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» . ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف. (٨٤٩٦) مسألة؛ قال أبو القاسم، - رحمه الله -: (ومن ادعى زوجية امرأة، فأنكرته، ولم تكن له بينة، فرق بينهما، ولم يحلف) وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه، رواية واحدة. ذكره القاضي.

وهو قول أبي حنيفة. ويتخرج أن يستحلف في كل حق لآدمي. وهو قول الشافعي وابن المنذر ونحوه قول أبي يوسف ومحمد؛ لقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «ولكن اليمين على المدعى عليه» . ولأنه حق لآدمي، فيستحلف فيه، كالمال، ثم اختلفوا، فقال أبو يوسف ومحمد: يستحلف في النكاح، فإن نكل، ألزم النكاح. وقال الشافعي: إن نكل، ردت اليمين على الزوج فحلف، وثبت النكاح. **ولنا**، أن هذا مما لا يحل بذله، فلم يستحلف فيه، كالحد. يحقق هذا أن الأبضاع مما يحتاط فيها، فلا تباح بالنكول، ولا به وبيمين المدعي، كالحدود، وذلك لأن النكول ليس بحجة قوية، إنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين، أو للجهل بحقيقة الحال، أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس الحاكم، ومع." (١)

"هذه الاحتمالات، لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له، ويمين المدعي إنما هي قول نفسه، لا ينبغي أن يعطى بها أمرا فيه خطر عظيم، وإثم كبير، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه.

وأما الحديث فإنما تناول الأموال والدماء، فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى، لكان مخصوصا بالحدود، والنكاح في معناه، بل النكاح أولى، لأنه لا يكاد يخلو من شهود، لكون الشهادة شرطا في انعقاده، أو من اشتهاره، فيشهد فيه بالاستفاضة، والحدود بخلاف ذلك. إذا ثبت هذا، فإنه يفرق بينهما، ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها. وإن قلنا: إنها تحلف على الاحتمال الآخر. فنكلت، لم يقض بالنكول، وتحبس، في أحد الوجهين، حتى تقر أو تحلف، وفي الآخر، يخلى سبيلها، وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع، لتقر إن كان المدعي محقا، أو تحلف، فتبرأ إن كان مبطلا.

[فصل ادعى رجل نكاح امرأة]

(٨٤٩٧) فصل: وإذا ادعى رجل نكاح امرأة، احتاج إلى ذكر شرائط النكاح، فيقول: تزوجتها بولي مرشد وشاهدي عدل ورضاها. إن كانت ممن يعتبر رضاها. وهذا منصوص الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج إلى ذكر شرائطه؛ لأنه نوع ملك، فأشبه ملك العبد، ألا ترى أنه لا يحتاج أن يقول: وليست معتدة

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٢/١٠

ولا مرتدة **ولنا**، أن الناس اختلفوا في شرائط النكاح، فمنهم من يشترط الولي والشهود، ومنهم من لا يشترط، ومنهم من يشترط إذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها، ومنهم من لا يشترطه، وقد يدعي نكاحا يعتقده صحيحا، والحاكم لا يرى صحته، ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها، ولا يعلم بها ما لم تذكر الشروط، وتقم البينة بها، وتفارق المال، فإن أسبابه تنحصر، وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه، والعقود تكثر شروطها، ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة، وربما لا يحسن المدعي عدها ولا يعرفها، والأموال مما يتساهل فيها؛ ولذلك افترقا في اشتراط الولي والشهود في عقوده، فافترقا في الدعوى. وعدم العدة والردة، لم يختلف الناس فيه، والأصل عدمها ولا تختلف به الأغراض.

فإن كانت المرأة أمة والزوج حرا، فقياس ما ذكرناه، أنه يحتاج إلى ذكر عدم الطول، وخوف العنت؛ لأنهما من شرائط صحة نكاحها، وأما إن ادعى استدامة الزوجية، ولم يدع العقد، لم يحتج إلى ذكر الشروط في أحد الوجهين؛ لأنه يثبت بالاستفاضة. ولو اشترط ذكر الشروط، لاشترطت الشهادة به، ولا يلزم ذلك في شهادة الاستفاضة. وفي الثاني يحتاج إلى ذكر الشروط؛ لأنه دعوى نكاح، فأشبه دعوى العقد.

[فصل ادعت المرأة النكاح على زوجها]

(٨٤٩٨) فصل: وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها، وذكرت معه حقا من حقوق النكاح، كالصداق والنفقة." (١)

"**ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» . فجعل جنس البينة في جنبة المدعي، فلا يبقى في جنبة المدعى عليه بينة، ولأن بينة المدعي أكثر فائدة، فوجب تقديمها، كتقديم بينة الجرح على التعديل. ودليل كثرة فائدتها، أنها تثبت شيئا لم يكن، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهرا تدل اليد عليه، فلم تكن مفيدة، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف، فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم، فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة، فتقدم عليها بينة المدعي، كما تقدم على اليد، كما أن شاهدي الفرع لما كانا مبنيين على شاهدي الأصل، لم تكن لهما مزية عليهما. (٨٥٠١) فصل: وأي البينتين قدمناها، لم يحلف صاحبها معها.

وقال الشافعي، في أحد قوليه: يستحلف صاحب اليد؛ لأن البينتين سقطتا بتعارضهما، فصارا كمن لا بينة لهما، فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة. **ولنا**، أن إحدى البينتين راجحة، فيجب الحكم

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٤٣/١٠

بها منفردة، كما لو تعارض خبران، خاص وعام، أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه، ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط، وإنما ترجح، ويعمل بها، وتسقط المرجوحة.

[فصل كانت البينة لأحد المدعين دون الآخر]

(٨٥٠٢) فصل: فإن كانت البينة لأحدهما دون الآخر، نظرت؛ فإن كانت البينة للمدعي وحده، حكم بها، ولم يحلف، بغير خلاف في المذهب. وهو قول أهل الفتيا من أهل الأمصار؛ منهم الزهري، وأبو حنيفة، ومالك، والشافعي وقال شريح وعون بن عبد الله، والنخعي، والشعبي، وابن أبي ليلى: يستحلف الرجل مع بينته. قال شريح لرجل: لو أثبت عندي كذا وكذا شاهدا، ما قضيت لك حتى تحلف. **ولنا**، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - للحضرمي: «بينتك، أو يمينه، ليس لك إلا ذلك.» وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» . ولأن البينة إحدى حجتي الدعوى، فيكتفي بها، كاليمين.

قال أصحابنا: ولا فرق بين الحاضر والغائب، والحي والميت، والصغير والكبير، والمجنون والمكلف. وقال الشافعي إذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه، أحلف المشهود له، لأنه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والإبراء، فيقوم الحاكم مقامه في ذلك، لتزول الشبهة. وهذا حسن؛ فإن قيام البينة للمدعي بثبوت حقه، لا ينفي احتمال القضاء والإبراء، بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه، سمعت دعواه وبينته، فإن كان حاضرا مكلفا، فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه، فيكتفي بالبينة، وإن كان غائبا، أو ممن لا قول له، نفي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه، فتشرع اليمين لنفيه.

وإن لم تكن للمدعي." (١)

"بينة، وكانت للمنكر بينة سمعت بينته، ولم يحتج إلى الحلف معها؛ لأنا إن قلنا بتقديمها مع التعارض، وأنه لا يحلف معها، فمع انفرادها أولى، وإن قلنا بتقديم بينة المدعى عليه، فيجب أن يكتفي بها عن اليمين؛ لأنها أقوى من اليمين، فإذا اكتفي باليمين، فيما هو أقوى منها أولى. ويحتمل أن تشرع اليمين أيضا؛ لأن البينة هاهنا يحتمل أن تكون مستندها اليد والتصرف، فلا تفيد إلا ما أفادته اليد والتصرف، وذلك لا يغني عن اليمين، فكذلك ما قام مقامه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٤٦

[فصل ادعى الخارج أن الدابة ملكه وأنه أودعها للداخل]

(٨٥٠٣) فصل: وإن ادعى الخارج أن الدابة ملكه، وأنه أودعها للداخل، أو أعاره إياها، أو آجرها منه، ولم يكن لواحد منهما بينة، فالقول قول المنكر مع يمينه، ولا نعلم فيه خلافا. وإن كان لكل واحد منهما بينة؛ فبينة الخارج مقدمة. وهذا قول الشافعي وقال القاضي: بينة الداخل مقدمة، لأنه هو الخارج في المعنى، لأنه ثبت أن المدعي صاحب اليد، وأن يد الداخل نائبة عنه. **ولنا**، قول النبي: - صلى الله عليه وسلم - «البينة على المدعي» ولأن اليمين في حق المدعى عليه، فتكون البينة للمدعي، كما لو لم يدع الإيداع، يحققه أن دعواه الإيداع زيادة في حجته، وشهادة البينة بها تقويه لها، فلا يجوز أن تكون مبطلة لبينته.

وإن ادعى الخارج أن الداخل غصبه إياها، وأقاما بينتين، فهي للخارج، ويقتضي قول القاضي أنها للداخل، والأولى ما ذكرناه.

[فصل في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وباقيها في يد آخر فادعاها كل واحد منهما]

(٨٥٠٤) فصل: فإن كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة، ورأسها وسواقطها وباقيها في يد آخر، فادعاها كل واحد منهما كلها، ولا بينة لواحد منهما، فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه. وإن أقاما بينتين، وقلنا: تقدم بينة الخارج. فلكل واحد منهما ما في يد صاحبه، وإن قلنا: تقدم بينة الداخل. فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين.

[فصل في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يد صاحبه له ولا بينة لهما]

(٨٥٠٥) فصل: فإن كان في يد كل واحد منهما شاة، فادعى كل واحد منهما أن الشاة التي في يد صاحبه له، ولا بينة لهما، حلف كل واحد منهما لصاحبه، وكانت الشاة التي في يده له. وإن أقاما بينتين، فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه، ولا تعارض بينهما. وإن كان كل واحد منهما قال: هذه الشاة التي في يدك لي، من نتاج شاتي هذه. فالتعارض في النتاج، لا في الملك إذ يستحيل أن يكون كل واحد منهما يثبت الأخرى والحكم على ما تقدم. وإن ادعى كل واحد منهما أن الشاتين لي دون صاحبي، وأقاما بينتين، تعارضتا." (١)

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٤٧

"التسوية بينهما، وهو أحد قولي الشافعي. وقال القاضي: قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخا. وهو قول أبي حنيفة، والقول الثاني للشافعي لأن المتقدمة التاريخ، أثبتت الملك له في وقت لم تعارضه فيه البينة الأخرى، فيثبت الملك فيه، ولهذا له المطالبة بالنماء في ذلك الزمان، وتعارضت البينتان في الملك في الحال، فسقطتا، وبقي ملك السابق تجب استدامته، وأن لا يثبت لغيره ملك، إلا من جهته.

ووجه قول الخرقي، أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح؛ لجواز أن يعلم به دون الأول، ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الآخر، أو وهبه له، لقدمت بينته اتفاقا، فإذا لم ترجح بهذا، فلا أقل من التساوي. وقولهم: إنه يثبت الملك في الزمن الماضي من غير معارضة. قلنا: إنما يثبت تبعا لثبوته في الحال، ولو انفرد بأن يدعي الملك في الماضي، لم تسمع دعواه ولا بينته، فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى، فهما سواء. ذكره القاضي.

وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت. وهو قول أبي يوسف، ومحمد. **ولنا**، أنه ليس في إحداهما ما يقتضي الترجيح من تقدم الملك ولا غيره، فوجب استواؤهما، كما لو أطلقتا، أو استوى تاريخهما.

[فصل ترجيح إحدى البينتين بكثرة العدد]

(٨٥١٠) فصل: ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد، ولا اشتهار العدالة. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. ويتخرج أن ترجح بذلك، مأخوذا من قول الخرقي: ويتبع الأعمى أوثقهما في نفسه. وهذا قول مالك؛ لأن أحد الخبرين يرجح بذلك، فكذلك الشهادة، لأنها خبر، ولأن الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة، كان الظن به أقوى. وقال الأوزاعي: يقسم على عدد الشهود، فإذا شهد لأحدهما شاهدان، وللآخر أربعة، قسمت العين بينهما أثلاثا؛ لأن الشهادة سبب الاستحقاق، فيوزع الحق عليها.

ولنا، أن الشهادة مقدرة بالشرع، فلا تختلف بالزيادة، كالدية، وتخالف الخبر، فإنه مجتهد في قبول خبر الواحد دون العدد، فرجح بالزيادة. والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين، فصار الحكم متعلقا بهما دون اعتبار الظن، ألا ترى أنه لو شهد النساء منفردات، لا تقبل شهادتهن، وإن كثرن حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين. وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين في المال؛ لأن كل واحدة من البينتين حجة في المال، فإذا اجتمعتا تعارضتا، فأما إن كان لأحدهما شاهدان وللآخر

شاهد، فبذل يمينه معه، ففيه وجهان؛ أحدهما، يتعارضان؛ لأن كل واحد منهما حجة بمفرده، فأشبها الرجلين مع الرجل والمرأتين.." (١)

"والثاني، يقدم الشاهدان، لأنهما حجة متفق عليها، والشاهد واليمين مختلف فيهما، ولأن اليمين قوله لنفسه، والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين، فيجب تقديمها، كتقديمها على يمين المنكر، وهذا الوجه أصح، إن شاء الله. وللشافعي قولان، كالوجهين.

[فصل في أيديهما دار فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها]

(٨٥١١) فصل: وإذا كان في أيديهما دار، فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها، ولا بينة لهما، فهي بينهما نصفين. نص عليه أحمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه، ولا يمين على الآخر؛ لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه. ولا نعلم في هذا خلافا. إلا أنه حكي عن ابن شبرمة، أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها، لأن النصف له لا منازع فيه، والنصف الآخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه. **ولنا** أن يد مدعي النصف على ما يدعيه، فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى. فإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه، فقد تعارضت بينتاهما فالنصف، لمدعي الكل، والنصف الآخر ينبني على الخلاف في أي البينتين تقدم، وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي، فتكون الدار كلها لمدعي الكل. وهو قول أبي حنيفة، وصاحبيه.

فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها، فالنصف لصاحب الكل، لا منازع له فيه، ويقرع بينهما في النصف الآخر، فمن خرجت له القرعة، حلف، وكان له. وإن كان لكل واحد بينة، تعارضتا وسقطتا، وصارا كمن لا بينة لهما. وإن قلنا: تستعمل البينتان. أقرع بينهما، وقدم من تقع له القرعة، في أحد الوجهين. والثاني، يقسم النصف المختلف فيه بينهما، فيصير لمدعي الكل ثلاثة أرباعها.

[فصل الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الآخر ثلثها وادعى الآخر سدسها]

(٨٥١٢) فصل: فإن كانت الدار في يد ثلاثة، ادعى أحدهم نصفها، وادعى الآخر ثلثها، وادعى الآخر سدسها، فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم، وليس هاهنا اختلاف ولا تجاحد، فإن ادعى كل واحد منهم أن باقي الدار وديعة، أو عارية معي، وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة، قضي له به؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٥١

بينته تشهد له بما ادعاه، ولا معارض لها، وإن لم تكن لواحد منهما بينة، حلف كل واحد منهم، وأقر في يده ثلثها. (٨٥١٣) فصل: فإن ادعى أحدهم جميعها، وادعى الآخر نصفها، والآخر ثلثها، فإن لم تكن لواحد منهم بينة، قسمت بينهم أثلاثا، وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به؛ لأن يد كل واحد منهم على ثلثها. وإن كانت لأحدهم بينة، نظرت؛ فإن كانت لمدعي الجميع، فهي له، وإن كانت لمدعي النصف، أخذه، والباقي بين الآخرين نصفين، لمدعي الكل السدس بغير يمين، ويحلف على نصف السدس، ويحلف الآخر على الربع." (١)

"عدول، على عدة واحدة فأسهم النبي - صلى الله عليه وسلم - بينهما» . رواه الشافعي، في " مسنده ". ولأن البينتين حجتان تعارضتا، من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى، فسقطتا، كالخبرين. والرواية الثانية، تستعمل البينتان. وفي كيفية استعمالهما روايتان؛ إحداهما، تقسم العين بينهما. وهو قول الحارث العكلي، وقتادة، وابن شبرمة، وحماد، وأبي حنيفة، وقول للشافعي؛ لما روى أبو موسى، «أن رجلين اختصما إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في بعير، وأقام كل واحد منهما البينة أنه له؛ فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - به بينهما نصفين» .

ولأنهما تساويا في دعواه، فيتساويان في قسمته. والرواية الثانية، تقدم إحداهما بالقرعة. وهو قول الشافعي. وله قول رابع، يوقف الأمر حتى يتبين. وهو قول أبي ثور، لأنه اشتبه الأمر، فوجب التوقف، كالحاكم إذا لم يتضح له الحكم في قضيته. **ولنا**، الخبران، وأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف، كالخبرين، بل إذا تعذر الترجيح، أسقطناهما، ورجعنا إلى دليل غيرهما. إذا ثبت هذا، فإننا إذا قلنا: إن البينتين تسقطان. أقرع بينهما، فمن خرجت له قرعته، حلف، وأخذها، كما لو لم تكن لهما بينة.

وإن قلنا: يعمل بالبينتين، ويقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، أخذها من غير يمين. وهذا قول الشافعي؛ لأن البينة تغني عن اليمين. وقال أبو الخطاب: عليه اليمين مع البينة، ترجيحا لها. وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى في هذا الحكم، وإنما يظهر الفرق بينهما في شيء آخر، سنذكره، إن شاء الله تعالى.

[فصل أنكر البينة من العين في يده وكانت لأحدهما بينة]

(٨٥١٦) فصل: فإن أنكرها من العين في يده، وكانت لأحدهما بينة، حكم له بها. وإن أقام كل واحد منهما بينة، فإن قلنا: تستعمل البينتان. أخذت العين من يده، وقسمت بينهما، على قول من يرى القسمة،

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٢/١٠

أو تدفع إلى من تخرج له القرعة، على قول من يرى ذلك. وإن قلنا: تسقط البينتان، حلف صاحب اليد، وأقرت في يده، كما لو لم تكن لهما بينة. وإن أقر بها بعد ذلك لهما، أو لأحدهما، قبل إقراره. وإن أقر بها في الابتداء لأحدهما، صار المقر له صاحب اليد؛ لأن من هي في يده مقر بأن يده نائبة عن يده. وإن أقر لهما جميعا، فاليد لكل واحد منهما في، الجزء الذي أقر له به؛ لذلك.

[فصل تداعيا عينا في يد غيرهما فقال هي لأحدكما]

(٨٥١٧) فصل: وإن تداعيا عينا في يد غيرهما، فقال: هي لأحدكما لا أعرفه عينا. أو قال: لا أعرف صاحبها، أهو." [1]

"وقال القاضي، وبعض أصحاب الشافعي: يعتق نصفه في الأحوال كلها؛ لأنه استحق العتق بإقرار الورثة، مع ثبوت العتق للآخر بالبينة العادلة، فصار بالنسبة كأنه أعتق العبدين، فيعتق منه نصفه. وهذا لا يصح؛ فإنه لو أعتق العبدين، لأعتقنا أحدهما بالقرعة، لأنه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينة، لا يعتق منه شيء ولو كانت بينته عادلة، فمع فسوقها أولى، وإن كذبت الورثة الأجنبية، فقالت: ما أعتق غانما، إنما أعتق سالما، عتق العبدان. وقيل: يعتق من سالم ثلثاه. والأول أولى.

[فصل شهد عدلان أجنبيان أنه وصى وشهد عدلان وارثان أنه رجع عن الوصية]

(٨٥٣٠) فصل: فإن شهد عدلان أجنبيان، أنه وصى بعتق سالم، وشهد عدلان وارثان، أنه رجع عن الوصية بعتق سالم، ووصى بعتق غانم، وقيمتهما سواء، أو كانت قيمة غانم أكثر، قبلت شهادتهما، وبطلت وصية سالم، لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضررا. فإن قيل: فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم. قلنا: وهما يسقطان ولاء سالم، وعلى أن الولاء إثبات سبب الميراث، وهذا لا يمنع قبول الشهادة، بدليل ما لو شهدا بعتق غانم من غير معارض، ثبت عتقه، ولهما ولاؤه، ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما، قبلت شهادتهما، مع ثبوت سبب الإرث لهما، وتقبل شهادة المرأة لأخيه بالمال، وإن جاز أن يرثه، فإن كان الوارثان فاسقين، لم تقبل شهادتهما في الرجوع، ويلزمهما إقرارهما لغانم، فيعتق سالم بالبينة العادلة، ويعتق غانم بإقرار الورثة بالوصية بإعتاقه وحده.

وذكر القاضي، وأصحاب الشافعي، أنه إنما يعتق. ثلثاه؛ لأنه لما عتق سالم بشهادة الأجنبيين، صار

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٥٦/١٠

كالمغصوب، فصار غانم نصف التركة، فيعتق ثلثاه، وهو ثلث التركة. **ولنا**، أن الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة، وأن عتق سالم إنما كان بشهادتهما بعد الموت، فصار كالمغصوب بعد الموت، ولو غصب بعد الموت، لم يمنع، عتق غانم كله، فكذلك الشهادة بعتقه. وقد ذكر القاضي، فيما إذا شهدت بينة عادلة بإعتاق سالم في مرضه، ووارثة فاسقة بإعتاق غانم في مرضه، وأنه لم يعتق سالما، أن غانما يعتق كله. وهذا مثله.

فأما إن كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم، فالوارثة متهمة؛ لكونها ترد إلى الرق من كثرت قيمته، فترد شهادتها في الرجوع، كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصية، ويعتق سالم، وغانم كله أو ثلثاه وهو ثلث الباقي، على ما ذكرنا من الاختلاف فيما إذا كانت فاسقة. فإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم، لكن." (١)

"رقه. فإن ادعاه كل واحد منهما لنفسه، فاعترف لأحدهما، فهو لمن اعترف له. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يكون بينهما نصفين؛ لأن يدهما عليه، فأشبه الطفل والثوب. **ولنا**، أنه إنما حكم برقه باعترافه، فكان مملوكا لمن اعترف له، كما لو لم تكن يده عليه. ويخالف الثوب والطفل؛ فإن الملك حصل فيهما باليد، وقد تساويا فيه، وهاهنا حصل بالاعتراف، وقد اختص به أحدهما، فكان مختصا به. فإن أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكه، تعارضتا وسقطتا، ويقرع بينهما، أو يقسم بينهما، على ما مضى من التفصيل فيه.

فإن قلنا بسقوطهما، ولم يعترف لهما بالرق، فهو حر، وإن اعترف لأحدهما، فهو لمن اعترف له، وإن أقر لهما معا، فهو بينهما لأن البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين. فإن قلنا بالقرعة أو القسمة، فأنكرهما، لم يلتفت إلى إنكاره، وإن اعترف لأحدهما، لم يلتفت إلى اعترافه؛ لأن رقه ثابت بالبينة فلم تبق له يد على نفسه كما قلنا فيما إذا ادعى رجلان دارا في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه، واعترف أنها ليست له، ثم أقر أنها لأحدهما، لم يرجح بإقراره.

[فصل كان في يده صغيرة فادعى نكاحها]

(٨٥٤١) فصل: ولو كان في يده صغيرة، فادعى نكاحها لم يقبل منه، ولا يخلى بينها وبينه. ولو ادعى رقها قبل منه، إذا كانت طفلة لا تعبر عن نفسها؛ لأن اليد دليل الملك، وأما المدعي للنكاح، فهو مقر

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٢٦٥

بحريتها، أو بأنها غير مملوكة له، واليد لا تثبت على الحر، فإذا كبرت فاعترفت له بالنكاح، قبل إقرارها

[فصل ادعى ملك عين وأقام به بينة وادعى آخر أنه باعها منه]

(٨٥٤٢) فصل: ولو ادعى ملك عين، وأقام به بينة وادعى آخر أنه باعها منه أو وهبها إياه، أو وقفها عليه، أو ادعت امرأته أنه أصدقها إياها، أو أعتقها، وأقام بذلك بينة، قضي له بها. بغير خلاف نعلمه؛ لأن بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الأخرى، والبينة الأخرى شهدت بالأصل، فيمكن أنه كان ملكه، ثم صنع به ما شهدت به البينة الأخرى. ولو مات رجل، وترك دارا فادعى ابنه أنه خلفها ميراثا، وادعت امرأته أنه أصدقها إياها، وأقاما بذلك بينتين، حكم بها للمرأة، لأنها تدعي أمرا زائدا خفي على بينة الابن، وسواء شهدت البينة بالشراء وما في معناه، بأنه باع ملكه أو ما في يده، أو لم تشهد بذلك، وسواء شهدت بالبيع والقبض، أو لم تذكر القبض وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لا يثبت الملك للمشتري ولا تزال يد البائع إلا أن تشهد البينة بأنه باع ملكه أو ما في يده؛ لأن البيع المطلق ليس بحجة لأنه قد يبيع ما لا يملك.." (١)

"تركة هذا الميت، وأنه إنما يستحقها بالميراث، فلا حكم ليده وقال أبو الخطاب: يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه، أو يصطلحا. وهذا قول الشافعي

ولنا ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره، وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث إليه، وأما ظهور حكم الإسلام في الصلاة عليه؛ فلأن الصلاة لا ضرر فيها على أحد، وكذلك تغسيله ودفنه. وأما قوله: إن الإسلام يعلو ولا يعلى. فإنما يعلو إذا ثبت والنزاع في ثبوته. وهذا فيما إذا لم يثبت، فأما إن ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه. وهذا قول الشافعي وأبي ثور، وابن المنذر وقال أبو حنيفة: القول قول المسلم على كل حال؛ لما ذكرنا في التي قبلها. **ولنا**؛ أن الأصل بقاء ما كان عليه فكان القول قول من يدعيه، كسائر المواضع. فأما إن لم يعترف المسلم بأخوة الكافر، وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهما سواء في الدعوى؛ لتساوي أيديهما ودعاويهما، فإن المسلم والكافر في الدعوى سواء، يقسم ميراثه نصفين، كما لو كان في ايديهما دار فادعاها كل واحد منهما ولا بينة لهما. ويحتمل أن يقدم قول المسلم؛ لما ذكرنا. والله أعلم.

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٣/١٠

[مسألة أقام المسلم بينة أنه أباه مات مسلما وأقام الكافر بينة أنه مات كافرا]

(٨٥٤٦) مسألة؛ قال: وإن أقام المسلم بينة أنه مات مسلما، وأقام الكافر بينة أنه مات كافرا، أسقطت البينتان، وكانا كمن لا بينة لهما، وإن قال شاهدان: نعرفه كان كافرا. وقال شاهدان: نعرفه كان مسلما، فالميراث للمسلم؛ لأن الإسلام يطرأ على الكفر إذا لم يؤرخ الشهود معرفتهم وجملة ذلك أنه إذا خلف الميت ولدين مسلما وكافرا، فادعى المسلم أنه مات مسلما، وأقام بذلك بينة، وأقام الكافر بينة من المسلمين أنه مات كافرا، ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان وإن عرف أصل دينه نظرنا في لفظ الشهادة؛ فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به، فهما متعارضتان، وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الإسلام، وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه؛ لأن المبقية له على أصل دينه، ثبتت شهادتها على الأصل الذي تعرفه؛ لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه، جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه، والبينة الأخرى معها علم لم تعلمه الأولى، فقدمت عليها، كما لو شهد بأن هذا العبد كان ملكا لفلان إلى أن مات، وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته، قدمت بينة العتق والبيع.

فأما إن قال شاهدان: نعرفه قبل موته قد كان مسلما. وقال شاهدان: نعرفه كان كافرا. نظرنا في تاريخهما؛ فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما، لأنه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الأولى، إلى ما شهدت به الآخرة وإن كانتا مطلقتين، أو إحداهما مطلقة قدمت بينة المسلم؛ لأن المسلم لا يقر على الكفر في دار." (١)

"وروي نحو ذلك عن عبد الله بن مسعود – رضي الله عنه –؛ لأنهما تساويا في ثبوت يدهما على المدعى، وعدم البينة، فلم يقدم أحدهما على صاحبه، كالذي يصلح لهما، أو كما لو كان في يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك. **ولنا**، أن أيديهما جميعا على متاع البيت، بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبي، كان القول قولهما، وقد يرجع أحدهما على صاحبه يدا وتصرفا فيجب أن يقدم، كما لو تنازعا دابة، أحدهما راكبها، والآخر آخذ بزمامها، أو قميصا أحدهما لابسه، والآخر آخذ بكمه، أو جدارا متصلا بداريهما، معقودا ببناء أحدهما، أو له عليه أزج.

ولنا، على أبي حنيفة والقاضي، أنهما تنازعا فيما في أيديهما ولا مزية لأحدهما على صاحبه، أشبه إذا كان في اليد الحكمية. فأما ما كان يصلح لهما، فإنه في أيديهما، ولا مزية لأحدهما على صاحبه، أشبه إذا كان

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٧٦/١٠

في أيديهما من جهة المشاهدة، والدلالة على أنه ليس للنافي، أن وارث الميت قائم مقامه، أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكيلا. فأما إذا لم يكن لهما يد حكيمة، بل تنازع رجل وامرأة في عين غير قماش بينهما، فلا يرجع أحدهما بصلاحية ذلك له، بل إن كانت في أيديهما فهي بينهما، وإن كانت في يد أحدهما، فهي له، وإن كانت في يد غيرهما، اقترعا عليها، فمن خرجت له القرعة فهي له، واليمين على من حكمنا بها له في كل المواضع، لأنه ليس لهما يد حكمية، فأشبها سائر المختلفين.

[فصل كان في الدكان نجار وعطار فاختلفا فيما فيها]

(٨٥٥٨) فصل: وإذا كان في الدكان نجار وعطار، فاختلفا فيما فيها، حكم بآلة كل صناعة لصاحبها، فآلة العطارين للعطار، وآلة النجارين للنجار. وإن لم يكونا في دكان واحد، لكن اختلفا في عين لم يرجح أحدهما بصلاحية العين المختلف فيها له، كما ذكرنا في الزوجين، يكون ذلك كتنازع الأجنبيين.

[فصل اختلف المكري والمكتري في شيء في الدار]

(٨٥٥٩) فصل: وإذا اختلف المكري والمكتري في شيء في الدار، نظرت؛ فإن كان مما ينقل ويحول، كالأثاث، والأواني، والكتب فهو للمكتري؛ لأن العادة أن الإنسان يكري داره فارغة من رحله وقماشه، وإن كان في شيء مما يتبع في البيع؛ كالأبواب المنصوبة، والخوابي المدفونة، والرفوف المسمرة، والسلاليم المسمرة، والمفاتيح والرحا المنصوبة، وحجرها التحتاني فهو للمكري؛ لأنه من توابع الدار، فأشبه الشجرة المغروسة فيها. وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد، فقال أحمد: إذا اختلفا في الرفوف، فهي لصاحب الدار.." (١)

"أقوى، ويده آكد، وهو المستوفي لمنفعتها. وإن كان لأحدهما عليها حمل، والآخر آخذ بزمامها، فهي لصاحب الحمل؛ لذلك. وإن كان لأحدهما عليها، حمل، والآخر راكب عليها، فهي للراكب؛ لأنه أقوى تصرفا. وإن اختلفا في الحمل، فادعاه الراكب وصاحب الدابة، فهو للراكب؛ لأن يده على الدابة والحمل معا، فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار في قماش فيها.

وإن تنازع صاحب الدابة والراكب في السرج، فهو لصاحب الدابة، لأن السرج في العادة يكون لصاحب الفرس. وإن تنازع اثنان في ثياب على عبد لأحدهما، فهي لصاحب العبد؛ لأن يد العبد عليها. وإن تنازع

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٤/١٠

صاحب الثياب والآخر في العبد اللابس لها، فهما سواء؛ لأن نفع الثياب يعود إلى العبد، لا إلى صاحب الثياب. ومذهب الشافعي في هذا الفصل، والذي قبله، كما ذكرنا.

[فصل اختلف صاحب أرض ونهر في حائط بينهما]

(٨٥٦٢) فصل: وإن اختلف صاحب أرض ونهر في حائط بينهما، فهو لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به. وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: هو لصاحب النهر؛ لأنه لنفعه. وقال أبو يوسف، ومحمد هو لصاحب الأرض؛ لأنه متصل بأرضه. **ولنا**، أنه حاجز بين ملكيهما، فكانت يدهما عليه، فيكون لهما، كما لو تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما، أو حائط بين داريهما. وما ذكروه من الترجيحين متقابل، فيستويان. وإن تنازع صاحب العلو والسفل في السقف الذي بينهما، فهو بينهما، لذلك. وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين. فإنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذي يحصل له، دون النصف الآخر لأن ما يحصل له لا يفيده الحلف عليه شيئا، فلا يستحلف عليه، كالمدعي لا يحلف على ما يأخذه المدعى عليه.

[فصل تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما وباقيها في يد الآخر]

(٨٥٦٣) فصل: وإن تنازعا عمامة طرفها في يد أحدهما، وباقيها في يد الآخر، أو قميصا، كمه في يد أحدهما، وباقيه مع الآخر فهما سواء فيها؛ لأن يد الممسك بالطرف عليها، بدليل أنه لو كان باقيها على الأرض، فنازعه فيها غيره كانت له، وإذا كانت في أيديهما تساويا فيها.

ولو كانت دار فيها أربعة أبيات، وفي أحد أبياتها ساكن، وفي الثلاثة الباقية ساكن آخر، فاختلفا فيها، كان لكل واحد ما هو ساكن فيه، لأن كل بيت ينفصل عن صاحبه، ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه في ثبوت اليد عليه. ولو تنازعا الساحة التي يتطرق منها إلى البيوت، فهي بينهما نصفين؛ لاشتراكهما في ثبوت اليد عليها، فأشبهت العمامة فيما ذكرنا.

[مسألة من كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال]

(٨٥٦٤) مسألة؛ قال: (ومن كان له على أحد حق، فمنعه منه، وقدر له على مال، لم يأخذ منه مقدار حقه؛ لما روي عن." (١)

"وولدك بالمعروف» متفق عليه. وإذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير إذنه، جاز للرجل الذي له الحق على الرجل. ولنا، قول النبي - صلى الله عليه وسلم - «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن.

ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه، فقد خانه، فيدخل في عموم الخبر، وقال - صلى الله عليه وسلم - «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» . ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه، كان معاوضة بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه، فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه، فإن التعيين إليه، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يقول: اقضني حقي من هذا الكيس دون هذا. ولأن كل ما لا يجوز له تملكه إذا لم يكن له دين، لا يجوز له أخذه إذا كان له دين، كما لو كان باذلا له. فأما حديث هند، فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه في كل وقت، وهذا إشارة منه إلى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت، والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة، بخلاف الدين، وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة، فكأن الحق صار معلوما بعلم قيام مقتضيه، وبينهما فرقان آخران؛ أحدهما، أن للمرأة من التبسط في ماله، بحكم العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف، بخلاف الأجنبي. الثاني، أن النفقة تراد لإحياء النفس، وإبقاء المهجة، وهذا مما لا يصبر عنه، ولا سبيل إلى تركه، فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة، بخلاف، الدين، حتى نقول: لو صارت النفقة ماضية، لم يكن لها أخذها.

ولو وجب لها عليه دين آخر، لم يكن لها أخذه. فعلى هذا، إن أخذ شيئا لزمه رده إن كان باقيا، وإن كان تالفا، وجب مثله إن كان مثليا، أو قيمته إن كان متقوما، فإن كان من جنس دينه، تقاصا، في قياس المذهب، وإن كان من غير جنسه، لزمه غرمه، ومن جوز من أصحابنا الأخذ، فإنه قال: إن وجد من جنس حقه، جاز ﻟﻪ الأخذ منه بقدر حقه، من غير زيادة، وليس له الأخذ من غير جنسه مع قدرته على أخذه من جنسه، وإن لم يجد إلا من غير جنس، حقه فيحتمل أن لا يجوز له تملكه؛ لأنه لا يجوز أن يبيعه من نفسه، وهذا يبيعه من نفسه، وتلحقه فيه تهمة. ويحتمل أن يجوز له ذلك، كما قالوا: الرهن ينفق عليه، إذا كان مركوبا، أو محلوبا، يركب ويحلب،." (٢)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٨٦/١٠

(٢) المغني لابن قدامة ٢٨٨/١٠

"أنت لله. إذا نوى؛ الشعبي، والمسيب بن رافع، وحماد والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يعتق به؛ لأن مقتضاه، أنت عبد الله أو مخلوق لله. وهذا لا يقتضي العتق.

ولنا، أنه يحتمل: أنه حر لله، أو عتيق لله، أو عبد لله وحده، لست بعبد لي ولا لأحد سوى الله. فإذا نوى الحرية به، وقعت، كسائر الكنايات. وما ذكروه لا يصح؛ لأن احتماله لما ذكروه لا يمنع احتماله لما ذكرناه، بدليل سائر الكنايات، فإنها تحتمل العتق وغيره، ولو لم تحتمل إلا العتق لكانت صريحة فيه، وما يحتمل أمرين، انصرف إلى أحدهما بالنية، وهذا شأن الكنايات. وما ذكروه من الاحتمال يدل على أن هذا ليس بصريح، وإنما هو كناية. وقوله: لا ملك لي عليك، ولا رق لي عليك. خبر عن انتفاء ملكه ورقه، لم يرد به شرع، ولا عرف استعمال في العتق، فلم يكن صريحا فيه، كقوله: ما أنت عبدي، ولا مملوكي. وقوله لامرأته: ما أنت امرأتي، ولا زوجتي.

[فصل قال لأمته أنت طالق ينوي العتق به]

(٨٥٦٩) فصل: وإن قال لأمته: أنت طالق ينوي العتق به، ففيه روايتان؛ إحداهما، لا تعتق به. وهو قول أبي حنيفة؛ لأن الطلاق لفظ وضع لإزالة الملك عن المنفعة، فلم يزل به الملك عن الرقبة، كفسخ الإجارة، ولأن ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة، فلا ينحل بالطلاق، كسائر الأملاك. والرواية الثانية، هو كناية تعتق به الأمة إذا نوى العتق. وهو قول مالك، والشافعي؛ لأن الرق أحد الملكين على الآدمي، فيزول بلفظ الطلاق، كالآخر، أو فيكون اللفظ الموضوع لإزالة أحدهما كناية في إزالة الآخر، كالحرية في إزالة النكاح، ولأن فيه معنى الإطلاق، فإذا نوى به إطلاقها من ملكه، فقد نوى بلفظه ما يحتمله، فتحصل به الحرية، كسائر كنايات العتق.

[فصل قال لأكبر منه أو لمن لا يولد لمثله هذا ابني]

(٨٥٧٠) فصل: فإن قال لأكبر منه، أو لمن لا يولد لمثله: هذا ابني. مثل أن يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة: هذا ابني. لم يعتق، ولم يثبت نسبه. وقال أبو حنيفة: يعتق. وخرجه أبو الخطاب وجها لنا؛ لأنه اعترف بما تثبت به حريته، فأشبه ما لو أقر بها. **ولنا** أنه قول يتحقق كذبه فيه، فلم تثبت به الحرية، كما لو قال لطفل: هذا أبي. أو لطفلة: هذه أمي. قال ابن المنذر هذا من قول النعمان شاذ، لم يسبقه أحد إليه، ولا تبعه أحد عليه، وهو محال من الكلام، وكذب يقينا، ولو جاز هذا، لجاز أن يقول

الرجل لطفل: هذا أبي.
ولأنه لو قال لزوجته، وهي أسن منه: هذه ابنتي. أو قال لها، وهو أسن منها: هذه أمي. لم تطلق، كذا هذا.." (١)

"قال الشافعي، وابن المنذر. وقال مالك: يصح عتق عبد ولده الصغير؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: «أنت ومالك لأبيك» . ولأن له عليه ولاية، وله فيه حق، فصح إعتاقه كماله. ولنا أنه عتق من غير مالك، فلم يصح، كإعتاق عبد ولده الكبير. قال ابن المنذر: لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده، دل على أنه لا حق له في سائره. وقوله - صلى الله عليه وسلم -: «أنت ومالك لأبيك» . لم يرد به حقيقة الملك، وإنما أراد المبالغة في وجوب حقه عليك، وإمكان الأخذ من مالك، وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه، ولهذا لا ينفذ إعتاقه لعبد ولده الكبير، الذي ورد الخبر فيه، وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع إعتاق عبده، ولأنه إنما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي، ليحفظ ماله عليه، وينميه له، ويقوم بمصالحه التي يعجز الصبي عن القيام بها، وإذا كان مقصود الولاية الحفظ، اقتضت منع التضييع والتفريط بإعتاق رقيقه، والتبرع بماله. ولو قال رجل لعبد آخر: أنت حر من مالي. فليس بشيء، فإن اشتراه بعد ذلك، فهو مملوكه، ولا شيء عليه. وبهذا قال مالك، والشافعي، وعامة الفقهاء.
ولو بلغ رجلا أن رجلا قال لعبده: أنت حر من مالي فقال: قد رضيت. فليس بشيء. وبهذا قال الثوري، وإسحاق.

[مسألة أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر]
(٨٥٧٥) مسألة؛ قال أبو القاسم - رحمه الله -: (وإذا كان العبد بين ثلاثة، فأعتقوه معا، أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه، ففعل، أو أعتق كل واحد منهم حقه، وهو معسر، فقد صار حرا، وولاؤه بينهم أثلاثا) وجملته أن العبد متى كان لثلاثة، فأعتقوه معا؛ إما بأنفسهم، بأن يتلفظوا بعتقه معا، أو يعلقوا عتقه على صفة واحدة، فتوجد، أو يوكلوا واحدا، فيعتقه، أو يوكل نفسان منهم الثالث، فيعتقه، فإنه يصير حرا، وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «إنما الولاء لمن أعتق» وكل واحد منهم قد أعتق حقه، فيثبت له الولاء عليه. وهذا لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا.
فأما إن أعتقه سادته الثلاثة، واحدا بعد واحد، وهم معسرون، أو كان المعتقان الأولان معسرين، والثالث

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٩٥/١٠

موسرا، فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه، وله ولاؤه، وهذا قول أكثر أهل العلم. وحكى ابن المنذر، فيما إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين؛ أحدهما، أنه باطل؛ لأنه لا يمكن أن يعتق نصفه منفردا، إذ لا يمكن أن يكون إنسان نصفه حر." (١)

"وقال أبو حنيفة: لا يعتق إلا حصة المعتق، ولشريكه الخيار في ثلاثة أشياء؛ إن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن شريكه، فيعتق حينئذ.

ولنا الحديث الذي رويناه وهو حديث صحيح، متفق عليه، ورواه مالك، في " موطئه "، عن نافع، عن ابن عمر، فأثبت النبي - صلى الله عليه وسلم - العتق في جميعه، وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه، ولم يجعل له خيرة، ولا لغيره. وروى قتادة، عن أبي المليح، عن أبيه، «أن رجلا من قومه أعتق شقصا له من مملوك، فرفع ذلك إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فجعل خلاصه عليه في ماله، وقال: ليس لله شريك» . قال أبو عبد الله: الصحيح أنه عن أبي المليح، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - مرسل، وليس فيه عن أبيه. هذا معنى كلامه. وقول البتي شاذ، يخالف الأخبار كلها، فلا يعول عليه.

وحديث التلب يتعين حمله على المعسر، جمعا بين الأحاديث. وقياس العتق على البيع لا يصح، فإن البيع لا يسري فيما إذا كان العبد كله له، والعتق يسري، فإنه لو باع نصف عبده، لم يسر، ولو أعتق نصفه، عتق كله. وإذا ثبت هذا، فإن ولاءه يكون له؛ لأنه عتق بإعتاقه من ماله، وقد قال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «إنما الولاء لمن أعتق» . ولا خلاف في هذا عند من يرى عتقه عليه. (٨٥٧٨)

فصل: ولا فرق في هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين، أو بعضهم مسلما، وبعضهم كافرا. ذكره القاضي. وهو قول الشافعي. وقال أبو الخطاب: في الكافر وجه، أنه إذا أعتق نصيبه من مسلم، أنه لا يسري إلى باقيه، ولا يقوم عليه؛ لأنه لا يصح شراء الكافر عبدا مسلما. ولنا عموم الخبر، ولأن ذلك ثبت لإزالة الضرر، فاستوى فيه المسلم والكافر، كالرد بالعيب، والغرض هاهنا تكميل العتق، ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك، بخلاف الشراء ولو قدر أن هاهنا تمليكا، لكان تقديرا في أدنى زمان، حصل ضرورة تحصيل العتق، ولا ضرر فيه، فإن قدر فيه ضرر، فهو مغمور." (٢)

"قال ابن عبد البر: لم يقل أبو حنيفة وزفر، بحديث ابن عمر، ولا حديث أبي هريرة على وجهه، وكل قول يخالف السنة، فمردود على قائله. والله المستعان. (٨٥٨٤)

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٩٧/١٠

(٢) المغني لابن قدامة ٢٩٩/١٠

فصل: إذا قلنا بالسعاية، احتمل أن لا يعتق كله، وتكون القيمة في ذمة العبد دينا يستسعى في أدائها، وتكون أحكامه أحكام الأحرار، فإن مات، وفي يده مال، كان لسيده بقية السعاية، وباقي ماله موروث، ولا يرجع العبد على أحد. وهذا قول أبي يوسف، ومحمد. ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدي السعاية، فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق إذا مات، فللشريك الذي لم يعتق من ماله مثل ما يكون له، على قول من لم يقل بالسعاية؛ لأنه إعتاق بأداء مال، فلم يعتق قبل أدائه، كالمكاتب. وقال ابن أبي ليلى، وابن شبرمة: يرجع العبد على المعتق إذا أيسر؛ لأنه كلفه السعاية بإعتاقه. **ولنا** أنه حق لزم العبد في مقابلة حريته، فلم يرجع به على أحد، كمال الكتابة، ولأنه لو رجع به على السيد، لكان هو الساعي في العوض، كسائر الحقوق الواجبة عليه.

[مسألة كان المعتق الثاني معسرا]

(٨٥٨٥) مسألة: قال: (ولو كان المعتق الثاني معسرا، عتق نصيبه منه، وكان ثلثه رقيقا لمن لم يعتق، فإن مات وفي يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق، وثلثاه للمعتق الأول والمعتق الثاني بالولاء، إذا لم يكن له وارث أحق منهما) إنما كان كذلك؛ لأن المعسر لا يعتق إلا نصيبه، والأول والثاني معسران، فلم يعتق على كل واحد إلا نصيبه، ونصيبهما الثلثان، وبقي ثلثه رقيقا للثالث، فإذا خلف العبد مالا، فثلثه للذي لم يعتق؛ لأنه مالك لثلثه، وثلثاه ميراث؛ لأنه ملكهما بجزئه الحر، فإن كان له وارث نسيب، يرث ماله كله، أخذه؛ لأنه أحق من المعتق، وإن لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء، وإن كان له ذو فرض يرث البعض، أخذ فرضه منه، وباقيه للمعتقين.

وهذا القول فيما إذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد في حياته كسبه، ولم يهايئه، فأما إن قاسمه، أو هايأه، فلا حق له في تركته؛ لأنها حصلت بالجزء الحر، فتكون جميعها ميراثا لورثته، دون مالك ثلثه، إذ لا حق له في الجزء الحر، فلا يكون له حق فيما كسبه به، ولا فيما ملكه به.

[فصل مات قبل أداء سعايته]

(٨٥٨٦) فصل: ومن قال بالسعاية، فإنه يستسعي حين أعتقه الأول، فإذا أعتق الثاني نصيبه، انبنى ذلك على القول في حريته، هل حصلت بإعتاق الأول أولا؟ فمن جعله حرا، لم يصحح عتق الثاني؛ لأنه عتق

بإعتاق الأول؛ ومن لم يجعله حرا، صحح عتق الثاني؛ لأنه أعتق جزءا مملوكا له من عبد. وإذا مات قبل أداء سعايته فقد مات وثلثه رقيق، فيكون حكمه في الميراث كحكم ما ذكرنا في القول الآخر.." [(١)]

"[فصل نفقة العبد المشترك المعتق بعضه في حياته وفطرته وأكسابه بينه وبين سيده]

(٨٥٨٧) فصل: وإذا حكمنا بعتق بعضه، ورق باقيه، فإن نفقته في حياته، وفطرته، وأكسابه، بينه وبين سيده على قدر ما فيه من الحرية والرق. وإن تراضيا على المهايأة بينهما، كانت نفقة العبد وكسبه في أيامه له وعليه، وفي أيام سيده يكون كسبه لسيده، ونفقته عليه. فأما الأكساب النادرة؛ كاللقطة، والهبة، والوصية، فذكر القاضي أنها تدخل في المهايأة؛ لأنها من أكسابه فأشبهت المعتادة. وذكر غيره من أصحابنا وجها آخر، أنها لا تدخل في المهايأة، وتكون بينهما على كل حال؛ لأن المهايأة معاوضة، فكأنه تعاوض عن نصيبه من كسبه في يوم سيده بنصيب سيده في يومه، فلا تتناول المعاوضة المجهول، وما لا يغلب على الظن وجوده.

فأما الميراث، فلا يدخل في المهايأة، ولا يستحق سيده منه شيئا؛ لأنه إنما يرث بجزئه الحر، ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك، ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية، وقد مضى ذكر ذلك.

[فصل أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف]

(٨٥٨٨) فصل: ومن أعتق عبده، وهو صحيح جائز التصرف، صح عتقه بإجماع أهل العلم. وإن أعتق بعضه، عتق كله. في قول جمهور العلماء. وروي ذلك عن عمر، وابنه - رضي الله عنهما -. وبه قال الحسن، والحكم، والأوزاعي، والثوري، والشافعي. قال ابن عبد البر: عامة العلماء بالحجاز، والعراق، قالوا: يعتق كله إذا أعتق نصفه. وقال طاوس: يعتق في عتقه، ويرق في رقه. وقال حماد، وأبو حنيفة: يعتق منه ما أعتق، ويسعى في باقيه. وخالف أبا حنيفة أصحابه، فلم يروا عليه سعاية.

وروي عن مالك، في رجل أعتق نصف عبد، ثم غفل عنه حتى مات، فقال: أرى نصفه حرا، ونصفه رقيقا، لأنه تصرف في بعضه، فلم يسر إلى باقيه، كالبيع. **ولنا** قول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أعتق شركا له في عبد، فكان معه ما يبلغ قيمة العبد، قوم عليه قيمة العدل، وعتق عليه جميع العبد» . وإذا أعتق عليه نصيب شريكه، كان بينهما على عتق جميعه إذا كان كله ملكا له. وقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: «من أعتق شقصا له في مملوك، فهو حر من ماله» . ولأنه إزالة ملك لبعض مملوكه الآدمي، فزال عن

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٠٥

جميعه، كالطلاق، ويفارق البيع؛ فإنه لا يحتاج إلى السعاية، ولا ينبني على التغليب والسراية. إذا ثبت هذا، فلا فرق بين أن يعتق جزءا كبيرا، كنصفه وثلثه، أو صغيرا، كعشره وعشر عشره. ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بسراية العتق إذا كان مشاعا.

وإن أعتق جزءا معينا، كرأسه، أو يده أو أصبعه، عتق كله أيضا. وبهذا قال قتادة، والشافعي، وإسحاق. وقال أصحاب الرأي: إن أعتق رأسه،." (١)

"أو ظهره، أو بطنه، أو جسده، أو نفسه، أو فرجه، عتق كله؛ لأن حياته لا تبقى بدون ذلك، وإن أعتق يده، أو عضوا تبقى حياته بدونه، لم يعتق؛ لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه، فلم يعتق بإعتاقه، كشعره، أو سنه. ولنا أنه أعتق عضوا من أعضائه، فيعتق جميعه، كرأسه، فأما إذا أعتق شعره، أو سنه، أو ظفره، لم يعتق. وقال قتادة، والليث، في الرجل يعتق ظفر عبده: يعتق كله؛ لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه.

ولنا أن هذه الأشياء تزول، ويخرج غيرها، فأشبهت الشعر، والريق، وقد ذكر ذلك في الطلاق، وما ذكر في الطلاق فالعتاق مثله. والله أعلم.

[مسألة كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه]

(٨٥٨٩) مسألة: قال: (وإذا كان العبد بين شريكين، فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه، فإن كانا معسرين، لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه، فإن كانا عدلين، كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما، ويصير حرا، أو يحلف مع أحدهما، ويصير نصفه حرا) أما إذا كان الشريكان معسرين، فليس في دعوى أحدهما على صاحبه إعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه، ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المعتق؛ لكون عتق المعسر يقف على نصيبه، ولا يسري إلى غيره، فلم يكن في دعواه أكثر من أنه شاهد على صاحبه بإعتاق نصيبه، فإن لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما في الحال، ولا عبرة بقولهما؛ لأن غير العدل لا تقبل شهادته، وإن كانا عدلين، فشهادتهما مقبولة؛ لأن كل واحد منهما لا يجر إلى نفسه بشهادته نفعا، ولا يدفع بها ضررا، وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل، فإن حلف معهما، عتق كله، وإن حلف مع أحدهما صار نصفه حرا. على الرواية التي تقول: إن العتق يحصل بشاهد ويمين.

وإن لم يحلف مع واحد منهما، لم يعتق منه شيء؛ لأن العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين. بلا خلاف نعلمه. وإن كان أحدهما عدلا دون الآخر، فله أن يحلف مع شهادة العدل، ويصير نصفه حرا، ويبقى

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٦/١٠

نصفه الآخر رقيقا. (٨٥٩٠) فصل: ومن قال بالاستسعاء، فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده، فيخرج العبد كله، ويستسعى في قيمته؛ لاعتراف كل واحد منهما بذلك في نصيبه.

[فصل اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه]

(٨٥٩١) فصل: وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه، عتق عليه، ولم يسر إلى النصف الذي كان له؛ لأن عتقه حصل." (١)

"لأن كل واحد منهما حقه نصف العبدين فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له، وذلك هو الثلث، ولأنه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منهما وهو الثلث، ويبقى الرق في ثلثه، فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه

والحال الثالث أن يقول أحدهما أبي أعتق هذا، يقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما وهي مسألة الكتاب فتقم القرعة مقام تعيين الذي لم يعين، فإن وقعت على الذي عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولهما، وإن وقعت على الآخر كان كما لو عين كل واحد منهما عبدا يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه فيصير ثلث كل واحد من العبدين حرا، والحال الرابع أن يقولا أعتق أحدهما ولا ندري من منهما فإنه يقرع بين العبدين فمن وقعت عليه القرعة عتق منه ثلثاه إن لم يجيزا عتق جميعه وكان الآخر رقيقا. (٨٥٩٨)

فصل فإن رجع الابن الذي جهل عين المعتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل، وإن كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم، وإن خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه، فإن عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه، وإن عين الذي عتق منه ثلثه، وهل يبطل العتق في الذي عتق بالقرعة على وجهين.

[مسألة العبد إذا كان مشتركا بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون]

(٨٥٩٩) مسألة قال وإذا كان لرجل نصف عبد ولآخر ثلثه ولآخر سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معا وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وكان ولاؤه بينهما أثلاثا لصاحب النصف ثلثاه ولصاحب السدس ثلثه وجملته أن العبد إذا كان مشتركا بين جماعة فأعتق اثنان منهم أو أكثر

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٠٧/١٠

وهم موسرون سرى عتقهم إلى باقي العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رءوسهم يتساوون في ضمانه وولائه، وبهذا قال الشافعي، ويحتمل أن يقسم بينهما على قدر أملاكهم، وهو قول مالك في إحدى الروايتين عنه لأن السراية حصلت بإعتاق ملكيهما، وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة **ولنا** أن عتق النصيب إتلاف لرق الباقي وقد اشتركا فيه فيتساويان في الضمان كما لو جرح أحدهما جرحا والآخر جرحين فمات منهما أو ألقى أحدهما جزءا من النجاسة في مائع وألقى الآخر جزأين، يفارق الشفعة فإنها تثبت لإزالة الضرر عن نصيب الذي لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه،." (١)

"ولأن الضمان هاهنا لدفع الضرر منهما وفي الشفعة لدفع الضرر عنهما والضرر منهما يستويان في إدخاله على الشريك وفي الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا وإذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثا لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين فنصف الثلث سدس إذا ضممناه إلى النصف الذي لأحدهما صار ثلثين، وإذا ضممنا السدس الآخر إلى سدس المعتق صار ثلثا.

وعلى الوجه الآخر يصير الولاء بينهما أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه، ولصاحب السدس ربعه، والضمان بينهما كذلك فأما قوله فأعتقاه معا فلأنه شرط في الحكم الذي ذكرناه اجتماعهما في العتق بحيث لا يسبق أحدهما الآخر بأن يتلفظا به معا أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقهما معا أو يوكل وكيله فيعتقهما أو يعلقا عتقه على شرط فيوجد، فإن سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكيه جميعا وكان الضمان عليه والولاء له كله، وقوله وهما موسران شرط آخر، فإن سراية العتق يشترط لها اليسار، فإن كان أحدهما موسرا وحده قوم عليه جميع نصيب من لم يعتق لأن المعسر لا يسري عتقه فيكون الضمان على الموسر خاصة، فإن كان أحدهما يجد بعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الآخر، مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصح ولاؤه بينهما أرباعا لصاحب السدس ربعه وباقيه لمعتق النصف لأنه لو كان أحدهما معسرا قوم الجميع على الآخر، فإذا كان موسرا ببعضه قوم الباقي على صاحب النصف لأنه موسر.

[مسألة كانت الأمة بين شريكين فأصابها أحدهما وأحبلها]

(٨٦٠٠) مسألة: قال وإذا كانت الأمة بين شريكين فأصابها أحدهما وأحبلها أدب ولم يبلغ به الحد، وضمن نصف قيمتها لشريكه وصارت أم ولد له وولده حر، وإن كان معسرا كان في ذمته نصف مهر مثلها،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١١/١٠

وإن لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها وهي على ملكيهما لا نعلم خلافا بين أهل العلم في تحريم وطء الجارية المشتركة لأن الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح ولم يحله الله تعالى في غير ملك ولا نكاح بدليل قوله تعالى ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ [المؤمنون: ٥] ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون: ٦] ﴿فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾ [المؤمنون: ٧] وأكثر أهل العلم لا يوجبون فيه حدا لأن له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دارئة للحد، وأوجبه أبو ثور لأنه وطء محرم لأجل كونه في ملك غيره فأشبه ما لو لم يكن فيها ملك **ولنا** أنه وطء صادف ملكه فلم يوجب به حد كوطء زوجته الحائض، ويفارق ما لا ملك له فيها." [1]

"[فصل باع عبدا لذي رحمه وأجنبي صفقة واحدة]

(٨٦٠٥) فصل: وإذا باع عبدا لذي رحمه وأجنبي صفقة واحدة، عتق كله، إذا كان ذو الرحم معسرا، وضمن لشريكه قيمة حقه منه. وقال القاضي: لا يضمن لشريكه، شيئا؛ لأن ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له في إعتاق نصيبه. **ولنا** أنه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره، فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره، كما لو انفرد بشرائه، ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه.

[فصل كانت أمة مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهي حامل منه صفقة واحدة]

(٨٦٠٦) فصل: وإذا كانت أمة مزوجة، ولها ابن موسر، فاشتراها هو وزوجها وهي حامل منه، صفقة واحدة، عتق نصيب الابن من أمه، وسرى إلى نصيب الزوج، ويقوم عليه، وعتق الحمل عليهما معا؛ لأنه ابن الزوج وأخو الابن، ولا يجب لأحدهما على الآخر شيء منه لأنه عتق عليهما في حال واحدة. ولو كانت المسألة بحالها، فوهبت لهما، أو أوصي لهما بها، فقبلاها في حالة واحدة، فكذلك، وإن قبلها أحدهما قبل الآخر، نظرنا؛ فإن قبل الابن أولا، عتقت عليه الأم وحملها؛ حصته من الأم بالملك، وتبعها حصته من الحمل، وسرى العتق إلى الباقي من الأم والولد، وعليه قيمة باقيهما للزوج. وإن قبل الزوج أولا، عتق عليه الحمل كله؛ نصيبه بالملك، وباقيه بالسراية، وقوم عليه. ثم إذا قبل الابن، عتقت عليه الأم كلها، ويتقاصان، ويرد كل واحد منهما الفضل على صاحبه. ومن قال في الوصية: إن الملك لا يثبت فيها بالموت. فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٢/١٠

[فصل كان لرجل نصف عبدين متساويين في القيمة لا يملك غيرهما فأعتق أحدهما في صحته]

(٨٦٠٧) فصل: وإذا كان لرجل نصف عبدين متساويين في القيمة، لا يملك غيرهما، فأعتق أحدهما في صحته، عتق، وسرى إلى نصيب شريكه؛ لأنه موسر بالنصف الذي له من العبد الآخر، فإن أعتق النصف الآخر، من العبد الآخر، عتق؛ لأن وجوب القيمة في ذمته لا يمنع صحة عتقه، ولم يسر؛ لأنه معسر، وإن أعتق الأول في مرض موته، لم يسر؛ لأنه إنما ينفذ عتقه في ثلث ماله، وثلث ماله هو الثلث من العبد الذي أعتق نصفه، وإذا أعتق الثاني، وقف على إجازة الورثة، وإن أعتق الأول في صحته، وأعتق الثاني، في مرضه، لم ينفذ عتق الثاني؛ لأن عليه دينا يستغرق قيمته، فيمنع صحة عتقه، إلا أن يجيز الورثة.." [١]

"[فصل شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركا له في عبد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعا عن الشهادة]

(٨٦٠٨) فصل: إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركا له في عبد، فسرى إلى نصيب، الشريك، وغرم له قيمة نصيبه، ثم رجعا عن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه. وقال بعض أصحاب الشافعي: تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه؛ لأنهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه، فلم تلزمهما غرامه ما سواه. **ولنا** أنهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه، فلزمهما ضمانه، كما لو فوتاه بفعلهما، وكما لو شهدا عليه بجرح، ثم سرى الجرح، ومات المجروح، فضمن الدية، ثم رجعا عن شهادتهما.

[فصل شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته ثم شهد آخران بعتق آخر ثم رجع الأولان عن الشهادة]

فصل: وإن شهد شاهدان على ميت بعتق عبد في مرض موته، وهو ثلث ماله، فحكم حاكم بشهادتهما، وعتق العبد، ثم شهد آخران بعتق آخر، هو ثلث ماله، ثم رجع الأولان عن الشهادة، نظرنا في تاريخ شهادتهما؛ فإن كانت سابقة ولم تكذب الورثة رجوعهما، عتق الأول، ولم يقبل رجوعهما، ولم يغرما شيئا. ويحتمل أن يلزمهما شراء الثاني وإعتاقه؛ لأنهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها. وإن صدقوهما في رجوعهما، وكذبوهما في شهادتهما، عتق الثاني، ورجعوا عليهما بقيمة الأول؛ لأنهما فوتا رقه عليهم بشهادتهم المرجوع عنها؛ وإن كان تاريخها متأخرا عن الشهادة الأخرى، بطل عتق المحكوم له بعتقه؛ لأننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل إعتاقه، ولم يغرم الشاهدان شيئا؛ لأنهما ما فوتا شيئا.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٦/١٠

وإن كانتا مطلقتين، أو إحداهما، أو اتفق تاريخهما، أقرع بينهما؛ فإن خرجت على الثاني، عتق، وبطل عتق الأول، ولا شيء على الشاهدين؛ لأن الأول باق على الرق. وإن خرجت قرعة الأول، عتق، ونظرنا في الورثة، فإن كذبوا الشاهدين الأولين في شهادتهما، عتق الثاني، ورجعوا على الشاهدين بقيمة الأول؛ لأنهما فوتا رقه بغير حق، وإن كذبوهما في رجوعهما، لم يرجعوا عليهما بشيء؛ لأنهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه.

[مسألة العتق في مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق]

(٨٦١٠) مسألة: قال: (وإذا كان له ثلاثة أعبد، فأعتقهم في مرض موته، أو دبرهم، أو دبر أحدهم، وأوصى بعتق الآخرين، ولم يخرج من ثلثه إلا واحد؛ لتساوي قيمتهم، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق، فمن وقع لهم سهم الحرية، عتق دون صاحبيه) وجملة ذلك أن العتق في مرض الموت، والتدبير، والوصية بالعتق، يعتبر خروجه من الثلث؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يجز من عتق الذي أعتق ستة مملوكين في مرضه، إلا ثلثهم. ولأنه تبرع بمال، أشبه الهبة، فإن أعتق أكثر من الثلث، لم يجز إلا الثلث.
فإن أعتق عبيدا في مرضه، واحدا بعد واحد، بدئ بالأول." (١)

"فالأول، حتى يستوفي الثلث. وإن وقع العتق دفعة واحدة، ولم يخرجوا من الثلث، أقرع بينهم، فأخرج الثلث بالقرعة. ومسألة الخرقي فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة، ولم يكن له مال سواهم. وأما إن دبرهم، استوى المقدم والمؤخر منهم؛ لأن التدبير عتق معلق بشرط، وهو الموت، والشرط إذا وجد ثبت المشروط به في وقت واحد، وكذلك الموصى بعتقه، يستوي هو والتدبير؛ لأن الجميع عتق بعد الموت، فمتى أعتق ثلاثة أعبد متساوين في القيمة، هم جميع ماله، دفعة واحدة، أو دبرهم، أو وصى بعتقهم، أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم، ولم يجز الورثة أكثر من الثلث، أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق، فمن خرج له سهم الحرية، عتق ورق صاحباه. وبهذا قال عمر بن عبد العزيز، وأبان بن عثمان، ومالك، والشافعي، وإسحاق، وداود، وابن جرير.

وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد ثلثه، ويستسعى في باقيه. وروي نحو هذا عن سعيد بن المسيب، وشريح، والشعبي، والنخعي، وقتادة، وحماد لأنهم تساووا في سبب الاستحقاق، فيتساوون في الاستحقاق، كما لو كان يملك ثلثهم وحده، وهو ثلث ماله، أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل. وأنكر أصحاب أبي حنيفة القرعة، وقالوا: هي من القمار وحكم الجاهلية. ولعلهم يردون الخبر الوارد في هذه المسألة؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٣١٧/١٠

لمخالفته قياس الأصول.

وذكر الحديث لحماد، فقال: هذا قول الشيخ – يعني إبليس – فقال له محمد بن ذكوان: وضع القلم عن ثلاثة؛ أحدهم المجنون حتى يفيق – يعني إنك مجنون – فقال له حماد: ما دعاك إلى هذا؟ فقال له محمد: وأنت، فما دعاك إلى هذا؟ وهذا قليل في جواب حماد، وكان حريا أن يستتاب عن هذا، فإن تاب وإلا ضربت عنقه. **ولنا** ما روى عمران بن الحصين، «أن رجلا من الأنصار أعتق ستة مملوكين في مرضه، لا مال له غيرهم، فجزأهم رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ستة أجزاء، فأعتق اثنين، وأرق أربعة» . وهذا نص في محل النزاع، وحجة لنا في الأمرين المختلف فيهما، وهما جمع الحرية واستعمال القرعة، وهو حديث صحيح ثابت، رواه مسلم، وأبو داود، وسائر أصحاب السنن. ورواه عن عمران بن الحصين الحسن، وابن سيرين، وأبو المهلب،." (١)

"يخرج من الثلث، وإن لم يخرج من الثلث، عتق منه بقدر الثلث. ولو كان المعتق حيا، ولم ينو واحدا بعينه، لم يكن له التعيين، وأعتق أحدهم بالقرعة.

وإن قال: أردت واحدا منهم بعينه. قبل منه وتعينت الحرية فيه. وقال أبو حنيفة، والشافعي: له تعيين أحدهم، فيعتق من عينه، وإن لم يكن نواه حالة القول، ويطالب المعتق بالتعيين، فإذا عين أحدهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه؛ لأن تعيين العتق ابتداء، فإذا أوقعه غير معين، كان له تعيينه، كالطلاق. **ولنا** أن مستحق العتق غير معين، فلم يملك تعيينه، كما لو أعتق الجميع في مرضه ولم يخرجوا من الثلث، وكما لو أعتق معينا ثم نسيه والطلاق كمسألتنا. فأما إن مات المعتق ولم يعين، فالحكم عندنا لا يختلف، وليس للورثة التعيين، بل يخرج المعتق بالقرعة.

وقد نص الشافعي على هذا إذا قالوا: لا ندري أيهم أعتق. وقال أبو حنيفة: لهم التعيين؛ لأنهم يقومون مقام موروثهم. وقد سبق الكلام في المعتق.

[فصل أعتق إحدى إمائه ثم وطئ إحداهن]

. (٨٦٢٣) فصل: ولو أعتق إحدى إمائه، ثم وطئ إحداهن لم يتعين الرق فيها. وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي: يتعين الرق فيها. لأن الحرية عنده تتعين بتعيينه، ووطؤه دليل على تعيينه. وقد سبق الكلام على هذا الأصل. ولأن المعتقة واحدة، فلم تتعين بالوطء، كما لو أعتق واحدة ثم نسيها.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣١٨

[فصل أعتق واحدا بعينه ونسيه]

. (٨٦٢٤) فصل: وإذا أعتق واحدا بعينه، ونسيه، فقياس قول أحمد، أن يعتق أحدهم بالقرعة. وهذا قول الليث وقال الشافعي: يقف الأمر حتى يذكر، فإن مات قبل أن يتبين، أقرع الورثة بينهم، وقال ابن وهب يعتقون كلهم. وقال مالك: إن أعتق عبدا له ومات، ولم يبين فكانوا ثلاثة، عتق منهم بقدر ثلثهم، وإن كانوا أربعة، عتق منهم بقدر ربع قيمتهم. وعلى هذا فيقرع بينهم، فإن خرجت القرعة على من قيمته أقل من الربع، أعيدت القرعة حتى تكمل. وقال أصحاب: الرأي: إن قال الشهود: نشهد أن فلانا أعتق أحد عبيده، ولم يسم. عتق ثلث كل واحد منهم، وسعى في باقيه، أو ربع كل واحد منهم إن كانوا أربعة، وإن قالوا: نشهد أن فلانا أعتق بعض عبيده ونسيناه. فشهادتهم باطلة. ونحو هذا قول الشعبي، والأوزاعي ولم يذكرا ما ذكره أصحاب الرأي في الشهادة.

ولنا أن مستحق العتق غير معين فأشبه ما لو أعتق جميعهم في مرض موته، فإن أقرع، بينهم فخرجت القرعة لواحد، ثم قال المعتق: ذكرت أن المعتق غيره. ففيه وجهان: أحدهما، يرد الأول إلى الرق، ويعتق الذي عينه؛ لأنه تبين له المعتق، فعتق دون غيره، كما لو لم يقرع.." (١)

"النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة، عتق، ولم يسر؛ لأنه لو دبره كله لم يعتق منه إلا ثلثه، فإذا لم يدبر إلا ثلثه كان أولى. وإن كان العبد كله يخرج من الثلث، ففي تكميل الحرية روايتان؛ إحداهما، تكمل. وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأن أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالإعتاق في السراية. وهو أحد قولي الشافعي؛ لأنه إعتاق لبعض عبده، فعتق جميعه، كما لو أعتقه في حياته. والرواية الثانية، لا يكمل العتق فيه؛ لأنه لا يمنع جواز البيع، فلا يسري، كتعليقه بالصفة.

[فصل أعتق بعض عبده في مرضه]

(٨٦٢٧) فصل: فأما إن أعتق بعض عبده في مرضه، فهو كعتق جميعه، إن خرج من الثلث عتق جميعه، وإلا عتق منه بقدر الثلث؛ لأن الإعتاق في المرض كالإعتاق في الصحة، إلا في اعتباره من الثلث، وتصرف المريض في ثلثه في حق الأجنبي، كتصرف الصحيح في جميع ماله، كما لو أعتق شركا له في عبد وثلثه يحتمل جميعه، وعنه، لا يعتق منه إلا ما عتق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٦/١٠

[فصل دبر أحد الشريكين حصته]

. (٨٦٢٨) فصل: وإذا دبر أحد الشريكين حصته، صح، ولم يلزمه في الحال لشريكه شيء. وهذا قول الشافعي، فإذا مات، عتق الجزء الذي دبره، إذا خرج من ثلث ماله. وفي سرايته إلى نصيب الشريك ما ذكرنا في المسألة وقبلها، وقال مالك: إذا دبر نصيبه، تقاوماه، فإن صار للمدبر، صار مدبرا كله، وإن صار للآخر، صار رقيقا كله. وقال الليث: يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه، ويصير العبد كله مدبرا، فإن لم يكن له مال، سعى العبد في قيمة نصيب الشريك، فإذا أداها، صار مدبرا كله وقال أبو يوسف، ومحمد: يضمن المدبر للشريك قيمة حقه، موسرا كان أو معسرا ويصير المدبر له.

وقال أبو حنيفة: الشريك بالخيار؛ إن شاء دبر، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى العبد، وإن شاء ضمن صاحبه إن كان موسرا. ولنا أنه تعليق للعتق على صفة، فصح في نصيبه، كما لو علقه بموت شريكه.

[مسألة أعتق عبيده في المرض أو دبرهم ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثلثه]

(٨٦٢٩) مسألة: قال: (ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم، فأعتقناهم، ثم ظهر عليه دين يستغرقهم، بعناهم في دينه) وجملته أن المريض إذا أعتق عبيده في المرض، أو دبرهم، أو وصى بعتقهم، ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثلثه في الظاهر، فأعتقناهم، ثم ظهر عليه دين يستغرق التركة، تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم، فيباعون في الدين، ويكون عتقهم وصية، والدين مقدم على الوصية؛ ولهذا قال علي – رضي الله عنه –: «." (١)

"إن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قضى أن الدين قبل الوصية» ولأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق، ولهذا تباع التركة في قضاء الدين، وقد قال الله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء: ١١] والميراث مقدم على الوصية في الثلثين، فما تقدم على الميراث، يجب أن يقدم على الوصية.

وبهذا قال الشافعي ورد ابن أبي ليلى عبدا أعتقه سيده عند الموت وعليه دين.

قال أحمد: أحسن ابن أبي ليلى وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية في الذي يعتق عبده في مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث، ويرد الباقي. وقال قتادة، وأبو حنيفة وإسحاق: يسعى العبد في قيمته. ولنا أنه تبرع في مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث، فقدم عليه الدين كالهبة، ولأنه يعتبر من الثلث، فقدم

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٢٨

عليه الدين، كالوصية، وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه، ولهذا يملك الغريم استيفاءه. فعلى هذا تبين أنه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه. فلم ينفذ عتقه، كما لو أعتق ملك غيره. فإن قال الورثة: نحن نقضي الدين، ونمضي العتق. ففيه وجهان؛ أحدهما، لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق؛ لأن الدين كان مانعا منه فيكون باطلا، ولا يصح بزوال المانع بعده.

والثاني، ينفذ العتق؛ لأن المانع منه إنما هو الدين، فإذا سقط وجب نفوذه، كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثي التركة، نفذ العتق في الجميع. ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين. وقالوا: إن أصل الوجهين، إذا تصرف الورثة في التركة ببيع أو غيره، وعلى الميت دين، وقضي الدين، هل ينفذ؟ فيه وجهان.

[فصل أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحدا وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم]

. (٨٦٣٠) فصل: فإن أعتق المريض ثلاثة أعبد، لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحدا وأرقوا اثنين، ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم، ففيه وجهان؛ أحدهما، تبطل القرعة؛ لأن الدين شريك في الإقراع، فإذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة، كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث. الثاني، يصح الإقراع؛ لأنه لا يمكن إمضاء القسمة وإفراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين،." (١)

"لأن القرعة دخلت لأجل العتق دون الدين، فيقال للورثة اقضوا ثلثي الدين. وهو بقدر قيمة نصف العبدين اللذين بقيا إما من العبيد، وإما من غيرهم، ويجب رد نصف العبد الذي عتق، فإذا كان الذي أعتق عبدين، أقرعنا بينهما، فإذا خرجت القرعة على أحدهما، فكان بقدر سدس التركة، عتق، وبيع الآخر في الدين، وإن كان أكثر، عتق منه بقدر السدس، وإن كان أقل عتق، وعتق من الآخر تمام السدس.

[مسألة أعتق ثلاثة في مرضه لم يعرف له مال غيرهم أو دبرهم أو وصى بعتقهم]

. (٨٦٣١) مسألة: قال: (ولو أعتقهم، وهم ثلاثة، فأعتقنا منهم واحدا لعجز ثلثه عن أكثر منه، ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه، عتق من أرق منهم) وجملته أنه إذا أعتق ثلاثة في مرضه، لم يعرف له مال غيرهم، أو دبرهم، أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا ثلثهم، ويرق الثلثان، إذا لم يجز الورثة عتقهم، فإذا فعلنا ذلك، ثم ظهر له مال بقدر مثليهم تبينا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم، أو من حين موته إن كان دبرهم؛ لأنه

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٢٩/١٠

التدبير وتصرف المريض في ثلث ماله جائز نافذ، وقد بان أنهم ثلث ماله، وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجودا، فلا يمنع كون العتق واقعا. فعلى هذا، يكون حكمهم حكم الأحرار من حين أعتقهم، فيكون كسبهم. لهم، وإن كانوا قد تصرف فيهم ببيع، أو هبة، أو رهن، أو تزويج بغير إذن، كان ذلك باطلا.

وإن كانوا قد تصرفوا، فحكم تصرفهم حكم تصرف الأحرار، فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده، كان نكاحه صحيحا، والمهر عليه واجب، وإن ظهر له مال بقدر قيمتهم، عتق ثلثاهم؛ لأنها ثلث جميع المال، فيقرع بين الاثنين اللذين أوقفناهما، فيعتق أحدهما، ويرق الآخر، إن كانا متساويين في القيمة. وإن ظهر له مال بقدر نصفهم، عتق نصفهم، وإن كان بقدر ثلثهم، عتق أربعة أتساعهم، وكلما ظهر له مال، عتق من العبدين اللذين رقا بقدر ثلثه.

[فصل وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه]

. (٨٦٣٢) فصل: وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه، وجب على الوصي إعتاقه، فإن أوصى بذلك ورثته، لزمهم إعتاقه، فإن امتنعوا، أجبرهم السلطان، فإن أصروا على الامتناع، أعتقه السلطان، أو من ينوب منابه، كالحاكم؛ لأن هذا حق لله تعالى وللعبد، ومن وجب عليه ذلك، ناب السلطان عنه أو نائبه، كالزكاة والديون. فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق، وما اكتسبه في حياة الموصي، فهو للموصي، يكون من جملة تركته إن بقي بعده؛ لأنه كسب عبده القن وما كسبه بعد موته وقبل إعتاقه، فهو للوارث. وقال القاضي: هو للعبد؛ لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه، فكان له ككسب المكاتب.

وقال بعض أصحاب الشافعي: فيه قولان، مبنيان على القولين في كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية.

ولنا أنه عبد قن، فكان كسبه للورثة، كغير الموصى بعتقه، وكالمعلق عتقه بصفة. وفارق المكاتب؛." (١)

"فإنه يملك كسبه قبل عتقه، فكذلك بعده. ويبطل ما ذكروه بأم الولد؛ فإن عتقها قد استقر سببه في حياة سيدها، وكسبها له. والموصي به لا نسلمه، وإن سلمناه، فالفرق بينهما، أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك، وإنما وقف على شرط هو القبول، فإذا وجد الشرط، استند الحكم إلى ابتداء السبب، وفي الوصية بالعتق ما وجد السبب، وإنما أوصى بإيجاده، وهو العتق، فإذا وجد، لم يجز أن يثبت حكمه سابقا عليه، ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه، وها هنا لا يملك العبد أن يعتق نفسه. وإن مات العبد بعد تمام موت سيده، وقبل إعتاقه، فما كسبه للورثة، على قولنا، ولا أعلم قول من خالفنا فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٣٠

[فصل علق عتق عبده على شرط في صحته فوجد في مرضه]

(٨٦٣٣) فصل: فإن علق عتق عبده على شرط في صحته، فوجد في مرضه، اعتبر خروجه من الثلث. قاله أبو بكر، قال: وقد نص أحمد على مثل هذا في الطلاق. وقال أبو الخطاب: فيه وجه آخر، أنه يعتق من رأس المال. وهو مذهب الشافعي؛ لأنه لا يتهم فيه فأشبه، العتق في صحته.

ولنا أنه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله، فاعتبر من الثلث، كالمنجز. وقولهم: لا يتهم فيه قلنا: وكذلك العتق المنجز، لا يتهم فيه؛ فإن الإنسان لا يتهم بمحاباة غير الوارث، وتقديمه على وارثه، وإنما منع منه، لما فيه من الضرر بالورثة، وهذا حاصل هاهنا. ولو قال إذا قدم زيد، وأنا مريض فأنت حر. فقدم وهو مريض، كان معتبرا من الثلث، وجها واحدا.

[فصل أعتق عبدا وله مال]

. (٨٦٣٤) فصل: وإذا أعتق عبدا، وله مال، فماله لسيده. روي هذا عن ابن مسعود وأبي أيوب، وأنس بن مالك. وبه قال قتادة والحكم، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي. وروي ذلك عن حماد، والبتي، وداود بن أبي هند، وحميد وقال الحسن، وعطاء، والشعبي والنخعي، ومالك، وأهل المدينة: يتبعه ماله؛ لما روى نافع، عن ابن عمر، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «من أعتق عبدا وله مال فالمال للعبد» رواه الإمام أحمد، بإسناده وغيره، وروى حماد بن سلمة، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر أنه كان إذا أعتق عبدا لم يعرض لماله. ولنا ما روى الأثرم، بإسناده عن ابن مسعود، أنه قال لغلامه عمير: يا عمير، إني أريد أن أعتقك عتقا هنيئا، فأخبرني بمالك فإني سمعت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقول: «أيما رجل أعتق عبده، أو غلامه، فلم يخبره." (١)

"(٨٦٣٦)

فصل: وإذا جاء الوقت وهو في ملكه عتق بغير خلاف نعلمه، وإن خرج عن ملكه ببيع أو ميراث أو هبة لم يعتق، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال النخعي وابن أبي ليلى إذا قال لعبده إن فعلت كذا فأنت حر، فباعه بيعا صحيحا ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع. قال ابن أبي ليلى إذا حلف بالطلاق لا كلمت فلانا ثم طلقها طلاقا بائنا ثم كلمه حنث، وعامة أهل العلم على خلاف هذا القول، لأن النبي -

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٣١

صلى الله عليه وسلم - قال «لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم» ولأنه لا ملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم.

[فصل قال لعبده إن لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر ولم ينو وقتا بعينه]

. (٨٦٣٧) فصل وإذا قال لعبده إن لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر، ولم ينو وقتا بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب، وإن باعه قبل ذلك صح بيعه ولم ينفسخ في قول أكثر أهل العلم، وقال مالك ليس له بيعه، فإن باعه فسخ البيع. **ولنا** أنه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم ينفسخ كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حر، وباعه قبل دخولها.

[فصل قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار]

. (٨٦٣٨) فصل وإذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق، وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي فيها قولان أحدهما لا يعتق لأن ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفة في حال زوال ملكه عنه **ولنا** أنه علق الصفة في ملكه وتحقق الشرط في ملكه فوجب أن يحنث كما لو لم يزل ملكه عنه، وفارق ما إذا علقها في حال زوال ملكه وتحقق الشرط في ملكه لأنه لو نجز العتق لم يقع فإذا علقه." (١)

"[مسألة قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين]

(٨٦٤٥) مسألة: قال: (وإذا قال لأمته: أول ولد تلدينه، فهو حر. فولدت اثنين، أقرع بينهما، فمن أصابته القرعة، فهو حر إذا أشكل أولهما خروجا) إنما كان كذلك؛ لأن أحدهما استحق العتق، ولم يعلم بعينه، فوجب إخراجه بالقرعة، كما لو قال لعبيده: كذلك أحدكم حر. وقد سبق القول في هذه المسألة. فأما إن علم أولهما خروجا، فهو الحر وحده. وهذا قول مالك والثوري، وأبي هاشم، والشافعي، وابن المنذر وقال الحسن، والشعبي وقتادة: إذا ولدت ولدين في بطن، فهما حران. **ولنا** أنه إنما أعتق الأول، والذي خرج أولا هو أول المولودين فاختص العتق به كما لو ولدتهما في بطنين.

(٨٦٤٦) فصل: فإن ولدت الأول ميتا، والثاني حيا، فذكر الشريف أنه يعتق الحي منهما. وبه قال أبو حنيفة وقال أبو يوسف، ومحمد، والشافعي: لا يعتق واحد منهما. وهو الصحيح، إن شاء الله تعالى؛ لأن

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٣/١٠

شرط العتق إنما وجد في الميت، وليس بمحل للعتق، فانحلت اليمين به، وإنما قلنا: إن شرط العتق إنما وجد فيه؛ لأنه أول ولد، بدليل أنه لو قال لأمته: إذا ولدت ولدا، فأنت حرة. فولدت ولدا ميتا، عتقت. ووجه الأول، أن العتق يستحيل في الميت، فتعلقت اليمين بالحي، كما لو قال: إن ضربت فلانا، فعبدي حر. فضربه حيا، عتق، وإن ضربه ميتا، لم يعتق. ولأنه معلوم من طريق العادة، أنه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه، وهو أن يكون حيا، فتصير الحياة مشروطة فيه، فكأنه قال أول ولد تلدينه حيا فهو حر.

[فصل قال لأمته كل ولد تلدينه فهو حر]

. (٨٦٤٧) فصل: وإن قال لأمته: كل ولد تلدينه، فهو حر. عتق كل ولد ولدته. في قول جمهور العلماء منهم مالك والشافعي، والأوزاعي، والليث، والثوري قال ابن المنذر ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم. فإن باع الأمة، ثم ولدت، لم يعتق ولدها؛ لأنها ولدتهم بعد زوال ملكه.

[فصل قال أول غلام أملكه فهو حر]

فصل: فإن قال: أول غلام أملكه، فهو حر. انبنى ذلك على العتق قبل الملك، وفيه روايتان؛ فإن قلنا يصح عتق أول من يملكه. فإن ملك اثنين، عتق أحدهما بالقرعة، في قياس قول أحمد؛ فإنه قال، في رواية مهنا: إذا قال: أول من يطلع من عبيدي، فهو حر. فطلع اثنان، أو جميعهم، فإنه يقرع بينهم. ويحتمل أن." (١)

"وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت، فقال أنت حر، أو محرر، أو عتيق أو معتق، بعد موتي صار مدبرا. بلا خلاف نعلمه. فأما إن قال: أنت مدبر أو قد دبرتك. فإنه يصير مدبرا بنفس اللفظ، من غير افتقار إلى نية. وهذا منصوص الشافعي وقال بعض أصحابه: فيه قول آخر، أنه ليس بصريح في التدبير، ويفتقر إلى النية؛ لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما، فافتقرا إلى النية، كالكنايات.

ولنا أنهما لفظان وضعا لهذا العقد، فلم يفتقر إلى النية، كالبيع، ويفارق الكنايات؛ فإنها غير موضوعة له، ويشاركها فيه غيرها، فافتقرت إلى النية للتعيين، ويرجح أحد المحتملين، بخلاف الموضوع.

[فصل يعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال]

(٨٦٥٤) فصل: ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال. في قول أكثر أهل العلم، يروى ذلك عن علي،

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٣٩/١٠

وابن عمر. وبه قال شريح، وابن سيرين، والحسن، وسعيد بن المسيب، وعمر بن عبد العزيز، ومكحول، والزهري، وقتادة، وحماد، ومالك، وأهل المدينة والثوري، وأهل العراق، والشافعي، وإسحاق، وأبو ثور، وأصحاب الرأي.

وروي عن ابن مسعود، ومسروق، ومجاهد، والنخعي، وسعيد بن جبير، أنه يعتق من رأس المال؛ لأنه عتق فينفذ من رأس المال، كالعتق في الصحة، وعتق أم الولد. **ولنا** أنه تبرع بعد الموت، فكان من الثلث، كالوصية، ويفارق العتق في الصحة، فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ في الجميع، كالهبة المنجزة. وقد نقل حنبل عن أحمد، أنه يعتق من رأس المال. وليس عليها عمل، قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه أحمد إلى ما نقله الجماعة.

[فصل اجتمع العتق في المرض والتدبير]

فصل: وإن اجتمع العتق في المرض والتدبير، قدم العتق؛ لأنه أسبق. وإن اجتمع التدبير والوصية بالعتق، تساويا؛ لأنهما جميعا عتق بعد الموت. ويحتمل أن يقدم التدبير؛ لأن الحرية تقع فيه عند الموت، والوصية تقف على الإعتاق بعده.

[فصل أنواع التدبير]

. (٨٦٥٦) فصل: ويجوز التدبير مطلقا ومقيدا؛ فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر، كقوله: أنت حر بعد موتي. والمقيد ضربان؛." (١)

"إليه، ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أو لا؟ وهل يغبن في بيعه وشرائه أو لا؟ وإيجاب السيد لعبده المميز المكاتبة إذن له في قبولها. إذا ثبت هذا، فإن كان السيد المكاتب طفلا أو مجنونا، فلا حكم لتصرفه ولا قوله.

وإن كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون، لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة؛ لأنه لا حكم لقولهما، ولكن إن قال: إن أديتما إلي، فأنتما حران. فأديا، عتق بالصفة لا بالكتابة، وما في أيديهما لسيدهما، وإن لم يقل ذلك، لم يعتقا. ذكره أبو بكر. وقال القاضي: يعتقان. وهو مذهب الشافعي؛ لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة، فيحصل العتق هاهنا بالصفة المحضة، كما لو قال: إن أديت إلي، فأنت

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٤٣/١٠

حر. **ولنا**، أنه ليس بصفة صريحا ولا معنى، وإنما هو عقد باطل، فأشبه البيع الباطل.

[فصل كاتب الذمي عبده المسلم]

(٨٦٩٤) فصل: وإذا كاتب الذمي عبده المسلم، صح؛ لأنه عقد معاوضة، أو عتق بصفة، وكلاهما يصح منه. وإذا ترافعا إلى الحاكم بعد الكتابة، نظر في العقد؛ فإن كان موافقا للشرع، أمضاه، سواء ترافعا قبل إسلامهما أو بعده، وإن كاتب كتابة فاسدة، مثل أن يكون العوض خمرا، أو خنزيرا، أو غير ذلك من أنواع الفساد، ففيه ثلاث مسائل: إحداها: أن يكونا قد تقابضا حال الكفر، فتكون الكتابة ماضية، والعتق حاصل؛ لأن ما تم في حال الكفر، لا ينقصه الحاكم، ويحكم بالعتق، سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده. الثانية: تقابضا بعد الإسلام، ثم ترافعا إلى الحاكم، فإنه يعتق أيضا؛ لأن هذه كتابة فاسدة، ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة في الإسلام، على ما سنذكره، إن شاء الله تعالى. الثالثة: ترافعا قبل قبض العوض الفاسد، أو قبض بعضه، فإن الحاكم يرفع هذه الكتابة، ويبطلها؛ لأنها كتابة فاسدة، لم يتصل بها قبض تنبرم به. ولا فرق بين إسلامهما، أو إسلام أحدهما، فيما ذكرناه، لأن التغليب لحكم الإسلام.

وقال أبو حنيفة: إذا كاتبه على خمر، ثم أسلما، لم يفسد العقد، ويؤدي قيمة الخمر؛ لأن الكتابة كالنكاح، ولو أمهرها خمرا، ثم أسلما، بطل الخمر، ولم يبطل النكاح.

ولنا، أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسدا، فإذا أسلما قبل التقابض، أو أحدهما، حكم بفساده كالبيع الفاسد، ويفارق النكاح فإنه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحا، وإن أسلم مكاتب الذمي، لم تنفسخ الكتابة؛ لأنها وقعت صحيحة، ولا يجبر على إزالة ملكه؛ لأنه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه، فإن عجز، أجبر على إزالة ملكه عنه حينئذ. وإن اشترى مسلما، فكاتبه، لم تصح الكتابة؛ لأن الشراء." (١)

"مع ما تعلق بهم من الحقوق، ولحقهم من النقص، فلم يجز ذلك له، كإعتاقهم، وفارق إجارة الدار، فإنها من جهات المكاسب عادة. فعلى هذا، إن وجب تزويجهم، لطلبهم ذلك، وحاجتهم إليه، باعهم؛ فإن العبد متى طلب التزويج، خير سيده بين بيعه وتزويجه.

وإن أذن له السيد في ذلك، جاز؛ لأن الحق له، والمنع من أجله، فجاز بإذنه.

[فصل إعتاق المكاتب رقيقه بغير إذن سيده]

---

(١) المغني لابن قدامة ٣٦٨/١٠

(٨٧٣٤) فصل: وليس له إعتاق رقيقه، إلا بإذن سيده. وبهذا قال الحسن، والأوزاعي، ومالك، والشافعي، وأبو حنيفة؛ لأن فيه ضررا على سيده، بتفويت ماله فيما لا يحصل له به مال، فأشبه الهبة. فإن أعتق، لم يصح إعتاقه. ويتخرج أن يصح، ويقف على إذن سيده. وقال أبو بكر: هو موقوف على آخر أمر المكاتب؛ فإن أدى، عتق معتقه، وإن لم يؤد، رق. قال القاضي: هذا قياس المذهب، كقولنا في ذوي الأرحام، إنهم موقوفون. ولنا، أنه تبرع بماله بغير إذن سيده، فكان باطلا، كالهبة، ولأنه تصرف تصرفا منع منه لحق سيده، فكان باطلا، كسائر ما يمنع منه. ولا يصح قياسه على ذوي أرحامه؛ لأن عتق ذوي أرحامه ليس بتصرف منه، وإنما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم، والمكاتب ملكه ناقص، فلم يعتق به، فإذا عتق كمل ملكه، فعتقوا حينئذ، والمعتق إنما يعتق بالإعتاق الذي كان باطلا، فلا تتيقن صحته إذا كمل الملك؛ لأن كمال الملك في الثاني لا يوجب كونه كاملا حين الإعتاق، وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بأدائه. فأما إن أذن فيه سيده، صح.

وقال الشافعي، في أحد القولين: لا يصح؛ لأن تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته، وهو العتق الذي هو حق لله تعالى، أو فيه حق له، فلا يجوز تفويته، ولأن العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله، ولأن ملك المكاتب ناقص، والسيد لا يملك إعتاق ما في يده ولا هبته، فلم يصح لأنه فيه.

ولنا، أن الحق لا يخرج عنهما، فإذا اتفقا على التبرع به، جاز، كالراهن والمرتهن. وما ذكروه يبطل بالنكاح، فإنه لا يملك ولا يملكه السيد عليه، وإذا أذن له فيه، جاز، وأما الولاء فإنه يكون موقوفا فإن عتق المكاتب، كان له، وإلا فهو لسيده، كما يرق مماليكه من ذوي أرحامه. هذا قول القاضي. وقال القاضي أبو بكر: يكون لسيده؛ لأن إعتاقه إنما صح بإذن سيده، فكان كالنائب له.." (١)

"الكتابة الصحيحة تقتضي العتق ببراءته من العوض وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له، وإن أدى إليهما جميعا عتق كله؛ لأن نصفه يعتق بالأداء فإذا عتق سرى إلى سائره.

وإن كان الذي كاتبه موسرا؛ لأن عتقه بسبب من جهته فلزمته قيمته كما لو باشره بالعتق أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة فعتق بها، ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق، فأما إن ملك العبد شيئا بجزئه المكاتب، مثل أن هايأه سيده فكسب شيئا في نوبته أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره، فلا حق لسيده فيه، وله أداء جميعه في كتابته؛ لأنه إنما استحق ذلك بما فيه من

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٣٩٤

الكتابة فأشبه النصف الباقي بعد إعطاء الشريك حقه.
فلو كان ثلثه حرا وثلثه مكاتبا وثلثه رقيقا، فورث بجزئه الحر ميراثا، وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب، فله دفع ذلك كله في كتابته؛ لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئا منه فلا يستحق مالكه منه شيئا، وإذا أدى جميع كتابته عتق فإذا كان الذي كاتبه معسرا، لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه، كما إذا واجهه بالعتق إلا على الرواية التي نقول فيها بالاستسعاء فإنه يستسعى في نصيب الذي لم يكاتب، وإن كان موسرا سرى إلى باقيه.

[فصل كان العبد كله ملكا لرجل فكاتب بعضه.]
(٨٧٦٣) فصل: وإذا كان العبد كله ملكا لرجل فكاتب بعضه جاز. قاله أبو بكر؛ لأنها معاوضة فصحت في بعضه كالبيع، فإذا أدى جميع كتابته عتق كله؛ لأنه إذا سرى العتق فيه إلى ملك غيره فإلى ملكه أولى، ويجب أن يؤدي إلى سيده مثلي كتابته؛ لأن نصف ما يكسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق، ونصفه يؤدي في الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع في الكتابة فيصح فإذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية.

[فصل كان العبد لرجلين فكاتباه معا.]
(٨٧٦٤) فصل: وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا جاز سواء تساويا في العوض أو اختلفا فيه، وسواء اتفق نصيباهما فيه أو اختلف، وسواء كان في عقد واحد أو عقدين. وبهذا قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: لا يجوز أن يتفاضلا في المال مع التساوي في الملك ولأن التساوي في المال منع التفاضل في الملك؛ لأن ذلك يؤدي إلى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر لأنه إذا دفع إلى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز، رجع عليه الآخر بذلك. **ولنا** أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلفا في العوض كالبيع.
وما ذكروه لا يلزم؛ لأن انتفاع أحدهما بمال الآخر إنما يكون عند العجز، وليس ذلك من مقتضيات العقد، وإنما يكون عند زواله فلا يضر؛ ولأنه إنما يؤدي إليهما على التساوي، وإذا عجز قسم ما كسبه بينهما على." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١١/١٠

"ويجوز له التبرع بإذن سيده، ولأن المنع لحقه، وقد أذن فيه. ولا يلزمه التكفير بالمال، إذا أذن فيه السيد؛ لأن عليه ضررا فيه، لما يفضي إليه من تفويت حريته كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده. وقال القاضي: المكاتب كالعبد القن في التكفير، ومتى أذن له سيده في التكفير بالمال، انبنى على ملك العبد إذا ملكه سيده؛ فإن قلنا: لا يملك. لم يصح تكفيره بعتق ولا إطعام ولا كسوة، سواء ملكه سيده أو لم يملكه، وسواء أذن فيه أو لم يأذن؛ لأنه يكفر بما ليس بمملوك له، فلم يصح.

وإن قلنا: يملك بالتمليك. صح تكفيره بالطعام إذا أذن فيه. وإن أذن له في التكفير بالعتق، فهل يصح؟ على روايتين، سبق ذكرهما في تكفير العبد. والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه في المكاتب؛ لأنه يملك المال، بغير خلاف، وإنما ملكه ناقص؛ لتعلق حق سيده به، فإذا أذن له سيده فيه، صح، كالتبرع.

[مسألة ولد المكاتبة الذين ولدتهم في الكتابة]

(٨٧٩٤) مسألة؛ قال: وولد المكاتبة الذين ولدتهم في الكتابة، يعتقون بعتقها وجملته أنه يصح مكاتبة الأمة، كما تصح مكاتبة العبد. لا خلاف بين أهل العلم فيه. وقد دل عليه حديث، بريرة، وحديث جويرية بنت الحارث. ولأنها داخلة في عموم قوله: ﴿والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا﴾ [النور: ٣٣] . ولأنها يمكنها التكسب والأداء، فهي كالعبد. وإذا أتت المكاتبة بولد من غير سيدها، إما من نكاح أو غيره، فهو تابع لها، موقوف على عتقها، فإن عتقت بالأداء أو الإبراء، عتق، وإن فسخت كتابتها، وعادت إلى الرق، عاد رقيقا. وهذا قول شريح، ومالك، وأبي حنيفة، والثوري، وإسحاق. وسواء في هذا ما كان حملا حال الكتابة، وما حدث بعدها.

وقال أبو ثور، وابن المنذر: هو عبد قن، لا يتبع أمه. وللشافعي قولان، كالمذهبين. واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد، فلا تسري إلى الولد، كالتعليق بالصفة. **ولنا**، أن الكتابة سبب ثابت للعتق، لا يجوز إبطاله، فسرى إلى الولد كالاستيلاد، ويفارق التعليق بالصفة، فإن السيد يملك إبطاله بالبيع. إذا ثبت هذا، فالكلام في الولد في فصول أربعة؛ في قيمته إذا تلف وفي كسبه، وفي نفقته وفي عتقه. أما قيمته إذا تلف، فقال أبو بكر: هو لأمه، تستعين بها على كتابتها؛ لأن السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبدا، فلا يستحق قيمته، ولأنه بمنزلة جزء منها، ولو جنى على جزء منها، كان أرشه لها، كذلك." (١)

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣١/١٠

"وقال القاضي: وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه: لأن فيه ضررا بأمه، بتفويت كسبه عليها؛ لأنها كانت تستعين به في كتابتها، ولعل أحمد نفذ عتقه تغليبا للعتق. والصحيح أنه يعتق، وما ذكره القاضي من الضرر لا يصح لوجوه؛ أحدها، أن الضرر إنما يحصل في حق من له كسب يفضل عن نفقته، فأما من لا كسب له، فتخليصها من نفقته نفع محض، فلا ضرر في إعتاقه؛ لأنها لا يفضل لها من كسبه شيء ينتفع به، فكان ينبغي أن لا يقيد الحكم الذي ذكره بهذا القيد.

الثاني أن النفع بكسبها ليس بواجب لها؛ بدليل أنه لا تملك إجباره على الكسب، فلم يكن الضرر بفواته معتبرا في حقها. الثالث، أن مطلق الضرر لا يكفي في منع العتق الذي تحقق مقتضيه، ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتبار، ولم يذكر له أصلا، ثم هو ملغى بعتق المفلس والراهن وسراية العتق إلى ملك الشريك، فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم، فهذا أولى.

[فصل المولودة قبل الكتابة]

(٨٧٩٥) فصل: فأما ولد ولدها فإن حكمه حكم أمه؛ لأن ولد المكاتب لا يتبعه، وأما ولد بنتها، فهو كبنتها. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا تسري الكتابة إليه؛ لأن السراية إنما تكون مع الاتصال، وهذا ولد منفصل، فلا تسري إليه؛ بدليل أن ولد أم الولد قبل أن يستولدها، لا يسري إليه الاستيلاد، وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته. ولنا أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعا، فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعا، كما يثبت حكم أمها، ولأن البنت تبعت أمها، فيجب أن يتبعها ولدها؛ لأن عليه إتباعها لأنها موجودة في ولدها، ولأن البنت تعلق بها حق العتق، فيجب أن يسري إلى ولدها، كالمكاتبة. وهذا الخلاف في ولد البنت التابعة لأمها في الكتابة، فأما المولودة قبل الكتابة، فلا تدخل في الكتابة، فابنتها أولى.

[مسألة بيع المكاتب]

(٨٧٩٦) مسألة؛ قال: ويجوز بيع المكاتب وهذا قول عطاء، والنخعي، والليث، وابن المنذر. وهو قديم قولي الشافعي، قال: ولا وجه لقول من قال:." (١)

"لا يجوز. وحكى أبو الخطاب، عن أحمد، رواية أخرى، أنه لا يجوز بيعه. وهو قول مالك، وأصحاب الرأي، والجديد من قولي الشافعي؛ لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه، فيمنع بيعه، كبيعه وعتقه. وقال الزهري،

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٣٣

وأبو الزناد: يجوز بيعه برضاه، ولا يجوز إذا لم يرض.

وحكي ذلك عن أبي يوسف؛ لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها، ولأن لسيده استيفاء منافعه برضاه، ولا يجوز بغير رضاه، كذلك بيعه. **ولنا**، ما روى عروة، عن عائشة، أنها قالت: «جاءت بريرة إلي، فقالت: يا عائشة، إني كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية، فأعينيني. ولم تكن قضت من كتابتها شيئا، فقالت لها عائشة، ونفست فيها: ارجعي إلى أهلك، إن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعا، فعلت. فذهبت بريرة إلى أهلها، فعرضت عليهم ذلك، فأبوا، وقالوا: إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل، ويكون ولاؤك لنا. فذكرت ذلك عائشة لرسول الله – صلى الله عليه وسلم – فقال: لا يمنعك ذلك منها، ابتاعي وأعتقي، إنما الولاء لمن أعتق. فقام رسول الله في الناس، فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: ما بال ناس يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله، فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرطه أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق.» متفق عليه.." (١)

"وجملة ذلك أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع، ولا يجوز إبطالها. لا نعلم في هذا خلافا. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم، أن بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه، إذا كان ماضيا فيها، مؤديا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها، غير جائز؛ وذلك لأنها عقد لازم، فلا تبطل ببيع، العبد، كإجارته ونكاحه، ويبقى على كتابته عند المشتري وعلى نجومه، كما لو كان عند البائع مبقى على ما بقي عليه من كتابته، ويؤدي إلى المشتري، كما كان يؤدي إلى البائع، فإن عجز، فهو عبد لمشتريه؛ لأنه صار سيده، وإن أدى، عتق، وولاؤه لمشتريه؛ لأن حق المكاتب فيه انتقل إلى المشتري، فصار المشتري هو المعتق؛ ولهذا قال النبي – صلى الله عليه وسلم – لعائشة: «ابتاعي، وأعتقي، فإنما الولاء لمن أعتق» . ولما أراد أهلها اشتراط ولائها، أنكر ذلك، وأخبر ببطلانه.

وإذا لم يعلم المشتري كونه مكاتبا، ثم علم ذلك، فـله فسخ البيع، أو أخذ الأرش؛ لأن الكتابة عيب، لكون المشتري لا يقدر على التصرف فيه، ولا يستحق كسبه، ولا استخدامه، ولا الوطء إن كانت أمة، وقد انعقد سبب زوال الملك فيه، فيملك الفسخ بذلك، كمشتري الأمة المزوجة أو المعيبة، فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن، وبين إمساكه وأخذ الأرش، وهو قسط ما بينه مكاتبا وبينه رقيقا قنا، فيقال: كم قيمته مكاتبا، وكم قيمته لو كان غير مكاتب؟ فإذا قيل: قيمته مكاتبا مائة، وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون. والثمن مائة وعشرون، فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته، فيرجع بثلث ثمنه، وهو أربعون، ولا يرجع بالخمسين

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٤/١٠

التي نقصت بالكتابة من قيمته، على ما قرر في البيع.

[فصل بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه]

(٨٧٩٩) فصل: فأما بيع الدين الذي على المكاتب من نجومه، فلا يصح. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور. وقال عطاء، وعمرو بن دينار، ومالك: يصح؛ لأن السيد يملكها في ذمة المكاتب، فجاز بيعها، كسائر أمواله. **ولنا**، أنه دين غير مستقر، فلم يجز بيعه، كدين السلم، ودليل عدم الاستقرار، أنه معرض للسقوط بعجز المكاتب، ولأنه لا يملك السيد إجبار العبد على أدائه، ولا إلزامه بتحصيله، فلم يجز بيعه، كالعدة بالتبرع، ولأنه غير مقبوض، وقد نهى النبي – صلى الله عليه وسلم – عن بيع ما لم يقبض فإن باعه، فالبيع باطل، وليس للمشتري مطالبة المكاتب بتسليمه إليه، ولا الرجوع بالثمن على البائع، إن كان دفعه إليه. فإن سلم المكاتب إلى المشتري نجومه، ففيه وجهان؛ أحدهما، يعتق؛ لأن البيع تضمن الإذن في القبض، فأشبه قبض الوكيل.

والثاني، لا يعتق؛ لأنه لم يستنبه في القبض، وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد، فكان القبض أيضا فاسدا، ولم يعتق، بخلاف وكيله، فإنه استنابه. ولو صرح بالإذن فليس بمستنيب له في القبض، وإنما إذنه بحكم المعاوضة، فلا فرق بين التصريح وعدمه.." (١)

"(٨٨٠٩) فصل: وكسبهم؛ للمكاتب؛ لأنهم مماليكه. ونفقتهم عليه، بحكم الملك لا بحكم القرابة. وإن أعتقهم السيد، لم يعتقوا؛ لأنه لا يملكهم، فلا يملك التصرف فيهم. وإن أعتقهم المكاتب بغير إذن سيده، لم يعتقوا؛ لتعلق حق سيده بهم. وإن أعتقهم بإذنه، عتقوا، كما لو أعتق غيرهم من عبيده.

وإن أعتقه سيده، عتق، وصاروا رقيقا للسيد، كما لو عجز؛ لأن كتابته تبطل بعتقه، كما تبطل بموته. وعلى ما اخترناه، يعتقون؛ لأنه عتق قبل فسخ الكتابة، فوجب أن يعتقوا، كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة، أو بأدائه، يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم، يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه، ويبقى حق السيد في ملك رقبته، على وجه لا يزول إلا بالأداء، أو ما يقوم مقامه، فلا يتسلط السيد على إبطالها فيما يرجع إلى إبطال حق المكاتب، وإنما يتسلط على إبطال حقه من رقبة المكاتب، فينفذ في ماله دون مال المكاتب. وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى. وإن مات المكاتب، ولم يخلف وفاء، عاد رقيقا.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يسعون في الكتابة على نجومها، وكذلك أم ولده. وقال أبو حنيفة في الولد

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٣٦/١٠

خاصة: إن جاء بالكتابة حالة، قبلت منه، وعتق. **ولنا**، أنه عبد للمكاتب، فصار بموته لسيده إذا لم يخلف وفاء كالأجنبي. وإن خلف وفاء، انبنى على الروايتين في فسخ الكتابة، على ما تقدم.

[فصل وهب للمكاتب بعض ذوي رحمه]

(٨٨١٠) فصل: وإن وهب له بعض ذوي رحمه، فله قبوله. وإن وصي له به، فله قبول الوصية؛ لأنه إذا ملك شراءه، مع ما فيه من بذل ماله، فلأن يجوز بغير عوض أولى. وإذا ملكه، فحكمه حكم ما لو اشتراه.

[فصل يشتري المكاتب امرأته والمكاتبة زوجها]

(٨٨١١) فصل: ويجوز أن يشتري المكاتب امرأته، والمكاتبة زوجها لأن ذلك يجوز لغير المكاتب، فجاز للمكاتب، كشراء الأجانب. وينفسخ النكاح بذلك. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ؛ لأن المكاتب لا يملك، بدليل أنه لا يجوز له التسري، ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه، فأشبه العبد القن. **ولنا**، أن المكاتب يملك ما اشتراه، بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده، ولسيده عليه، ويجري الربا بينه وبينه، وإنما منع من التسري، لتعلق حق سيده بما في يده، كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه، ولم يعتق عليه ذوو رحمه لذلك، فإذا اشترى أحدهما الآخر، فله التصرف فيه؛ لأنه أجنبي منه.

[فصل زوج السيد ابنه من مكاتبته برضاها ثم مات السيد وكانت من ورثته]

(٨٨١٢) فصل: وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبته برضاها، ثم مات السيد، وكانت من ورثته، انفسخ النكاح. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا ينفسخ النكاح؛ لأنها لا ترثه، وإنما تملك نصيبها من الدين الذي." (١)

"[مسألة قال السيد: كاتبتك على ألفين، وقال العبد على ألف]

(٨٨١٧) مسألة: قال: وإذا قال السيد: كاتبتك على ألفين. وقال العبد: على ألف. فالقول قول السيد مع يمينه قال القاضي: هذا المذهب. نص عليه أحمد - رضي الله عنه - في رواية الكوسج. وهو قول الثوري، والأوزاعي، وإسحاق. وقال أبو بكر: اتفق أحمد، والشافعي، على أنهما يتحالفان، ويترادان. وهو قول أبي يوسف، ومحمد؛ لأنهما اختلفا في عوض العقد القائم بينهما، فيتحالفان إذا لم تكن بينة، كالمتبايعين. وحكي عن أحمد، - رضي الله عنه - رواية ثالثة، أن القول قول المكاتب. وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه منكر

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤١/١٠

للألف الزائد، والقول قول المنكر، ولأنه مدعى عليه، فيدخل في عموم قوله – عليه السلام –: " ولكن اليمين على المدعى عليه ". **ولنا**، أنه اختلاف في الكتابة فالقول قول السيد فيه، كما لو اختلفا في أصلها، ويفارق البيع من وجهين؛ أحدهما، أن الأصل في البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار إليه، والأصل في المكاتب وكسبه أنه لسيده، فالقول قوله فيه. والثاني، أن التحالف في البيع مفيد، ولا فائدة في التحالف في الكتابة؛ فإن الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده، وبيان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة، ورد العبد إلى الرق، إذا لم يرض بما حلف عليه سيده، وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه، فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته، وإنما قدمنا قول المنكر في سائر المواضع؛ لأن الأصل معه، والأصل هاهنا مع السيد؛ لأن الأصل ملكه العبد وكسبه، فإذا ثبت هذا، فمتى حلف السيد، ثبتت الكتابة بألفين، كما لو اتفقا عليها، وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده مثل أن يدفع إليه ألفين فيعتق، ثم يدعي المكاتب أن أحدهما عن الكتابة، والآخر وديعة، ويقول السيد: هما جميعا مال الكتابة.

ومن قال بالتحالف، قال: إذا تحالفا، فلكل واحد منهما فسخ الكتابة، إلا أن يرضى بقول صاحبه، وإن كان التحالف بعد العتق في مثل الصور التي ذكرناها، لم ترتفع الحرية؛ لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها، ولا إعادة الرق بعد رفعه، ولكن يرجع السيد بقيمته، ويرد عليه ما أدى إليه، فإن كان من جنس واحد، تقاصا بقدر أقلهما، وأخذ ذو الفضل فضله.

[فصل اختلف المكاتب والسيد في أداء النجوم]

(٨٨١٨) فصل: وإن اختلفا في أداء النجوم، فقال المكاتب: أديت، وعتقت. وأنكر السيد، فالقول قول السيد مع يمينه؛ لأنه منكر، والقول قول المنكر، وإن اختلفا في إبرائه من مال الكتابة، أو شيء منه، فالقول قول السيد مع يمينه؛ لذلك.." [١]

"فقد صار العبد كله حرا، ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته قد ذكرنا فيما تقدم، أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة نصيبه منه، بغير إذن شريكه، ويبقى سائره غير مكاتب، فإذا فعل هذا، فأعتق الذي لم يكاتبه حصته منه، وهو موسر، عتق، وسرى العتق إلى باقيه، فصار كله حرا، ويضمن لشريكه قيمة حصته منه، ويكون الرجوع بقيمته مكاتبا، يبقى على ما بقي من كتابته؛ لأن الرجوع عليه بقيمة ما أتلف، وإنما أتلف مكاتبا. وإن كان المعتق معسرا، لم يسر العتق على ما مضى في باب العتق.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٤٦/١٠

وقال أبو بكر، والقاضي: لا يسري العتق في الحال، لكن ينظر؛ فإن أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة، وكان ولاؤه بينهما، وإن فسخت كتابته لعجزه، سرى العتق، وقوم عليه حينئذ؛ لأن سراية العتق في الحال مفضية إلى إبطال الولاء الذي انعقد سببه، ونقله عن المكاتب إلى غيره. وقال ابن أبي ليلى: عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع في الكتابة، فإن أداها، عتق، وكان المكاتب ضامنا لقيمة نصيب شريكه، وولاؤه كله للمكاتب. وإن عجز، سرى عتق الشريك، وضمن نصف القيمة للمكاتب، وكان ولاؤه كله له. وأما مذهب الشافعي فلا يجوز كتابة أحد الشريكين، إلا أن يأذن فيه شريكه، فيكون فيه قولان، فإذا كاتبه بإذن شريكه، ثم أعتق الذي لم يكاتب فهل يسري في الحال، أو يقف على العجز؟ فيه قولان. **ولنا**، قول النبي – صلى الله عليه وسلم –: «من أعتق شركا له في عبد، وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة عدل» . وهذا داخل في عمومه، ولأنه عتق لجزء من العبد موسر، غير محجور عليه، فسرى إلى باقيه، كما لو كان قنا، ولأن مقتضى السراية متحقق، والمانع منها لم يثبت كونه مانعا؛ فإنه لا نص فيه، ولا أصل له يقاس عليه، فوجب أن يثبت.

وقولهم: إنه يفضي إلى إبطال الولاء. قلنا: إذا كان العتق يؤثر في إبطال الملك الثابت المستقر، الذي الولاء من بعض آثاره، فلأن يؤثر في نقل الولاء بمفرده أولى، ولأنه لو أعتق عبدا له أولاد من معتقة قوم، نقل ولاءهم إليه، فإذا نقل ولاءهم الثابت بإعتاق غيرهم، فلأن ينقل ولاء لم يثبت بعد بإعتاق من عليه الولاء أولى، ولأنه نقل الولاء ثم عمن لم يغرم له عوضا، فلأن ينقله بالعوض أولى، فانتقال الولاء في موضع جر الولاء، ينبه على سراية العتق. وانتقال الولاء إلى المعتق؛ لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه؛ أحدها، أن الولاء ثم ثابت، وها هنا بعرض الثبوت. والثاني، أن النقل حصل ثم بإعتاق غيره، وها هنا بإعتاقه.." (١)

"فإن أدى سيده كتابته، كان له؛ لأنه عتق بأدائه إليه، وإن عجز، فولاؤه لسيده؛ لأن العبد لا يثبت له ولاء، ولأن السيد يأخذ ماله، فكذلك حقوقه. هذا مقتضى قول القاضي، ومقتضى قول أبي بكر، أن الولاء لسيده؛ لأن المكاتب عبد لا يثبت له الولاء، فيثبت لسيده.

وكذلك فيما إذا أعتق بإذن سيده، أو كاتب عبده فأدى كتابته، وهذا نظيره. ويحتمل أن يفرق بينهما؛ لكون العتق تم بإذن السيد، فيحصل الإنعام منه بإذنه فيه، وها هنا لا يفتقر إلى إذنه، فلا نعمة له عليه، فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجزه سيده. والله أعلم. (٨٨٣٢)

فصل: فإن لم يعلم السابق منهما، فقال أبو بكر: يبطل البيعان، ويرد كل واحد منهما إلى كتابته؛ لأن كل

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥١/١٠

واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد إلى اليقين. وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما إذا زوج الوليان فأشكل الأول منهما، فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان، كما يفسخ النكاحان. وعلى قول أبي بكر، لا حاجة إلى الفسخ؛ لأن النكاح إنما احتيج إلى فسخه من أجل المرأة؛ فإنها منكوحة نكاحا صحيحا، لواحد منهما يقينا فلا يزول إلا بفسخ، وفي مسألتنا لم يثبت تعين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر إلى فسخ.

[فصل كاتب عبيدا له صفقة واحدة بعوض واحد]

(٨٨٣٣) فصل: وإذا كاتب عبيدا له، صفقة واحدة، بعوض واحد، مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بألف صح في قول أكثر أهل العلم، منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح وإسحاق. وهو المنصوص عن الشافعي - رضي الله عنه - وقال بعض أصحابه: فيه قول آخر، لا يصح؛ لأن العقد مع ثلاثة، كعقود ثلاثة، وعوض كل منهم مجهول، فلم يصح كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد. **ولنا**، أن جملة العوض معلومة، وإنما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد، كما لو باعهم لواحد. وعلى قول من قال: إن العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضا تفصيل العوض وعلى كل واحد منهم ثلث، وكذا يقول فيما لو باعهم لثلاثة.

إذا ثبت هذا، فإن كل واحد منهم مكاتب بحصته من الألف، ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد؛ لأنه حين المعاوضة، وزوال سلطان السيد عنهم، فإذا أداه، عتق. هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي وإسحاق وقال أبو بكر عبد العزيز: يتوجه لأبي عبد الله قول آخر، أن العوض بينهم على عدد رءوسهم، فيتساوون فيه؛ لأنه أضيف إليهم إضافة واحدة فكان بينهم بالسوية، كما لو أقر لهم بشيء **ولنا** أن هذا عوض فتقسط على المعوض، كما لو اشترى شقصا وسيفا، وكما لو اشترى عبيدا. فرد." (١)

"واحدا منهم بعيب، أو أتلف أحدهم ورد الآخر. ويخالف الإقرار؛ فإنه ليس بعوض. إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق وهذا قول الشافعي.

وقال ابن أبي موسى: لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة. وحكي ذلك عن أبي بكر. وهو قول مالك. وحكي عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه، أجبر عليه الباقون. واحتجوا بأن الكتابة واحدة؛ بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين، ولا يحصل العتق إلا بأداء

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٥٤

جميع الكتابة كما لو كان المكاتب واحدا، وقال أبو حنيفة إن لم يقل لهم السيد إن أديتم عتقتم: فأيهم أدى حصته، عتق. وإن أدى جميعها، عتقوا كلهم، ولم يرجع على صاحبيه بشيء. وإن قال لهم: إن أديتم عتقتم. لم يعتق واحد منهم حتى تؤدى الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلا عن بعض، ويأخذ أيهم شاء بالمال، وأيهم أداها عتقوا كلهم، ورجع على صاحبيه بحصتهما.

ولنا، أنه عقد معاوضة مع ثلاثة، فاعتبر كل واحد منهم بأداء حصته كما لو اشتروا عبدا، وكما لو لم يقل لهم إن أديتم عتقتم على قول أبي حنيفة، فإن قوله ذلك لا يؤثر؛ لأن استحقاق العتق بأداء العوض، لا بهذا القول، بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول، ولم يثبت كون هذا القول مانعا من العتق، ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة، فإن العقد مع جماعة عقود، بدليل البيع، ولا يصح القياس على كتابة الواحد؛ لأن ما قدره في مقابلة عتقه، وها هنا في مقابلة عتقه ما يخصه، فافترقا. إذا ثبت هذا، فإنه إن شرط عليهم في العقد، أن كل واحد منهم ضامن عن الباقين، فالشرط فاسد، والعقد صحيح.

وقال أبو الخطاب: في الشرط رواية أخرى أنه صحيح. وخرجه ابن حامد وجها، بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة. وقال الشافعي – رضي الله عنه – العقد والشرط فاسدان؛ لأن الشرط فاسد، ولا يمكن تصحيح العقد بدونه؛ لأن السيد إنما رضي بالعقد بهذا الشرط، فإذا لم يثبت، لم يكن راضيا بالعقد. وقال مالك، وأبو حنيفة: العقد والشرط صحيحان؛ لأنه مقتضى العقد عندهما. **ولنا**، أن مال الكتابة ليس بلازم، ولا مآله إلى اللزوم، فلم يصح ضمانه، كما لو جعل المال صفة مجردة في العتق، فقال: إن أديت إلي ألفا، فأنت حر. ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه، ومال الكتابة لا يلزم المكاتب، فلا يلزم الضامن، ولأن الضمان تبرع، وليس للمكاتب التبرع، ولأنه لا يملك." (١)

"الضمان عن حر، ولا عمن ليس معه في الكتابة، فكذلك من معه. وأما العقد فصحيح؛ لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط؛ بدليل خبر بريرة، وسنذكره فيما بعد، إن شاء الله تعالى. (٨٨٣٤)

فصل: إذا مات بعض المكاتبين، سقط قدر حصته. نص عليه أحمد – رضي الله عنه – في رواية حنبل. وكذلك إن أعتق بعضهم. وعن مالك إن أعتق السيد أحدهم وكان مكتسبا، لم ينفذ عتقه؛ لأنه يضر بالباقين، وإن لم يكن مكتسبا، نفذ عتقه؛ لعدم الضرر فيه. وهذا مبني على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع مال الكتابة، وقد مضى الكلام فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٥٥

[فصل أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ما عليه بغير علم سيده]

(٨٨٣٥) فصل: فإن أدى أحد المكاتبين عن صاحبه، أو عن مكاتب آخر، قبل أداء ما عليه، بغير علم سيده، لم يصح؛ لأن هذا تبرع، وليس له التبرع بغير إذن سيده. وإن كان قد حل عليه نجم، صرف ذلك فيه. وإن لم يكن حل عليه نجم، فله الرجوع فيه. وإن علم السيد بذلك، ورضي بقبضه عن الآخر، صح؛ لأن قبضه له راضيا به مع العلم، دليل على الإذن فيه، فجاز، كما لو أذن فيه تصريحا. وإن كان الأداء بعد أن عتق، صح، سواء علم السيد أو لم يعلم. فإذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه، نظرنا؛ فإن كان قد قصد التبرع عليه، لم يرجع به، وإن أداه محتسبا بالرجوع عليه، وكان الأداء بإذن المؤدى عنه، فهو قرض، يلزمه أداؤه كما لو اقترضه منه، وإن كان بغير إذنه لم يرجع عليه؛ لأنه تبرع عليه بأداء ما لا يلزمه كما لو تصدق عنه صدقة تطوع، وبهذا فارق سائر الديون.

وإن كان بإذنه، وطلب استيفاءه، قدم على أداء مال الكتابة، كسائر الديون. وإذا عجز عن أدائه، فحكمه حكم سائر الديون. وهذا كله مذهب الشافعي.

[فصل ضمان الحر لمال الكتابة]

(٨٨٣٦) فصل: ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة. وذكر القاضي فيه روايتين؛ إحداهما يصح ضمانه؛ لأنه عوض في مءاوضة، فصح ضمانه، كثمن المبيع. **ولنا**، ما ذكرناه من قبل، ولا يصح قياسه على الثمن؛ لأنه لازم، وهذا غير لازم.

[فصل أدوا أي المكاتبين ما عليهم أو بعضه ثم اختلفوا]

(٨٨٣٧) فصل: وإذا أدوا ما عليهم، أو بعضه، ثم اختلفوا، فقال من كثرت قيمته: أدى كل واحد بقدر ما عليه، فلا فضل لأحدنا على صاحبه. وقال من قلت قيمته: أدينا على السواء، فلي الفضل عليك، أو يكون وديعة لي عند." (١)

"سيدنا. فالقول قول الأول؛ لأن الظاهر أن من عليه دين لا يؤدي أكثر منه، فرجحت دعواه بذلك. فإن كان المؤدى أكثر مما عليهم، واختلفوا في الزيادة، فالقول قول من يدعي التساوي؛ لأنهم اشتركوا في أدائه، فكانت أيديهم عليه، فاستووا فيه، كما لو كان في أيديهم مال فاختلفوا فيه.

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٥٦

[فصل جنى بعض المكاتبين]

(٨٨٣٨) فصل: وإن جنى بعضهم، فجنايته عليه دون صاحبه. وبهذا قال الشافعي - رضي الله عنه -. وقال مالك - رضي الله عنه -: يؤدون كلهم أرشه، فإن عجزوا رقوا. ولنا، قول الله تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الأنعام: ١٦٤] . وقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «لا يجني جان إلا على نفسه» . ولأنه لو اشترك رجلان، وتعاقدا، لم يحمل أحدهما جناية صاحبه، فكذا هاهنا؛ لأن ما لا يصح، لا يتضمنه عقد الكتابة، ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر، كالقصاص، وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بحصته، فهو كالمنفرد بعقده.

[مسألة شرط في كتابته أن يوالي من شاء]

(٨٨٣٩) مسألة: قال: (وإذا شرط في كتابته أن يوالي من شاء، فالولاء لمن أعتق، والشرط باطل) . أما الشرط فباطل. لا نعلم في بطلانه خلافا؛ وذلك لما روت عائشة - رضي الله عنها -. قالت: «كانت في بريرة ثلاث قضيات، أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولاء، فذكرت ذلك للنبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: اشتريها، وأعتقيها، فإنما الولاء لمن أعتق.» متفق عليه.

وفي الحديث الآخر، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «اشتريها، واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق. فقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الناس فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال أما بعد، فما بال ناس يشترطون." (١)

"شروطا ليست في كتاب الله، من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق، فإنما الولاء لمن أعتق» . متفق عليه.

ولأن الولاء لا يصح نقله بدليل أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيع الولاء وهبته، وقال «إنما الولاء لمن أعتق» . ولأنه لحمة كلحمة النسب، فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه، كالقرابة، ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق، كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح، ولا حكم البيع لغير العاقد. وسواء شرط أن يوالي من شاء أو شرطه لبائعه، أو لرجل آخر بعينه. ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط. نص عليه أحمد - رضي الله عنه -.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٧/١٠

وقال الشافعي - رضي الله عنه -: يفسد به، كما لو شرط عوضا مجهولا. ويتخرج لنا مثل ذلك؛ بناء على الشروط الفاسدة في البيع. **ولنا**، حديث بريرة؛ فإن أهلها شرطوا لهم الولاء، فأمر النبي - صلى الله عليه وسلم - بشرائها مع هذا الشرط. وقال: «إنما الولاء لمن أعتق» . ويفارق جهالة العوض؛ فإنه ركن العقد، لا يمكن تصحيح العقد بدونه، وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف، وهذا الشرط زائد، فإذا حذفناه بقي العقد صحيحا بحاله. فإن قيل: المراد بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -: «اشترطي لهم الولاء» . أي عليهم؛ لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لا يأمر بالشرط الفاسد، واللام تستعمل بمعنى (على) كقول الله تعالى: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] . أي فعليها. قلنا: هذا لا يصح؛ لوجوه ثلاثة؛ أحدها، أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال.

والثاني، أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط، فكيف يأمرها النبي - صلى الله عليه وسلم - بشرط لا يقبلونه، والثالث، أن ثبوت الولاء لها لا يحتاج إلى شرط؛ لأنه مقتضى العتق وحكمه. والرابع، أن في بعض الألفاظ: «لا يمنعك هذا الشرط منها، ابتاعي، وأعتقي» . وإنما أمرها النبي - صلى الله عليه وسلم - بالشرط، تعريفا لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه، وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق.." (١)

"[فصل اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته]

(٨٨٤٠) فصل: وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته، أو يزاحمهم في مواريثهم، فهو شرط فاسد. في قول عامة العلماء، منهم الحسن، وعطاء، وشريح: وعمر بن عبد العزيز، والنخعي، وإسحاق. وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئا من، ميراثه. ولا يصح؛ لأنه يخالف كتاب الله عز وجل، وكل شرط ليس في كتاب الله، فهو باطل، بقول النبي - صلى الله عليه وسلم -. قال سعيد: حدثنا هشيم، حدثنا منصور، عن ابن سيرين، أن رجلا كاتب مملوكه، واشترط ميراثه، فلما مات المكاتب، تخاصم ورثته إلى شريح، فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته، فقال الرجل: ما يغني عني شرطي منذ عشرين سنة؟ فقال شريح: كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة. ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط، كالذي قبله.

[فصل شرط على المكاتب خدمة معلومة بعد العتق]

(٨٨٤١) فصل: وإن شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق، جاز. وبه قال عطاء، وابن شبرمة، وقال مالك، والزهري: لا يصح؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، أشبه ما لو شرط ميراثه. **ولنا**، أنه روي عن عمر - رضي الله

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٨/١٠

عنه - أنه أعتق كل من يصلي من سبي العرب، وشرط عليهم، أنكم تخدمون الخليفة من بعدي ثلاث سنوات. ولأنه اشترط خدمة في عقد الكتابة، أشبه ما لو شرطها قبل العتق، ولأنه شرط نفعا معلوما، أشبه ما لو شرط عوضا معلوما، ولا نسلم أنه ينافي مقتضى العقد؛ فإن مقتضاه العتق عند الأداء، وهذا لا ينافيه.

[فصل كاتبه على ألفين في رأس كل شهر ألف وشرط أن يعتق عند أداء الأول]

(٨٨٤٢) فصل: وإذا كاتبه على ألفين، في رأس كل شهر ألف، وشرط أن يعتق عند أداء الأول، صح، في قياس المذهب، ويعتق عند أدائه؛ لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء، صح، فكذلك إذا أعتقه عند أداء البعض، ويبقى الآخر دينا عليه بعد عتقه، كما لو باعه نفسه به.

[مسألة أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأخرجه إلى سيده فأحب أخذه]

(٨٨٤٣) مسألة: قال: (وإذا أسر العدو المكاتب، فاشتراه رجل، فأخرجه إلى سيده، فأحب أخذه، أخذه بما اشتراه، فهو على كتابته وإن لم يحب أخذه، فهو على ملك مشتريه، مبقى على ما بقي من كتابته، يعتق بالأداء، وولاؤه لمن يؤدي إليه) وجملته أن الكفار إذا أسروا مكاتبا، ثم استنقذه المسلمون، فالكتابة بحالها؛ فإن أخذ في الغنائم، فعلم بحاله، أو أدركه سيده قبل قسمه، أخذه بغير شيء، وكان على كتابته كمن لم يؤسر، وإن لم يدركه حتى قسم، وصار في سهم بعض الغانمين، أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه، أو من المشركين، وأخرجه إلى سيده، فإن." (١)

"[فصل قال كاتبوا أحد رقيقي]

(٨٨٤٧) فصل: فإن قال: كاتبوا أحد رقيقي. فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم. في أحد الوجهين، وفي الآخر، يكاتبون واحدا منهم بالقرعة. وإن قال: أحد عبيدي. فكذلك، إلا أنه ليس لهم مكاتبة أمة، ولا خنثى مشكل، لأنه لا يعلم كون الخنثى عبدا. أو أمة. وإن قال: أحد إمائي. فليس لهم مكاتبة عبد، ولا خنثى مشكل كذلك. وإن كان الخنثى غير مشكل، وكان رجلا، فلهم مكاتبته إذا قال كاتبوا أحد عبيدي. وإن كان أنثى، فلهم مكاتبته إذا قال: كاتبوا أحد إمائي. لأن هذا عيب فيه، والعيب لا يمنع الكتابة. والله أعلم.

[فصل الكتابة الفاسدة]

فصل: والكتابة الفاسدة، أن يكاتبه على عوض مجهول، أو عوض حال، أو محرم، كالخمر والخنزير. فأما

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٥٩/١٠

إن شرط في الكتابة شرطا فاسدا، فالمنصوص أنه لا يفسدها لكن يلغو الشرط، وتبقى الكتابة صحيحة. ويتخرج أن يفسدها؛ بناء على الشروط الفاسدة في البيع. وهذا مذهب الشافعي وقد روي عن أبي عبد الله، رحمه الله، ما يدل على أن الكتابة على العوض المحرم باطلة، لا يعتق بالأداء فيها. وهو اختيار أبي بكر؛ فإنه قد روى عن أحمد – رضي الله عنه – أنه قال: إذا كاتبه كتابة فاسدة، فأدى ما كوتب عليه، عتق، ما لم تكن الكتابة محرمة. فحكم بالعتق بالأداء إلا في المحرمة. واختار القاضي أنه يعتق بالأداء، كسائر الكتابات الفاسدة.

ويمكن حمل كلام القاضي على ما إذا جعل السيد الأداء شرطا للعتق، فقال: إذا أديت إلي، فأنت حر. فأدى إليه، فإنه يعتق بالصفة المجردة، لا بالكتابة، ويثبت في هذه الكتابة حكم الصفة في العتق بوجودها، لا بحكم الكتابة. وأما غيرها من الكتابة الفاسدة، فإنها تساوي الصحيحة في أربعة أحكام؛ أحدها، أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه، سواء صرح بالصفة، فقال: إن أديت إلي، فأنت حر. أو لم يقل؛ لأن معنى الكتابة يقتضي هذا، فيصير كالمصرح به، فيعتق بوجوده. كالكتابة الصحيحة. الثاني، أنه إذا عتق بالأداء، لم تلزمه قيمة نفسه، ولم يرجع على سيده بما أعطاه. ذكره أبو بكر. وهو ظاهر كلام أحمد – رضي الله عنه –.

وقال الشافعي – رضي الله عنه –: يتراجعان، فيجب على العبد قيمته، وعلى السيد ما أخذه، فيتقاصان بقدر أقلهما، إن كانا من جنس واحد، ويأخذ ذو الفضل فضله؛ لأنه عقد معاوضة فاسدة، فوجب التراجع فيه، كالبيع الفاسد. **ولنا**، أنه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالأداء، فلم يجب التراجع فيها، كما لو كان العقد صحيحا، ولأن ما أخذه السيد فهو من كسب عبده، الذي لم يملك كسبه، فلم يجب عليه رده، والعبد عتق بالصفة، فلم تجب عليه قيمته، كما لو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر.." (١)

"تبدو نواجذه، ويقول: هيه، كيف قلت؟ . فأكره عليه، فيضحك» .

[فصل وطئ الرجل أمته فأتت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعدا]

(٨٨٤٩) فصل: فإذا وطئ الرجل أمته، فأتت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعدا، لحقه نسبه، وصارت له بذلك أم ولد. وإن أتت بولد تام لأقل من ستة أشهر، لم يلحقه نسبه؛ لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر، بدليل ما روى الحسن، أن امرأة ولدت لستة أشهر، فأتي بها إلى عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – فهم

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٢/١٠

برجمها، فقال له علي – رضي الله عنه –: ليس لك ذلك، إن الله يقول: ﴿وحمله وفصاله ثلاثون شهرا﴾ [الأحقاف: ١٥] . فقد يكون في البطن ستة أشهر، والرضاع أربعة وعشرون شهرا، فذلك تمام ما قال الله تعالى: ﴿ثلاثون شهرا﴾ [الأحقاف: ١٥] . فخلى عنها عمر. وروي عن ابن عباس، أنه قال ذلك لعثمان. ومن اعترف بوطء أمته، فأتت بولد يمكن أن يكون منه، لحقه نسبه، ولم يكن له نفيه؛ لما روي عن عمر، – رضي اللہ عنه – أنه قال: حصنوا هذه الولائد، فلا يطأ رجل وليدته، ثم ينكر ولدها، إلا ألزمته إياه. رواه سعيد. وعن ابن عمر، قال: قال عمر: أيما رجل غشي أمته، ثم ضيعها، فالضيعة عليه، والولد ولده. رواه سعيد أيضا. ولأن أمته صارت فراشا بالوطء، فلحقه ولدها، كالمرأة، ولقوله – صلى الله عليه وسلم –: «الولد للفراش» . فإن نفاه سيدها، لم ينتف عنه، إلا أن يدعي أنه استبرأها، وأتت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر، فينتفي عنه بذلك. وهل يحلف على ذلك؟ على وجهين.

وقد روي عن الحسن، قال: إذا أنكر الرجل ولده من أمته، فله ذلك. وعن الشعبي، أنه كان يقول: ينتفي من ولده، إذا كان من أمته، ومتى شاء. ولنا، قول عمر، وأنه ولد على فراشه، فلم يكن له نفيه، كولده من زوجته. فإن أقر به، لم يكن له نفيه بعد ذلك. لا نعلم فيه خلافا. قال إبراهيم: إذا أقر بولده، فليس له أن ينتفي منه، فإن انتفى منه، ضرب الحد، وألحق بہ الولد. وقال شريح لرجل أقر بولده: لا سبيل لك أن تنتفي منه، وكذلك إن هنئ به. فسكت، أو أمن على الدعاء؛ لأنه دليل على الرضا، به فقام مقام الإقرار به. وإن كان يطأ جاريته، وادعى أنه كان يعزل عنها، لم ينتف الولد بذلك؛ لما روى أبو سعيد، أنه «قال: يا رسول." (١)

"ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به، فيخلق منه الولد. وقد روي عن ابن عمر وزيد بن ثابت ما يدل على أن الولد لا يلحق به مع العزل، فروى سعيد، حدثنا سفيان، عن ابن أبي نجيح، عن فتى من أهل المدينة، أن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – كان يعزل عن جارية له، فجاءت بحمل فشق عليه، وقال: اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم، فإن آل عمر ليس بهم خفاء. فولدت ولدا أسود، فقال: ممن هو؟ فقالت: من راعي الإبل. فحمد الله، وأثنى عليه.

وقال: حدثنا سفيان، عن حماد عن أبي الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت، كانت له جارية فارسية، وكان يعزل عنها، فجاءت بولد، فأعتق الولد، وجلدها الحد، وقال: إنما كنت استطبت نفسك، ولا أريدك. وفي رواية، قال: ممن حملت؟ قالت منك. فقال: كذبت، وما وصل إليك مني ما يكون منه الحمل، وما

---

(١) المغني لابن قدامة ١٠/٤٦٦

أطأك، إلا أني استطبت نفسك. وقال الثوري، وأبو حنيفة: لا تصير فراشا، ولا يلحقه ولدها، إلا أن يقر بولدها، فيلحقه أولادها بعد ذلك. **ولنا**، ما ذكرناه، وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها.

[فصل اعترف بوطء أمته في الدبر أو دون الفرج فهل يلحقه ولدها]

(٨٨٥٠) فصل: وإن اعترف بوطء أمته في الدبر، أو دون الفرج فقد روي عن أحمد - رضي الله عنه - أنه يلحقه ولدها، وتصير فراشا بهذا. وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي - رضي الله عنه -. ولأنه قد يجامع، فيسبق الماء إلى الفرج. والصحيح في هذا، إن شاء الله تعالى، أنها لا تصير بهذا فراشا، لأنه ليس بمنصوص عليه، ولا هو في معنى المنصوص، ولا يثبت الحكم إلا بدليل، ولا ينتقل عن الأصل إلا بناقل عنه. إذا ثبت هذا، فكل موضع لحقه الولد من أمته، إذا حملت به في ملكه، فالولد حر الأصل، لا ولاء عليه، وتصير به الأمة أم ولد.

[مسألة أحكام أمهات الأولاد]

(٨٨٥١) مسألة: قال: (وأحكام أمهات الأولاد، أحكام الإماء، في جميع أمورهن، إلا أنهن لا يبعن) وجملة ذلك أن الأمة إذا حملت من سيدها، وولدت منه، ثبت لها حكم الاستيلاد، وحكمها حكم الإماء؛ في حل وطئها لسيدها، واستخدامها، وملك كسبها، وتزويجها، وإجارتها، وعتقها، وتكليفها، وحدها، وعورتها. وهذا قول أكثر أهل العلم. وحكي عن مالك، أنه لا يملك إجارتها وتزويجها؛ لأنه لا يملك بيعها، فلا يملك تزويجها وإجارتها، كالحرة.

ولنا، أنها مملوكة ينتفع بها، فيملك سيدها تزويجها، وإجارتها، كالمدبرة، لأنها مملوكة تعتق بموت سيدها، فأشبهت المدبرة، وإنما منع بيعها؛ لأنها استحقت أن تعتق بموته، وبيعها يمنع ذلك، بخلاف التزويج والإجارة. ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها. إذا ثبت هذا، فإنها تخالف الأمة القن، في أنها." (١)

"فيعتق منه بقدر الثلث، ليعتق دون المال. وإن كانت قيمته بقدر الثلث، عتق، ولا وصية له، وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه، فله من الوصية تمام الثلث، ويقف ما زاد على إجازة الورثة.

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٦٨/١٠

[مسألة عدة أم الولد إذا مات عنها سيدها]

(٨٨٦٩) مسألة: قال: (وإذا مات عن أم ولده، فعدتها حيضة) . إنما كان كذلك؛ لأن الواجب عليها استبراء نفسها، لخروجها عن ملك سيدها الذي كان يطؤها، فكان ذلك بحيضة، كما لو أعتقها سيدها في حياته. وإنما سمى الخرقي هذا عدة؛ لأن الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح، وتحصل به معرفة براءتها من الحمل. وقد ذكرنا هذه المسألة في العدد، والخلاف فيها على ما مضى.

[مسألة جنت أم الولد]

(٨٨٧٠) مسألة: قال: (وإذا جنت أم الولد، فداها سيدها بقيمتها أو دونها) وجملته أن أم الولد إذا جنت، تعلق أرش جنايتها برقبتها، وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين؛ من قيمتها أو دونها. وبهذا قال الشافعي وحكى أبو بكر عبد العزيز قولا آخر، أنه يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت، لأنه لم يسلمها في الجناية، فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت، كالقن.

وقال أبو ثور، وأهل الظاهر: ليس عليه فداؤها، وتكون جنايتها في ذمتها، تتبع بها إذا عتقت؛ لأنه لا يملك بيعها، فلم يكن عليه فداؤها كالحرة. **ولنا**، أنها مملوكة له كسبها، لم يسلمها، فلزمه أرش جنايتها، كالقن، لا تلزمه زيادة على قيمتها؛ لأنه لم يمتنع من تسليمها، وإنما الشرع منع ذلك؛ لكونها لم تبق محلا للبيع، ولا لنقل الملك فيها، وفارقت القن إذا لم يسلمها، فإنه إن أمكن أن يسلمها للبيع، فربما زاد فيها مزيدا أكثر من قيمتها؛ فإذا امتنع مالكها من تسليمها، أوجبنا عليه الأرش بكماله. وفي مسألتنا لا يحتمل ذلك فيها؛ فإن بيعها غير جائز؛ فلم يكن عليه أكثر من قيمتها.

[فصل ماتت الأمة قبل فدائها]

(٨٨٧١) فصل: (وإذا ماتت قبل فدائها، فلا شيء على سيدها) ، لأنه لم يتعلق بذمته شيء، وإنما تعلق برقبتها، فإذا ماتت سقط الحق؛ لتلف متعلقه. وإن نقصت قيمتها قبل فدائها، وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء؛ لأنها لو تلفت جميعها لسقط الفداء، فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها. وإن زادت قيمتها، زاد فداؤها؛ لأن متعلق الحق زاد، فزاد الفداء بزيادته، كالرقيق القن. وينبغي أن تحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد؛ لأن ذلك نقصها، فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب، ولأن الواجب قيمتها في حال فدائها،

وقيمتها ناقصة عن قيمة غير أم الولد، فيجب أن ينقص فداؤها، وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها أم ولد، والحكم في المدبرة كالحكم في أم." (١)

"زوجته، أو غيرها من النساء. ويعتبر لصحة الوصية إليها، ما يعتبر في غيرها؛ من العدالة والعقل، وسائر الشروط. وسواء كانت الوصية على أولادها، أو غيرهم، أو وصى إليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه، أو إمضاء وصيته، أو غير ذلك.

[مسألة تزويج أم ولده]

(٨٨٧٦) مسألة: قال: (وله تزويجها، وإن كرهت) وجملته أن للرجل تزويج أم ولده، أحبت ذلك أم كرهت. وبهذا قال أبو حنيفة – رضي الله عنه –. وهو أحد قولي الشافعي، واختيار المزني وقال في القديم: ليس له تزويجها إلا برضاها؛ لأنها قد ثبت لها حكم الحرية، على وجه لا يملك السيد إبطالها، فلم يملك تزويجها بغير رضاها، كالمكاتبة. وقال في الثالث: ليس له تزويجها، وإن رضيت؛ لأن ملكه فيها قد ضعف، وهي لم تكمل، فلم يملك تزويجها، كاليتيمة. وهل يزوجها الحاكم على هذا القول؟ فيه خلاف.

وقد روي عن أحمد – رضي الله عنه – أنه قيل له: إن مالكا لا يرى تزويجها. فقال: وما نصنع بمالك؟ هذا ابن عمر، وابن عباس، يقولان: إذا ولدت من غيره، كان لولدها حكمها. **ولنا**، أنها أمة يملك الاستمتاع بها، واستخدامها، فملك تزويجها، كالقن، وفارقت المكاتبة، فإنه لا يملك ذلك منها. والقول الثالث فاسد؛ لذلك، ولأنه يفضي إلى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة إليه. وقولهم: يزوجها الحاكم. لا يصح؛ فإن الحاكم لا يزوج إلا عند عدم الولي، أو غيبته، أو عضله، ولم يوجد واحد منها. إذا ثبت هذا، فإنه إذا زوجها فالمهر له؛ لأنه بمنزلة كسبها، وكسبها له. وإذا عتقت بموته، فإن كان زوجها عبدا، فلها الخيار؛ ولأنها عتقت تحت عبد، وإن كان حرا، فلا خيار لها.

[مسألة من قذف أم الولد]

(٨٨٧٧) مسألة: قال: (ولا حد على من قذفها) هذا قول أكثر أهل العلم. وقد روي عن أحمد – رضي الله عنه – أنه عليه الحد؛ لأن ذلك يروى عن ابن عمر ولأن قذفها قذف لولدها الحر، وفيها معنى يمنع بيعها، فأشبهت الحرة. والأول أصح؛ لأنها أمة، حكمها حكم الإماء، في أكثر أحكامها، ففي الحد أولى؛

---

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٢/١٠

لأن الحدود تدرأ بالشبهات، ويحتاط لإسقاطها، ولأنها أمة تعتق بالموت، أشبهت المدبرة، وتفارق الحرة فإنها كاملة.

[فصل قتل الحرة لأمة]

(٨٨٧٨) فصل: ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها؛ لعدم المكافأة. وإن كان القاتل لها رقيقا، وجب القصاص عليه؛." (١)

(١) المغني لابن قدامة ٤٨٤/١٠